

Provisional

Para los participantes únicamente

30 de septiembre de 2019

Español

Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

71^{er} período de sesiones (primera parte)

Acta resumida provisional de la 3462^a sesión

Celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el martes 14 de mayo de 2019, a las 10.00 horas

Sumario

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

Las correcciones a la presente acta deberán redactarse en uno de los idiomas de trabajo. Deberán presentarse en un memorando y también incorporarse en un ejemplar del acta. Las correcciones 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@un.org).

GE.19-07858 (S) 260919 300919



* 1 9 0 7 8 5 8 *

Se ruega reciclar



Presentes:

Presidente: Sr. Šturma

Miembros: Sr. Argüello Gómez
Sr. Aurescu
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. Petrič
Sr. Rajput
Sr. Reinisch
Sr. Ruda Santolaria
Sr. Saboia
Sr. Tladi
Sr. Valencia-Ospina
Sr. Wako
Sir Michael Wood
Sr. Zagaynov

Secretaría:

Sr. Llewellyn Secretario de la Comisión

Se declara abierta la sesión a las 10.10 horas.

Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)
(tema 5 del programa) (*continuación*) (A/CN.4/727)

El Sr. Aureescu celebra la descripción exhaustiva que figura en el cuarto informe del Relator Especial sobre las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) (A/CN.4/727) de las opiniones doctrinales sobre la cuestión del *ius cogens* regional, si bien dice que algunas de las referencias incluidas no son necesariamente pertinentes. Por ejemplo, el Relator Especial observa que las opiniones de Grigory Tunkin sobre las normas aplicables en los Estados socialistas durante el período de la guerra fría tienen un valor teórico aun cuando las normas en sí mismas ya no tengan validez. No obstante, en el informe se llega a la conclusión de que, de hecho, esas normas no están relacionadas con el *ius cogens*, sino con un conjunto regional de normas de derecho internacional, e incluso se señala que el propio Profesor Tunkin no sugirió que fueran *ius cogens*. Por tanto, la referencia podría haberse omitido.

El orador habría deseado recibir más información sobre la opinión del Relator Especial acerca de la práctica de los Estados en relación con el *ius cogens* regional, pero solo se hace referencia a esa práctica en el párrafo en que se esbozan las opiniones expresadas por las delegaciones en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 2018. Las cortes, tribunales y comisiones internacionales solo se mencionan tangencialmente, y las diferencias y similitudes entre los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos y los documentos jurídicos en los que se basan podrían haberse abordado de manera más exhaustiva; en particular, habría sido interesante saber si esos sistemas parecen tener potencial para crear normas regionales de *ius cogens* en el futuro. Tiene serias reservas sobre la afirmación que se hace en el párrafo 45 de que el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente son derechos “colectivos”, ya que el orador los considera derechos que son individuales, como cualquier otro derecho humano, pero que pueden ejercerse en comunidad con otros.

Aunque en el informe no se hace un análisis directo de la práctica de los Estados con respecto al *ius cogens* regional, está totalmente de acuerdo con la conclusión del Relator Especial de que esta noción no encuentra apoyo en la práctica de los Estados. También está de acuerdo en que la Comisión no debería incluir un proyecto de conclusión en el que se mencione que el derecho internacional actual no reconoce el concepto de *ius cogens* regional, aunque le habría complacido que en el informe se justificara esa decisión. En su opinión, la cuestión del *ius cogens* regional queda fuera del alcance del tema tal como está concebido actualmente.

Observando que, en la lista ilustrativa de normas imperativas sugerida, el Relator Especial había optado por utilizar el término “prohibición de la agresión” en lugar de cualquiera de las alternativas posibles, dijo que la decisión de utilizar el término “agresión” en lugar de “uso de la fuerza” debería haberse explicado con más detalle, dado que la mayoría de las citas directas mencionadas en el informe utilizaban este último término. También señaló la ausencia de toda referencia a la prohibición de la amenaza del uso de la fuerza, que, junto con la prohibición del uso de la fuerza, era considerada por muchos académicos como un principio fundamental del derecho internacional y, por tanto, una norma imperativa. Le interesaría conocer la opinión del Relator Especial sobre si la amenaza del uso de la fuerza debería incluirse en la lista.

Se hace eco de la declaración del Relator Especial de que, aunque la Corte Internacional de Justicia no utilice los términos “*ius cogens*”, “normas imperativas” u “obligaciones *erga omnes*” para describir la prohibición del genocidio, el lenguaje que utiliza es, sin embargo, coherente con la descripción del *ius cogens*. Podría haber sido útil definir la relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas de *ius cogens* en el párrafo 78, en el que se menciona la cuestión por primera vez. Hay algunas referencias a esa relación más adelante en el informe, pero el orador no considera convincente la explicación dada en el párrafo 93, en el que se afirma que los conceptos de obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens* son diferentes pero están relacionados, mientras que, en opinión del orador, si bien ambos conceptos están en cierta medida relacionados, en el sentido de que están dirigidos a toda la comunidad internacional y son oponibles a ella,

algunas normas *erga omnes*, como las disposiciones de un tratado por el que se establece una organización internacional, no reúnen las condiciones para ser consideradas *ius cogens* en puridad de sentido. Así pues, es difícil llegar a la conclusión de que una norma que se califique de *erga omnes* sea también una norma de *ius cogens*, como parece sugerir el informe.

Está de acuerdo en que la prohibición del genocidio, así como la del *apartheid* y la discriminación racial, deberían incluirse en la lista propuesta de normas de *ius cogens* si la Comisión decide aprobar dicha lista. A este respecto, habría sido útil disponer de más detalles sobre las razones por las que el Relator Especial decidió tratar el *apartheid* y la discriminación racial como un acto único, aunque “compuesto”, y sobre las similitudes y diferencias entre los dos conceptos que se consideraron que justificaban la inclusión de ambos como normas de *ius cogens*.

Apoya la idea de una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* y señala que debería dejarse abierta, ya que podrían surgir nuevas normas en el futuro. Sin embargo, la lista debería describirse como “no exhaustiva” en lugar de “ilustrativa” y no debería limitarse a las normas ya reconocidas por la Comisión como normas imperativas. Más bien, debería ir más allá de esos límites para impulsar la generación de nuevas pruebas de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto del carácter imperativo de las normas adicionales, como se señala en el párrafo 122 del informe; de lo contrario, se desalentaría la realización de nuevos esfuerzos. Por esa razón, está a favor de incluir una lista ampliada de normas imperativas, siempre que estén respaldadas por pruebas de aceptación y reconocimiento como *ius cogens*. El derecho a la vida debe incluirse en la lista, al igual que la prohibición del terrorismo. Desea hacerse eco de la cuestión planteada por el Sr. Murase sobre la razón de que solo se hayan incluido algunos de los principios fundamentales del derecho internacional, dado que únicamente se han incluido dos de los siete principios mencionados en la Declaración de 1970 de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, mientras que, en general, también se considera que los otros cinco tienen el carácter de *ius cogens*.

Entiende en principio los argumentos en contra de incluir dicha lista en el proyecto de conclusiones, y está de acuerdo con esos argumentos, a menos que cada elemento de la lista se justifique exhaustivamente. No obstante, las duras críticas de que han sido objeto casi todas las normas propuestas para su inclusión, a pesar de que la Comisión ya las haya mencionado o utilizado en el pasado, pueden dar lugar a una situación en la que casi nada quede incluido en la lista. Ello podría dar la impresión de que se cuestiona la validez de la labor anterior de la Comisión.

Con respecto al proyecto de conclusión 24, observa que la prohibición de la “agresión” se examina en el informe, si bien en el proyecto de conclusión figura el término “fuerza agresiva”. También son necesarias otras aclaraciones conceptuales sobre la terminología utilizada: por qué se prefiere el término “agresión” al término “uso de la fuerza”; la razón de que se haya añadido “fuerza agresiva” y una explicación de en qué se diferencia en derecho ese concepto del de “agresión”; y por qué no se ha incluido la “amenaza del uso de la fuerza”. Sugiere que en el apartado a) del proyecto de conclusión 24 se haga referencia únicamente a la prohibición de la agresión, ya que sería coherente con la lista de normas imperativas que figura en el comentario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

En el comentario al párrafo d) del proyecto de conclusión debería incluirse una aclaración detallada de la razón por la que se mencionan conjuntamente los dos conceptos de *apartheid* y discriminación racial. En general, se considera que el concepto de *apartheid* tiene como base la discriminación racial y, por tanto, queda abarcado por este último término. Por ejemplo, podría interpretarse que el artículo 7, párrafo 2 h), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define el *apartheid* como una discriminación racial institucionalizada. El proyecto de apartado e) del proyecto de conclusión abarca los crímenes de lesa humanidad que, incluido el *apartheid*, se mencionan en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Por tanto, parece que el “apartheid” no necesita figurar por separado en la lista, puesto que ya queda abarcado en las referencias a la discriminación racial y a los

crímenes de lesa humanidad. Sugiere que, para apoyar la declaración que figura al principio del proyecto de conclusión de que la lista es “sin perjuicio de la existencia de otras normas imperativas”, la palabra “y” al final del párrafo g) se suprima o se sustituya por “o”. También es importante que la Comisión adopte una decisión sobre la inclusión de nuevas normas de *ius cogens*.

Elogia al Relator Especial por su labor y dice que apoya la remisión del proyecto de conclusión al Comité de Redacción.

El Sr. Saboia dice, con respecto a la metodología utilizada para abordar la cuestión de las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), que está de acuerdo en la importancia de proporcionar a los lectores, en particular a los de la Sexta Comisión de la Asamblea General, una clara comprensión del contenido y la amplitud de cada proyecto de conclusión, velando por que el comentario que lo acompaña se elabore lo antes posible y sea aprobado provisionalmente por la Comisión. Una segunda cuestión metodológica es la elección de las fuentes utilizadas en el análisis de la práctica para determinar el carácter imperativo de una norma. Incluso en el primer informe sobre el tema, el Relator Especial señaló la escasez de práctica de los Estados, lo que significa que habría que recurrir a fuentes secundarias, como la jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales y nacionales. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales son indicativas de la práctica de los Estados; las de las cortes y tribunales internacionales, especialmente las de la Corte Internacional de Justicia, son fuentes autorizadas en la materia, al igual que ciertas resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, cuando son claramente representativas de la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

En cuanto a la cuestión del *ius cogens* regional, en el análisis que figura en el informe se reconoce que puede haber normas jurídicas o un sistema normativo en una región que tenga un nivel jerárquico superior al de las normas ordinarias de derecho internacional. Normas regionales especiales, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) o decisiones como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Roach y Pinkerton c. los Estados Unidos* pueden haberse convertido en normas consuetudinarias de derecho internacional regional o haber adquirido rango constitucional, lo que puede considerarse esencial para el grupo de Estados de que se trate. No obstante, si bien esos ejemplos demuestran la existencia de un núcleo regional de normas que ayudan a definir la identidad y los valores comunes que comparte el grupo en cuestión, esas normas no cumplen los criterios para determinar qué normas tienen el estatus de normas imperativas de derecho internacional general. Como se señala en el informe, se plantean cuestiones en relación con la formación de las normas, el hecho de que no admitan acuerdo en contrario e incluso la definición de “región”. La presunción de que un tratado que vulnera una norma de *ius cogens* regional sería nulo entre los Estados de la región, pero no entre un Estado de esa región y un Estado de fuera de ella, también pone de manifiesto que esas normas no cumplen el criterio de no admitir acuerdo en contrario.

Por tanto, la noción de *ius cogens* regional parece difícil de aceptar. Como se indica en informes anteriores del Relator Especial, las normas no pueden considerarse imperativas a menos que pertenezcan al derecho internacional general y sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

En cuanto a la inclusión de una lista ilustrativa y no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general, el orador considera que no debe desaprovecharse la oportunidad de dar ese paso adelante. En 1966, la Comisión, a pesar de la oposición y el escepticismo, abordó la cuestión de la existencia de normas de *ius cogens* y sus efectos en los tratados. En el comentario al proyecto de artículo 50, el proyecto de artículo que, en 1969, pasaría a ser el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión subrayó que las normas de la Carta de las Naciones Unidas por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituían un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*. A continuación, mencionó otras posibles normas que también podría considerarse que tenían ese estatus, pero, actuando con cautela, se abstuvo de ir más lejos, posiblemente porque el mundo estaba en medio de la guerra fría y tal vez hubiera sido más probable llegar a un consenso sobre una disposición

relativa a la prevención de la agresión. En su opinión, esas posibles razones de conveniencia política ponen de manifiesto que la consideración de normas secundarias, en particular cuando son de naturaleza tan crucial, no puede hacerse completa y absolutamente por separado de la de las normas sustantivas primarias.

Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el comentario a su artículo 40, junto con los resultados de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, proporcionan una base contemporánea y más amplia para la elaboración de una posible lista de las normas de *ius cogens* actualmente reconocidas, como se recoge en el párrafo 60 del informe y en el proyecto de conclusión 24 propuesto.

En la sección B) del capítulo IV del informe se hacen un análisis y un examen útiles de la forma en que cada una de las ocho categorías de normas enunciadas en el proyecto de conclusión podría abordarse en los resultados de la labor de la Comisión sobre el tema. La inclusión de la lista es un paso adelante prudente que se basa en cuestiones de las que la Comisión se ha ocupado anteriormente, cuando la cuestión del *ius cogens* no ha sido el tema principal de su labor. Ahora que esa cuestión es el tema principal, debe darse el paso. Por tanto, no se opone a la inclusión de la lista en el proyecto de conclusión, pero, dado que hay resistencia a esa idea, también puede aceptar el compromiso propuesto por la Sra. Galvão Teles de que la lista se incluya como anexo a dicho proyecto. Si así se acordara, la Comisión tendría que examinar el contenido de cada una de las normas enumeradas en el capítulo IV B). El examen que figura en el informe es útil, pero el debate en sesión plenaria ha puesto de manifiesto la necesidad de nuevas aclaraciones en varios ámbitos. No obstante, el orador no considera necesario realizar un examen exhaustivo de cada norma, como se habría hecho si se hubiera tratado de temas específicos que figuran en el programa; esa labor podría llevarla a cabo el Comité de Redacción tomando como base el informe y los debates en sesión plenaria.

El orador señala que el Sr. Aureescu ha hecho algunas observaciones oportunas sobre la cuestión, y dice que es necesario aclarar la elección que ha hecho el Relator Especial del término “prohibición de la agresión” en lugar de “no uso de la fuerza” u otros términos similares. Además, es necesario aclarar la prohibición de la discriminación racial cuando esa discriminación no está vinculada a situaciones de segregación institucionalizada como el *apartheid*. El Relator Especial se ha referido a la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, pero no ha examinado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ni instrumentos y decisiones posteriores relacionados con la discriminación racial, incluidas las decisiones de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de 2001.

En cuanto al derecho a la libre determinación, aunque, en su opinión, no cabe duda de su carácter imperativo, que ha sido claramente afirmado por la Corte Internacional de Justicia y en numerosas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, está de acuerdo en que se deben tener en cuenta tanto los aspectos internos como los externos de la libre determinación, así como la cuestión del uso legítimo de la fuerza. En 1993, los participantes en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, tras intensas negociaciones, llegaron a una solución consensuada sobre la cuestión combinando la formulación del artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la de la Declaración de Principios de Derecho Internacional, de 1970, y parte del texto de la resolución 47/83 de la Asamblea General sobre el derecho a la libre determinación. Ese ejercicio dio lugar a la aprobación, sin someterlo a votación, en una conferencia a la que asistieron representantes de más de 190 Estados, del párrafo 2 de la Declaración de Viena, de la que podría extraerse alguna formulación de interés que podría reflejarse en los comentarios.

Otras normas propuestas que es preciso examinar más a fondo son “la prohibición de la esclavitud” y “las normas básicas del derecho internacional humanitario”.

El orador considera que sería posible examinar, con cautela y moderación, otras normas de *ius cogens* que la Comisión no haya identificado previamente en su labor. Como se pone de manifiesto en la sección C del capítulo IV, la creación de normas de *ius cogens* es un proceso abierto, pero el umbral establecido para su reconocimiento es alto y, por tanto, el proceso lleva tiempo.

En conclusión, el orador está a favor de que se remitan el proyecto de conclusión 24 al Comité de Redacción.

El Sr. Cissé, tras expresar su agradecimiento por el cuarto informe del Relator Especial, dice que sus opiniones sobre el tema no han cambiado mucho desde el 69º período de sesiones de la Comisión, en el que intervino, en relación con el segundo informe del Relator Especial, en la 3373ª sesión de la Comisión. No obstante, desearía aprovechar la oportunidad para aclarar y ampliar algunos de los aspectos que planteó anteriormente a la luz de las observaciones formuladas por otros miembros de la Comisión en el debate mantenido en el actual período de sesiones.

Las observaciones formuladas por otros miembros en relación con el concepto de *ius cogens* regional apuntan, de manera implícita, a que el *ius cogens* solo existe como se define en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. Si la Comisión se limita al ámbito de las obligaciones convencionales, se ajustará plenamente a la letra del artículo 53, pero no a su espíritu, que, en su opinión, no requiere una interpretación estática del *ius cogens*. Así, la Comisión debe basarse no solo en los tratados, sino también en otras fuentes pertinentes del derecho internacional, incluidas las fuentes regionales, y en particular en las prácticas regionales que reflejan las disposiciones de muchos tratados multilaterales y normas y principios particulares del derecho internacional.

La cuestión misma de si el concepto de *ius cogens* regional está reconocido en derecho internacional está fuera de lugar, ya que el regionalismo se concibe en sí mismo como un instrumento al servicio del derecho internacional. Por ejemplo, en el Programa de Mares Regionales se elaboraron normas para la protección del medio ambiente costero y marino que eran específicas para regiones concretas, al tiempo que se velaba por que esas normas se ajustaran a las normas universales para la protección de los océanos y los mares. En términos más generales, el Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a los acuerdos regionales, dispone que el Consejo de Seguridad puede servirse de los acuerdos u organismos regionales para dar cumplimiento a medidas coercitivas bajo su autoridad a fin de resolver crisis graves en las que se vulnere el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos o situaciones en las que haya habido un quebrantamiento de la paz y la seguridad o estas se vean amenazadas.

Esos ejemplos demuestran que las regiones no existen al margen del derecho internacional y que las distinciones artificiales entre ordenamientos jurídicos no deben socavar la protección de los valores fundamentales. El derecho internacional universal no existiría sin los ordenamientos jurídicos regionales, que contribuyen en gran medida a la elaboración de normas jurídicas, incluido el establecimiento y la consolidación de normas de *ius cogens*. El desarrollo y la promoción del *ius cogens* regional no socavan en modo alguno el *ius cogens* del derecho internacional general establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena. La idea de que el requisito de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto excluye la posibilidad de un *ius cogens* regional es una interpretación demasiado restrictiva del artículo 53. Así pues, coincide plenamente con el Sr. Nolte en que la Comisión no debe rechazar el concepto de manera radical. En ese contexto, desea recordar la máxima de que, donde el derecho no distingue, no debe hacerse distinción alguna (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). El artículo 53 no establece una distinción entre el *ius cogens* regional y el *ius cogens* internacional o universal, aunque los redactores de ese artículo podrían haberlo hecho fácilmente si hubieran querido descartar la posibilidad del *ius cogens* regional.

En cualquier caso, el regionalismo no puede separarse del internacionalismo. Al igual que otros miembros, no acepta la afirmación de que el concepto de *ius cogens* regional está invalidado por la falta o escasez de práctica pertinente de los Estados. Aunque a los miembros que pidieron que se rechazara el concepto les preocupaba que pudieran

surgir conflictos entre el *ius cogens* regional y el universal, el *ius cogens* del derecho internacional general prevalecería en caso de que se produjera tal conflicto en virtud de su superioridad jerárquica. Además, la práctica de los Estados no es el único determinante del contenido y el alcance del *ius cogens*. En otras palabras, el estudio de la Comisión sobre el *ius cogens* no puede limitarse a los tratados, ya que el artículo 53 de la Convención de Viena no aborda el concepto de manera exhaustiva. Las normas imperativas podrían identificarse sobre la base de la práctica de los Estados, pero también sobre la base de la práctica que surge de sistemas regionales, como los de Europa, África y América Latina.

No todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos, algunas de las cuales ciertamente puede considerarse que dan lugar a normas de *ius cogens*, reciben el mismo trato en el derecho internacional, que tiende a centrarse en los crímenes que conmocionan la conciencia de la humanidad. Dado que el multilateralismo jurídico tarda en establecer normas y, por tanto, en legislar sobre cuestiones relativas a las normas imperativas, el orador no ve por qué se debe negar al regionalismo la posibilidad de desempeñar un papel en la elaboración de normas de derecho internacional general.

La cuestión de la apatridia es un ejemplo concreto. Dado que una persona apátrida carece de nacionalidad, queda sin la protección de ningún Estado contra múltiples formas de maltrato, como la esclavitud, la trata y las peores formas de discriminación. Puesto que las soluciones al problema de la apatridia, que requieren la intervención tanto del derecho nacional como del internacional, han de encontrarse a nivel regional, ¿por qué debería descartarse la posibilidad de un *ius cogens* regional sobre la única base de que no está respaldado por la práctica de los Estados? ¿Trabaja la Comisión para lograr avances o para mantener el *statu quo*? En su opinión, al identificar normas imperativas de derecho internacional general, la Comisión debe adoptar un enfoque progresista que mantenga abierta la posibilidad del *ius cogens* regional, ya que ese concepto tiene un papel útil que desempeñar en la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional en determinadas cuestiones, como la apatridia.

En el marco de una iniciativa presentada por Côte d'Ivoire, 15 Estados de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) trabajan en la lucha contra la apatridia a nivel regional, ya que el derecho a una nacionalidad está ampliamente reconocido como un derecho humano fundamental. Esa iniciativa refuerza aún más su argumento de que no es fácil establecer una distinción clara y rápida entre el *ius cogens* regional y el *ius cogens* internacional. El artículo 53 de la Convención de Viena no tiene por objeto establecer tal distinción, ya que la referencia al derecho internacional en ese artículo también abarca el derecho regional.

La iniciativa de Côte d'Ivoire es un ejemplo de una iniciativa nacional para proporcionar protección jurídica en toda la región a un derecho que podría ser elevado a la categoría de norma imperativa. Si los 15 Estados miembros de la CEDEAO armonizan su legislación sobre la apatridia con miras a crear una normativa a nivel comunitario contra la que no quepa acuerdo en contrario por parte de ninguno de esos Estados, ¿no constituye eso un *ius cogens* regional sobre la apatridia? De ser así, y si el *ius cogens* regional no está en oposición en modo alguno con las normas imperativas de derecho internacional general, la consecuencia clara es que la Comisión no debería concluir con demasiada rapidez que no existe el *ius cogens* regional.

En cuanto a la cuestión de si debe incluirse o no una lista ilustrativa en el proyecto de conclusiones, la Comisión y la Sexta Comisión parecen estar de acuerdo. En su opinión, hay mucho que ganar con esa lista. Uno de los logros del cuarto informe es la propuesta de una lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), incluida la prohibición del genocidio, de los crímenes de guerra, de los crímenes de lesa humanidad, de la tortura, de la agresión, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, del uso de la fuerza, de la detención arbitraria, de la esclavitud, y del *apartheid*; así como los principios de libre determinación, no discriminación y no devolución; y el derecho de acceso a la justicia y a un juicio imparcial. La lista también debería incluir las prohibiciones de la trata de personas, el terrorismo internacional, la apatridia y la piratería.

Una lectura estricta del artículo 53 de la Convención de Viena implica que las cortes y tribunales nacionales o internacionales, en su calidad de creadores de derecho, tienen la responsabilidad de desarrollar el concepto de *ius cogens* aclarando su alcance, sus principios subyacentes, los criterios para su identificación y las pruebas que le sirven de apoyo, así como las sanciones por incumplimiento de las normas de *ius cogens*. Está de acuerdo con el Sr. Petrič en que la Comisión no debe convertirse en legisladora del *ius cogens*. No obstante, podría y debería compilar y analizar sistemáticamente las normas de *ius cogens* para que los Estados puedan tomar nota de ellas y los jueces puedan interpretarlas de manera objetiva, ponderada y progresiva sobre la base del derecho nacional, regional e internacional general. La importancia de compilar y ampliar progresivamente a una lista de normas de *ius cogens* se deriva del hecho de que esas normas no son inamovibles, sino que evolucionan constantemente en consonancia con los progresos realizados en la ampliación de la protección de los seres humanos y de la vida humana con arreglo al derecho internacional. En última instancia, la naturaleza en constante evolución de las normas imperativas significa que esa lista nunca podría cerrarse. Así pues, la Comisión tal vez desee aprobar una lista no exhaustiva de normas de *ius cogens* a las que, de manera prudente y progresiva, iría añadiendo nuevas normas sobre la base de decisiones judiciales adoptadas en casos en que entren en juego normas imperativas del derecho internacional general.

El orador recomienda que se remita el proyecto de conclusión 24 al Comité de Redacción.

El Sr. Petrič, tras agradecer al Relator Especial su excelente cuarto informe y su presentación oral, dice que comparte la opinión expresada por la mayoría de los Estados que han formulado observaciones sobre el concepto de *ius cogens* regional, a saber, que debe rechazarse. Como argumentó el Reino Unido, el concepto “socavaría la integridad de las normas de *ius cogens* universalmente aplicables”. Es evidente que las normas de *ius cogens* únicamente pueden ser de derecho internacional general, ya que una norma ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto a fin de adquirir esa condición. Si bien algunas de las opiniones expresadas por académicos sobre el *ius cogens* regional son interesantes, no confirman la existencia de un *ius cogens de lege lata* regional. Además, la práctica de los Estados que apoye este concepto es insuficiente.

En una sección del informe, el Relator Especial analiza las opiniones doctrinales, más bien escasas, a favor del *ius cogens* regional. Apoya plenamente el enfoque del Relator Especial y está de acuerdo en que la existencia de un “conjunto común de normas unificadoras y vinculantes en diferentes regiones” no se traduce en un reconocimiento del *ius cogens* regional y que la noción de *ius cogens* regional no encuentra apoyo en la práctica de los Estados.

Regiones, o grupos de Estados definidos de acuerdo con criterios geográficos o de otro tipo, pueden ciertamente contar con un conjunto común de normas unificadoras y vinculantes que sean, al menos entre esos Estados, “aún más importantes que otras normas”. No obstante, el derecho que regula la Unión Europea, por ejemplo, es un sistema jurídico sui generis que no tiene por objeto regular las relaciones entre terceros Estados ni alcanzar una superioridad jerárquica respecto del derecho internacional general, por el que los Estados miembros de la Unión Europea, como todos los demás Estados, están obligados. En otras palabras, el derecho europeo no está por encima del derecho internacional general. No es una *lex specialis* en virtud de la cual se permite el acuerdo en contrario del derecho internacional general, ni es en modo alguno una especie de *ius cogens* regional.

El ordenamiento europeo en materia de derechos humanos incluye a Estados que no son miembros de la Unión Europea, como la Federación de Rusia y Turquía. Ese ordenamiento es un régimen subsidiario de protección de los derechos humanos basado en el consentimiento de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, de conformidad con la Convención de Viena y con el proyecto de conclusiones del Relator Especial, el carácter imperativo de las normas de *ius cogens* se deriva del consentimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. El *ius cogens* refleja y protege los valores humanos fundamentales y los intereses comunes de la

humanidad en una etapa específica de su desarrollo. La justificación de la capacidad de las normas de *ius cogens* para obligar sin consentimiento puede encontrarse en el hecho de que son fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto y, por definición, forman parte del derecho internacional general.

Está totalmente de acuerdo con la decisión del Relator Especial de no proponer un proyecto de conclusión sobre el *ius cogens* regional y de dejar claro en los comentarios que el concepto no está suficientemente respaldado por fundamentos teóricos o ejemplos prácticos.

Con respecto a la labor de Grigory Tunkin, desea comentar brevemente el derecho internacional socialista, que ha sido un concepto interesante pero peligroso basado no solo en la igualdad soberana de los Estados, sino también en la solidaridad proletaria. El concepto ha proporcionado un marco teórico para la llamada Doctrina Brezhnev, según la cual los Estados socialistas tienen el deber de intervenir en otros Estados socialistas cuando sea necesario por razones de solidaridad proletaria. Sin embargo, ese concepto ha quedado relegado a la historia.

Se han expresado opiniones divergentes, incluso en la Comisión, con respecto a la cuestión de una lista ilustrativa, indicativa y no exhaustiva de las normas imperativas de derecho internacional general más ampliamente reconocidas. Sería útil proporcionar una lista de las normas de derecho internacional general que son más ampliamente reconocidas por los Estados, tanto en la teoría como en la práctica, y por las cortes y tribunales internacionales, la propia Comisión, la doctrina y, ciertamente, el público en general.

Si la Comisión decide elaborar esa lista, ya sea en un proyecto de conclusión, una adición o el comentario, no estará emitiendo una declaración autorizada en la que se especifiquen qué normas de derecho internacional general constituyen *ius cogens*. Más bien, estará limitándose a indicar qué normas de derecho internacional general se han convertido en los ejemplos más ampliamente reconocidos de normas imperativas desde la conclusión de la Convención de Viena de 1969. No ve cómo una lista de este tipo, que se limite a exponer los hechos con respecto a qué normas de *ius cogens* son la más ampliamente reconocidas como tales por las más altas instancias jurídicas, como la Corte Internacional de Justicia, otras cortes y tribunales, la Comisión de Derecho Internacional y los Estados, puede causar confusión. Por el contrario, proporcionaría mayor claridad.

El orador ha considerado seriamente las reservas expresadas por otros miembros con respecto a la lista propuesta. Está de acuerdo en que la Comisión no dispone de tiempo suficiente para redactar explicaciones detalladas de las razones que justifican la inclusión de las normas propuestas por el Relator Especial. En el pasado, cortes y tribunales, Estados y organizaciones internacionales que habían reconocido determinadas normas como de *ius cogens*, atendiendo al contexto, a menudo no han dado explicaciones detalladas de su razonamiento. No obstante, parece claro que normas de derecho internacional relativas, por ejemplo, al derecho a la libre determinación y a la prohibición del genocidio, la tortura, la esclavitud, la agresión y los crímenes de lesa humanidad podrían incluirse en una lista, ya que instituciones autorizadas como la Corte Internacional de Justicia, otras cortes y tribunales y Estados se han referido a ellas como normas de *ius cogens*. Si esas normas no son claras, las cortes y tribunales no deberían utilizarlas, ya que no cumplirían el criterio de ser *lex certa*.

Considera que las normas incluidas en la lista propuesta son lo suficientemente claras como para que las cortes y tribunales puedan aplicarlas e interpretarlas de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Las explicaciones de la mayoría de esas normas pueden encontrarse en tratados, decisiones judiciales y declaraciones formuladas en nombre de Estados y organizaciones internacionales. Ciertas normas han sido interpretadas de manera autorizada. Algunos de los principios fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, han sido interpretados en la Declaración de 1970 sobre los principios del derecho internacional. En su opinión, en el cuarto informe se debería haber prestado mayor atención a los principios fundamentales de la Carta que han adquirido el carácter de *ius cogens*.

La cuestión de si se debe elaborar o no una lista, dónde colocarla y qué normas deben figurar en ella es mejor dejarla en manos del Comité de Redacción. Tras escuchar atentamente las declaraciones de los colegas escépticos respecto de la lista propuesta, ya no está seguro de que deba presentarse como un proyecto de conclusión aparte. Ello podría implicar que la intención de la Comisión es determinar de manera concluyente lo que es y no es una norma de *ius cogens*, si bien ese no es el propósito del tema que se examina ni la tarea de la Comisión. Tal vez sería mejor presentar una lista indicativa e ilustrativa como adición, que incluya únicamente las normas de derecho internacional general más ampliamente reconocidas como *ius cogens*. En el comentario de esa adición debería aclararse que la lista tiene por objeto únicamente proporcionar ejemplos de lo que podrían considerarse normas de *ius cogens*.

No cabe duda de que el derecho a la libre determinación es un derecho reconocido con respecto a todos los pueblos en derecho internacional general. La opinión de que el derecho a la libre determinación está relacionado únicamente con la descolonización ha quedado anticuada, como ha quedado demostrado en la práctica con la disolución de la ex Unión Soviética, la disolución de la ex Yugoslavia y, más recientemente, los casos de Eritrea y de Sudán del Sur. También es un derecho permanente, lo que significa que un pueblo puede ejercerlo más de una vez en diferentes momentos de la historia. Eso está claro. Lo que no lo está es la naturaleza de la relación entre el derecho a la libre determinación, como derecho de los pueblos mencionado en la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho de los Estados a la integridad territorial, la igualdad soberana y la no injerencia. Esos derechos son iguales y deben equilibrarse de acuerdo con el criterio del libre albedrío. Si la legitimidad de un Estado se basa en la libre voluntad de sus habitantes y en el respeto de sus derechos fundamentales, prevalecerá la integridad de ese Estado. Como quedó claro en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, de 1970, en los Estados cuyos habitantes están sometidos al colonialismo o a cualquier otra forma de dominación extranjera, prevalecerá el derecho de los pueblos a la libre determinación. El resultado del ejercicio de ese derecho no es importante; lo que es crucial es que sea un reflejo del libre albedrío.

La palabra “ilustrar” hace referencia al uso de ejemplos concretos para explicar un concepto, declaración o situación. Ese es el propósito exacto de la lista propuesta por el Relator Especial. No proclama que determinadas normas de derecho internacional general tengan el carácter de *ius cogens*, ni tampoco impide que se considere que otras normas tienen ese carácter. Tiene, más bien, una función ilustrativa, ya que proporciona ejemplos concretos que ayudan a dilucidar qué son las normas de *ius cogens* y qué normas pueden tener esa condición.

La lista debe examinarse y completarse en el Comité de Redacción y debe ir acompañada de comentarios en los que se explique su finalidad. También debe ser breve, y contener únicamente las normas de derecho internacional general que, de hecho, son reconocidas más ampliamente como *ius cogens*. Debe basarse principalmente, aunque no exclusivamente, en la práctica de los Estados, como ha indicado el Relator Especial. Dado que el *ius cogens* se basa en el consentimiento de la gran mayoría de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, la “práctica” debe entenderse en un sentido amplio y debe reflejar el consentimiento de la comunidad internacional.

Las opiniones en el seno de la Comisión están divididas, pero ha de llegarse a un compromiso. La Comisión daría una mala impresión si, en su calidad de órgano de las Naciones Unidas responsable del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no pudiera llegar a un consenso entre sus miembros sobre cuáles son las normas de derecho internacional general que constituyen los ejemplos más ampliamente reconocidos de normas imperativas. El orador espera que el Relator Especial pueda proponer una solución de avenencia después de examinar detenidamente las opiniones de los miembros, incluida su sugerencia de que la lista se incluya en una adición. Para concluir, el orador recomienda que se remita al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 24.

El Sr. Argüello Gómez dice que agradece la presentación oral y el informe bien documentado del Relator Especial. El orador no ha podido participar en el debate sobre el tema en los dos períodos de sesiones anteriores de la Comisión, pero, como no quiere

volver a plantear cuestiones que ya han sido tratadas y acordadas, limitará sus observaciones al tema del cuarto informe.

Al igual que la mayoría de los oradores que le han precedido, duda de la existencia de un *ius cogens* regional, que le parece constituye una contradicción de términos. Las llamadas normas regionales de *ius cogens* no se derivan del derecho internacional general, cabe contra ellas acuerdo en contrario y no son oponibles a normas imperativas de derecho internacional general. Por su propia definición, no son normas imperativas de derecho internacional general.

Lo que, de hecho, se ha reconocido es la existencia de normas consuetudinarias en ciertas regiones o entre ciertos grupos de Estados. Los ejemplos dados por el Sr. Nolte y otros miembros como prueba de la existencia de un *ius cogens* regional, como los relativos a la práctica de los Estados latinoamericanos, no son convincentes. No es correcto decir que, en América Latina, la prohibición de las desapariciones forzadas y la prohibición de la ejecución de niños se consideran, o se han considerado, simplemente normas regionales de *ius cogens*, ya que los órganos regionales pertinentes las consideran normas imperativas de derecho internacional general. Además, la prohibición de las desapariciones forzadas no puede atribuirse exclusivamente a una sola región.

El ejemplo del derecho europeo tampoco es apropiado, pues no se trata de un simple derecho regional. Europa es una unión de Estados y, como tal, tiene sus propias normas que deben cumplir sus miembros, algunas de las cuales no admiten acuerdo en contrario mientras dure la unión o el acuerdo del que surgieron. Conviene en las observaciones del Sr. Petrič sobre las normas europeas a ese respecto.

Coincide con el Sr. Reinisch en que el concepto de *ius cogens* regional es “muy teórico” y no le parece que tenga cabida en un debate sobre el *ius cogens* propiamente dicho. No obstante, como el concepto se aborda en el informe del Relator Especial, hay que decir algo al respecto. La Comisión debe decir claramente que el derecho regional no es parte del tema que se examina y que las normas regionales, cualquiera que sea su naturaleza y valor jurídico, no pueden prevalecer sobre las normas de *ius cogens* de derecho internacional general.

En la sección B) del capítulo IV del informe se abordan las normas cuyo carácter imperativo ya ha sido reconocido por la Comisión. Son las normas que el Relator Especial ha incluido en la lista ilustrativa propuesta en el proyecto de conclusión 24 como los ejemplos más ampliamente reconocidos de normas imperativas de derecho internacional general. En la sección C) del capítulo IV del informe se propone una lista adicional de posibles normas de *ius cogens* no identificadas en la labor anterior de la Comisión.

La sola lectura de las normas que han sido excluidas de la lista ilustrativa debería ayudar a la Comisión a decidir si incluye la lista propuesta, que incorporaría únicamente la normas que han recibido una supuesta “partida de nacimiento” de la Comisión. Es difícil entender cómo, en la etapa actual del desarrollo humano, pueden dejarse fuera normas o temas mencionados en el párrafo 123 del informe, como la prohibición de las desapariciones forzadas, de la trata de personas, de la discriminación y del terrorismo, así como el derecho a la vida y los derechos ambientales.

El derecho a la vida y la igualdad de los seres humanos son los conceptos fundamentales en que se basan todas las demás normas imperativas, como la prohibición de la agresión, del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, de la esclavitud, de la tortura, del *apartheid* y de todas las formas de discriminación. Por tanto, no entiende cómo la Comisión puede sostener que el derecho a la vida no es una norma de *ius cogens*. Si la razón es que algunos Estados imponen la pena de muerte, entonces seguramente la prohibición de la tortura también debería haber sido excluida de la lista, ya que algunos Estados la practican llamándola “enhanced interrogation”.

En su opinión, habría sido preferible evitar plantear la cuestión de una lista ilustrativa. Dado que el informe del Relator Especial es público, no se puede ignorar el hecho de que se ha propuesto a la Comisión una lista de este tipo. La decisión que los miembros tomen al respecto será tomada en cuenta e interpretada. Igualmente será de público conocimiento que se han tenido a la vista otras normas, como el derecho a la vida,

que, de aceptarse la propuesta del Relator Especial, no se han incluido en la lista de normas imperativas.

Otro problema que plantea la lista es que algunos temas ni siquiera se han considerado como candidatos para ser incluidos en ella. A ese respecto, está de acuerdo con el Sr. Huang en que los principios y normas de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, de 1970, y los Cinco Principios de la Coexistencia Pacífica, como el respeto de la soberanía, la prohibición del uso de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, son normas imperativas de derecho internacional general. El hecho de que la Comisión haya soslayado esas normas no pasará desapercibido.

La inclusión de una norma determinada en una lista de normas que tienen el carácter de *ius cogens* no puede conferir ese carácter a dicha norma ni aportarle valor añadido alguno. Por ejemplo, el orador se pregunta si la inclusión de la prohibición de la tortura en la lista le confiere algún valor añadido.

No es apropiado que la Comisión asuma el papel de juez y manifieste qué normas no tienen carácter imperativo. Como se dice en el informe, es muy posible que ciertas normas, como algunas relativas al medio ambiente, tengan un carácter de *ius cogens* que aún no ha sido aceptado y reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, con lo que aún no producen los efectos propios del *ius cogens* en el derecho.

El medio ambiente es un buen ejemplo de un ámbito que está regulado indiscutiblemente por normas imperativas. No hay nadie que sostenga que dañar el medio ambiente es lícito. Por tanto, la cuestión no es si las normas relativas al daño ambiental son de carácter imperativo, sino más bien qué normas deben aplicarse. A su juicio, la Comisión no debe tratar de identificar esas normas.

Además, la Comisión no debe perder de vista el hecho de que la Corte Internacional de Justicia es el órgano facultado, en virtud del artículo 66 de la Convención de Viena, para pronunciarse sobre la aplicación o la interpretación de los artículos 53 y 64 de la Convención. En última instancia, corresponde a la Corte determinar cuáles son las normas imperativas de derecho internacional general en una situación determinada.

En el informe se reconoce que hay normas imperativas que no están claramente definidas. Así, por ejemplo, no resuelve el problema de si el derecho a la libre determinación es aplicable únicamente en el contexto de la descolonización o si también se aplica en casos de secesión. La conclusión del Relator Especial a este respecto es que la decisión de la Comisión de incluir el derecho a la libre determinación, con independencia de su definición, como una de las normas de *ius cogens* ampliamente aceptadas es justificable.

No obstante, hay bastante discrepancia con ese criterio. Varios miembros han señalado que no existe una definición clara de algunas de las normas propuestas para su inclusión en la lista ilustrativa. Han presentado ese argumento como una razón adicional para no entrar en un debate sobre normas específicas que deben figurar en una lista. El orador está de acuerdo con esas observaciones. El Sr. Murase tiene razón al decir que la tarea de definir las normas debe abordarse por separado y que probablemente llevará años culminarla.

A fin de evitar elaborar una lista de normas que, en algunos casos, no están claramente definidas, la Comisión podría considerar la posibilidad de elaborar una lista de temas de valor fundamental para la comunidad internacional; en otras palabras, una lista de temas que se deducen de la naturaleza de las normas de *ius cogens* de las que habla el proyecto de conclusión 24. Hablar de temas y valores protegidos, en lugar de normas, sería una forma de evitar entrar a definir normas muy complejas que el tiempo y la sociedad misma irán definiendo.

El Sr. Murphy y otros miembros han señalado que la Comisión no elaboró una lista ilustrativa al ocuparse del tema de la identificación del derecho internacional consuetudinario y que, por tanto, debería evitar hacerlo en el caso de las normas de *ius cogens*. No obstante, la comparación no es correcta. Las normas de derecho consuetudinario son fuente del derecho internacional y, como tal, incontables, mientras que

las normas de *ius cogens* son pocas, no son fuente del derecho y provienen ellas mismas de los tratados y de la costumbre.

Algunos colegas han querido extraer conclusiones sobre el carácter de *ius cogens* de algunas de las normas de la lista propuesta de la reciente opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, que le había sido solicitada por la Asamblea General. Han señalado, en particular, que las normas que regulan el derecho a la libre determinación no han sido identificadas por la Corte como normas de *ius cogens*.

A este respecto, el orador desea recordar que, en su solicitud de opinión consultiva de la Corte, la Asamblea General no hizo referencia al *ius cogens* ni a las normas imperativas de derecho internacional y no pidió a la Corte que se pronunciara sobre si el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens*. Además, ninguno de los Estados que participó voluntariamente en el procedimiento solicitó que la Corte que se pronunciara sobre si el derecho a la libre determinación es una norma de *ius cogens*.

La práctica de la Corte consiste en evitar pronunciamientos que no sean estrictamente necesarios a los efectos de sus decisiones. En el caso en cuestión, la Asamblea General, en la segunda pregunta de su solicitud, pidió a la Corte que, si se consideraba que el proceso de descolonización de Mauricio no había sido completo, determinara cuáles eran las consecuencias que se derivaban de la continuación de la administración del archipiélago de Chagos por el Reino Unido. En este punto, la Corte tenía que pronunciarse sobre los efectos que producían las normas bajo consideración, y no sobre el carácter de las propias normas. La Corte dictaminó que las normas en cuestión producían efectos *erga omnes*; en otras palabras, los mismos efectos que producen las normas de *ius cogens*.

Incluso esa opinión fue criticada por uno de los miembros de la Corte, el Magistrado Tomka, quien, en una declaración anexa a la opinión consultiva, sostuvo que la Corte, a pesar de su afirmación de que no se ocupaba de una controversia bilateral entre Mauricio y el Reino Unido, se había pronunciado innecesariamente sobre “un acto ilícito de carácter continuado” de este último en su respuesta a la segunda cuestión de la Asamblea General, y que los procedimientos consultivos no eran un foro apropiado para adoptar ese tipo de decisiones, especialmente cuando no se pedía a la Corte que las adoptara y estas no eran estrictamente necesarias para proporcionar asesoramiento al órgano requirente. En el caso en cuestión, no era necesario que la Corte determinara que el derecho a la libre determinación era una norma de *ius cogens*, ya que no se le había pedido que lo hiciera y ello no era estrictamente necesario para emitir la opinión consultiva.

El Sr. Murphy ha señalado que una posible razón por la que la Corte no identificó el derecho a la libre determinación como una norma de *ius cogens* es que, al hacerlo, se podía abrir la puerta a intentos de justificar ataques armados contra Gobiernos de Estados que presuntamente no respetaban los derechos de sus ciudadanos. Si bien el Sr. Murphy ha dejado claro que no suscribe esa opinión, el ejemplo es desafortunado. La Corte no puede haber contemplado en ningún momento que declarar que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa podría abrir la puerta a un derecho de injerencia en los asuntos internos de otros Estados con cuyos sistemas políticos, económicos, sociales y culturales no se esté de acuerdo.

Varios colegas han señalado que el informe del Relator Especial se basa demasiado en opiniones doctrinales y no hace suficiente referencia a la práctica de los Estados, que es lo verdaderamente importante. Parte de la dificultad del tema radica en que las normas de *ius cogens* tienen su origen, en muchos aspectos, en conceptos de derecho natural y valores éticos. Identificar la práctica de los Estados a ese respecto es muy difícil, ya que todos los Estados dicen cumplir con las normas de derecho internacional, incluidas las normas de *ius cogens*, pero son muy pocas las ocasiones en que un Estado considera, o se ve obligado a decir que una norma determinada tiene carácter de *ius cogens*. En consecuencia, la práctica conocida es exigua. Una de las pocas situaciones en las que un Estado podría necesitar invocar el carácter de *ius cogens* de una norma sería para invocar la nulidad de un tratado sobre la base de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena. Hasta donde sabe el orador, ello nunca ha ocurrido.

En el caso del Archipiélago de Chagos, varios Estados que participaron en el procedimiento ante la Corte, entre ellos Botswana, el Brasil, Chipre, Guatemala, Kenya, Nicaragua, Nigeria, Serbia, Sudáfrica y Vanuatu, manifestaron expresamente que la libre determinación era una norma de *ius cogens*. En su exposición oral ante la Corte, la Unión Africana dijo que cualquier acto destinado a separar el archipiélago de Chagos de Mauricio debía ser considerado nulo y sin ningún efecto debido al carácter *erga omnes* y de *ius cogens* del derecho a la libre determinación.

Para concluir, el orador dice que la cuestión de la lista ilustrativa propuesta por el Relator Especial requiere mayor consideración y estudio. Algunas de las normas propuestas para su inclusión en la lista requieren mayor definición, y la lista omite algunas normas imperativas importantes de derecho internacional general. Por todo ello, el proyecto de conclusión 24 no está listo para remitirlo al Comité de Redacción.

La Sra. Escobar Hernández desea dar las gracias al Relator Especial por la presentación de su cuarto informe y felicitarlo por el excelente trabajo realizado. El informe se concentra en dos temas que han constituido una constante en los debates de la Comisión sobre el tema de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*): el denominado *ius cogens* regional y la cuestión de la elaboración de una lista de normas de *ius cogens* que acompañaría al proyecto de conclusiones de la Comisión sobre la identificación y los efectos de esas normas. El Relator Especial ha presentado un informe bien documentado y estructurado que tiene debidamente en cuenta las opiniones expresadas por varios miembros de la Comisión en períodos de sesiones anteriores. En el informe también se hace referencia a cuestiones de metodología, en particular la manera y el momento de presentar los comentarios a cada uno de los proyectos de conclusiones que ya han sido aprobados por el Comité de Redacción. La oradora no desea abordar esta cuestión en la presente sesión, ya que el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo se ocupará de ella de manera más apropiada.

Con respecto al llamado *ius cogens* regional, desea recordar que, en una declaración que formuló en la 3421ª sesión de la Comisión en relación con el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/714), expresó serias reservas acerca de la existencia del *ius cogens* regional y pidió al Relator Especial que abordara la cuestión de manera prudente y exhaustiva en su informe posterior, teniendo debidamente en cuenta las reticencias expresadas por varios miembros de la Comisión a ese respecto. Por tanto, agradece el enfoque adoptado por el Relator Especial en su cuarto informe, que presenta un estudio serio y bien fundado de la cuestión.

El Relator Especial ha abordado la posibilidad de determinar la existencia de normas regionales de *ius cogens* desde diversas perspectivas, teniendo en cuenta elementos como el concepto de “región” (que, por lo que a ella respecta, no plantea ningún problema importante); el origen de las normas que revisten una especial relevancia en un determinado sistema regional; el procedimiento de creación de dichas normas; sus efectos en el ámbito regional y universal; y la relación entre la supuesta norma de *ius cogens* regional y las normas de *ius cogens* en sentido estricto, que, como ha señalado el propio Relator Especial y ha aceptado la Comisión, tienen un carácter eminentemente universal.

No obstante, el informe no aborda suficientemente lo que, en su opinión, es la cuestión esencial relativa al *ius cogens* regional: la cuestión de su relación con el concepto de orden público internacional o, en el caso que nos ocupa, “orden público regional”. El Relator Especial se ha referido en varias ocasiones a la noción de orden público, en especial al referirse al orden público europeo en materia de derechos humanos (e, indirectamente, al orden público interamericano), pero no aporta elementos suficientes para determinar si también hay otros sectores de los diversos ordenamientos jurídicos regionales en los que puedan identificarse elementos de orden público que vendrían protegidos por normas de *ius cogens* regional. Además, el hincapié que el Relator Especial hace en el origen convencional, o al menos en la base convencional, de las normas regionales de *ius cogens* la ha llevado a dudar de que esas normas sean verdaderamente normas imperativas de derecho internacional general.

No cabe duda de que se considera que algunas normas de los diversos ordenamientos regionales tienen un rango superior al de otras, o que existen ordenamientos jurídicos regionales dentro del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto. Sin embargo, la oradora sigue teniendo serias dudas de que esas normas se consideren importantes porque pueden calificarse de normas imperativas de derecho internacional en el sentido de la definición de la Convención de Viena, que es la base de la labor de la Comisión sobre el tema. El análisis de la fundamentación última de esas normas regionales “supremas” y de sus efectos requeriría un estudio pormenorizado, que encaja mal con el objeto de la labor de la Comisión sobre el tema.

Por ello, considera adecuada la propuesta del Relator Especial de no incluir ningún proyecto de conclusión sobre el *ius cogens* regional, no por razones relacionadas con la capacidad de la Comisión para pronunciarse de forma segura sobre la existencia y la naturaleza de esas “normas superiores” de los ordenamientos regionales, sino porque la cuestión queda fuera del alcance del tema que se examina.

En su cuarto informe, el Relator Especial propone un proyecto de conclusión que contiene una lista ilustrativa y no exhaustiva de las principales normas de *ius cogens*, basada esencialmente en la labor anterior de la Comisión, decisiones de la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales internacionales, y diversas decisiones adoptadas por órganos internacionales, en particular la Asamblea General de las Naciones Unidas. También se basa en la doctrina jurídica, algo que no constituye un demérito, ya que es precisamente el ámbito en el que se ha hecho el mayor esfuerzo para identificar las normas del *ius cogens*.

A lo largo del debate sobre el tema en cuestión, la oradora ha sostenido sistemáticamente que la elaboración de una lista ilustrativa de normas de *ius cogens* aporta un valor añadido a la labor de la Comisión y que esa lista debería incluirse en el proyecto de conclusiones. En su opinión, el hecho de que el debate sobre el *ius cogens* haya durado años no se puede atribuir tanto a la naturaleza del concepto en sí, o incluso a sus efectos, como a la incertidumbre respecto de qué normas son o no son normas de *ius cogens*. Es difícilmente concebible que la Comisión pueda emprender el difícil ejercicio de definir qué constituye una norma imperativa, cómo identificar una norma en la práctica y cuáles son sus efectos en el ordenamiento jurídico internacional, sin dar ejemplos de las normas en cuestión, sobre todo teniendo en cuenta que la Comisión ya ha hecho precisamente eso al examinar el derecho de los tratados, la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y la fragmentación del derecho internacional.

Aunque se aceptara, a título meramente dialéctico, que el tema que se está examinando tiene un carácter meramente procedimental y formal, similar al de la identificación del derecho internacional consuetudinario, ello no debe impedir que la Comisión prepare una lista indicativa de normas de *ius cogens*. Hay una clara diferencia entre los dos temas en cuanto al número de normas en cuestión. Además, las características específicas del *ius cogens* son tales que su dimensión y su contenido sustantivo son imposibles de obviar en la labor de la Comisión. Los Estados esperan de la Comisión algo más que un mero comentario sobre qué normas podrían considerarse de *ius cogens*, dado que dicha fórmula ya ha sido empleada por la Comisión. Puesto que el *ius cogens* constituye el núcleo del presente tema, la Comisión no puede, en el proyecto de conclusiones, guardar silencio sobre qué normas específicas entran en esa categoría, a menos que, por supuesto, desee transmitir a la comunidad internacional sus dudas sobre cuáles son esas normas, lo que podría dar la impresión de que tiene dudas sobre la existencia misma del concepto de *ius cogens* y de sus efectos en el ordenamiento jurídico internacional.

Es cierto, como han señalado algunos colegas, que la Comisión no se ha referido a ejemplos concretos en su labor sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, pero no está segura de que pueda adoptar el mismo enfoque respecto del tema que se examina sin que se vea afectado el resultado de la labor sobre este. Le producen cierta incomodidad las posibles consecuencias de adoptar el mismo enfoque o la forma en que podría interpretarse esa decisión. Para ilustrar su observación, quisiera invitar a los miembros a que se imaginen que piden a sus asistentes que preparen, de modo inmediato, una lista de diez normas relevantes de derecho internacional. Sin duda, los

asistentes no tendrían ninguna dificultad para hacerlo, y sus listas serían muy similares, si no idénticas. No obstante, si se pidiera a los asistentes que hicieran el mismo ejercicio con las normas de *ius cogens*, seguramente necesitarían más tiempo, y el contenido de sus listas no sería tan homogéneo. La razón principal no es que las reglas técnicas para identificar normas consuetudinarias se comprendan mejor; más bien parece ser que hay ambigüedad en la forma en que se percibe el *ius cogens*, e incluso dudas acerca de la existencia misma de las normas imperativas de derecho internacional general.

La oradora no está convencida de que la mejor manera de avanzar sea adoptar una posición tibia y dubitativa y limitarse a repetir el ejercicio de mencionar ejemplos de normas de *ius cogens* en los comentarios. El hecho de no incluir en el proyecto de conclusiones ninguna referencia a normas ya existentes de *ius cogens*, después de varias décadas ocupándose del tema, puede ser interpretado erróneamente en el sentido de que la Comisión tiene serias dudas sobre la misma existencia de esa categoría de normas, ya que no es capaz de proporcionar ni siquiera una lista ilustrativa. En su opinión, ha llegado el momento de que la Comisión dé dar un paso adelante que le permita avanzar respecto de su posición previa.

Cuestión distinta es la forma en que se elabore dicha lista. El asunto no es si se elabora o no la lista, sino fijar criterios sobre cómo elaborarla. Ello implicará dar prioridad a las normas no controvertidas y aceptar el hecho de que la lista será necesariamente corta. No obstante, no puede negarse que existe el riesgo de que el carácter ilustrativo de la lista se confunda con una lista exhaustiva o estática, o con la voluntad de la Comisión de primar ciertas normas imperativas respecto de otras.

La verdadera cuestión es si la Comisión tiene tiempo para preparar una lista, dado que el Relator Especial desea completar la primera lectura del proyecto de conclusiones en el actual período de sesiones. Probablemente la mejor opción sea concentrarse exclusivamente en la labor anterior de la Comisión y en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, que sin duda tienen un valor de autoridad innegable. Por otra parte, la utilidad de recurrir a la doctrina para elaborar la lista es discutible, en especial teniendo en cuenta la disparidad de posiciones de distintos autores. El resultado de ese ejercicio debería ser una lista breve, no exhaustiva y de carácter ilustrativo, que se incluiría como un proyecto de conclusión aparte. Como alternativa, pero solo como último recurso, la lista podría mencionarse en un proyecto de conclusión e incluirse en un anexo, como ha propuesto la Sra. Galvão Teles.

El proyecto de conclusión 24, propuesto por el Relator Especial, es un buen punto de partida, pero se necesitan algunos cambios de redacción, especialmente en el párrafo introductorio, así como una consideración más de fondo de los ejemplos de normas incluidas en la lista. Si bien los ejemplos que figuran en la lista del Relator Especial son, sin duda, normas imperativas, la lista plantea una serie de problemas. Por ejemplo, no le convencen los argumentos del Relator Especial sobre la formulación de la prohibición del uso de la fuerza. Es esencial determinar si el carácter imperativo de la norma se refiere a la prohibición de toda forma del uso de la fuerza o solo a la prohibición de la agresión. Además, la expresión “uso de la fuerza agresiva” no parece apropiada; por el contrario, introduce incertidumbre al no hacer distinción entre la prohibición del uso de la fuerza y la prohibición de la agresión.

En relación con el derecho a la libre determinación, le preocupa que el Relator Especial considere que su inclusión en la lista es independiente del alcance de ese derecho. Le parece un enfoque extremadamente peligroso, dadas las diferentes interpretaciones de ese derecho y las importantes consecuencias prácticas que puede tener para los Estados y los pueblos. Debe evitarse toda referencia al contenido de ese derecho o definirse su alcance, lo que sería imposible de hacer en este momento. No obstante, esa preocupación no afecta en modo alguno a su convicción de que el derecho a la libre determinación es, sin duda alguna, una norma imperativa de derecho internacional general.

La terminología que debe utilizarse en relación con las normas básicas del derecho internacional humanitario plantea menos problemas, al igual que la mención expresa en la lista de la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial y la prohibición de la esclavitud, junto con la prohibición de la trata de personas. En esos casos, las cuestiones

planteadas por los miembros de la Comisión podrían resolverse en buena medida en el comentario.

En cuanto a la posible inclusión en la lista de otras normas mencionadas por el Relator Especial, cabe destacar que, entre los “candidatos” a la clasificación de normas de *ius cogens*, hay gran disparidad, lo que dificulta la evaluación en términos comparativos. Además, como la Comisión no las ha examinado anteriormente desde la perspectiva del *ius cogens*, no tiene una base sólida para incluirlas en la lista. Si bien esto no impide a la Comisión examinar a esos “candidatos” a efectos de su inclusión en la lista, ello llevaría un tiempo del que no dispone la Comisión. La cuestión de las nuevas normas de *ius cogens* podría abordarse mejor en el comentario. Desea subrayar que la Comisión ha de proceder con cautela al redactar el comentario al proyecto de conclusión, a fin de evitar los múltiples riesgos y problemas a que se ha hecho referencia en el debate.

Confía en que la excelente labor del Relator Especial permita a la Comisión finalizar la primera lectura del proyecto de conclusiones durante el actual período de sesiones. Y, por supuesto, está a favor de que se remita al Comité de Redacción el proyecto de conclusión que contiene la lista indicativa de normas de *ius cogens*.

El Sr. Ruda Santolaria dice que ha leído con gran interés las prolijas referencias a la jurisprudencia de las cortes y tribunales nacionales e internacionales, que reflejan la acuciosa y rigurosa labor realizada por el Relator Especial. Las referencias incluyen casos abordados en los ordenamientos regionales de derechos humanos e incluso una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 12 de agosto de 2005, en relación con las desapariciones forzadas. En otra importante resolución, de 21 de marzo de 2011, ese Tribunal aludió directamente a las normas de *ius cogens*, el derecho fundamental a la verdad y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a la cuestión del *ius cogens* regional, está plenamente de acuerdo con el Relator Especial en que resulta difícil compaginar la noción de este con la noción de *ius cogens*, que, por su propia naturaleza, es universal. Las normas imperativas de derecho internacional general que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto son normas de tal transcendencia que obligan sin que medie consentimiento y que no admiten acuerdo en contrario.

A este respecto, la práctica de los Estados refleja una concepción del *ius cogens* sustentada en una jerarquía de normas, que apunta a salvaguardar, mediante la primacía, un núcleo común de valores universales. Al igual que el Relator Especial, considera que, más que plantear la existencia de un *ius cogens* regional, cabe hablar de normas que tienen un rango especial para una región o un grupo de Estados y que son consideradas de mayor importancia por los miembros de la región o del grupo. Al mismo tiempo, una norma de *ius cogens* puede tener su origen en un proceso iniciado en una región determinada. El orador no ve dificultades particulares para determinar qué Estados pertenecen a una región.

Entiende que las normas regionales no están en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), ya que, en el caso hipotético de que ello ocurriera, prevalecerían estas últimas. En la mayoría de los casos, esas normas regionales son vinculantes para los Estados de la región de que se trate y representan avances o desarrollos adicionales que van más allá de lo que constituye propiamente *ius cogens* propiamente dicho, ya que este último es una especie de mínimo común universal que ha de preservarse a toda costa. Empero, en tanto que esas normas regionales no son imperativas ni normas que no admiten acuerdo en contrario, es perfectamente posible que los sujetos de derecho internacional afectados por esas normas las sustituyan por normas de carácter convencional o consuetudinario.

Además, aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró, en el párrafo 56 de su Informe núm. 3/87, de 22 de septiembre de 1987, en el caso *Roach y Pinkerton*, que los miembros de la Organización de los Estados Americanos reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de menores de edad, la propia Comisión no insiste en ese concepto cuando, años después, vuelve a pronunciarse respecto a un caso semejante. De hecho, en el párrafo 84 de su Informe núm. 62/02, de 22 de octubre de 2002, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, dice literalmente que “ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes

menores de 18 años en momentos de cometer un delito”. A continuación, en el párrafo 85, dice que “ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*” que no puede “ser derogada con validez, sea por tratado o por objeción de un Estado, persistente o no”. Así pues, apoya la propuesta del Relator Especial de no dedicar un proyecto de conclusión al *ius cogens* regional, sino de abordarlo en el comentario.

Comparte las preocupaciones del Relator Especial, expresadas en el párrafo 52 del informe, en cuanto a si “la inclusión de una lista ilustrativa no comportaría una modificación fundamental de la naturaleza del tema”, que se ocupa de “normas metodológicas y secundarias”, y no de “las normas sustantivas o de fondo aplicables en diferentes ámbitos del derecho internacional”. Como ha señalado el Relator Especial, aunque todos los miembros de la Comisión pueden estar de acuerdo en que la prohibición del genocidio es una norma de *ius cogens*, puede haber otras normas, en las que esto no sea tan evidente, cuya inclusión en la lista puede requerir un estudio en profundidad.

Propone que el proyecto de conclusión 24 no se incorpore en su redacción actual, sino que algunos elementos de la lista se incluyan en el comentario como ejemplos representativos de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), con una clara indicación de que la lista no es exhaustiva. Entre las normas que cabría mencionar podrían estar la prohibición del genocidio, la prohibición del *apartheid* y la discriminación racial, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad y la prohibición de la tortura. Habría que matizar al referirse a la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición de la agresión y la prohibición del uso agresivo de la fuerza. La prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos tiene indudablemente carácter imperativo, pero, como han apuntado otros miembros de la Comisión, no se ha analizado si esa prohibición se extiende a tragedias actuales como la trata de personas.

En su opinión, no sería oportuno consignar la mención al derecho a la libre determinación sin especificar su alcance. Es necesario aclarar si se aplica únicamente en casos de descolonización o de ocupación extranjera o si puede dar lugar, en algunas situaciones, a la secesión, cuestión muy delicada desde la perspectiva de preservar la integridad territorial de los Estados. Tampoco sería apropiado incluir las “normas básicas del derecho internacional humanitario”, ya que, como ha señalado con buen criterio el Relator Especial, se plantea un evidente problema de inseguridad a la hora de determinar qué normas del derecho internacional humanitario son las más “básicas” y cumplen los criterios para ser consideradas *ius cogens*.

Está de acuerdo en que la propuesta del Relator Especial se remita al Comité de Redacción. Espera que la primera lectura pueda finalizarse en el actual período de sesiones y que la segunda pueda efectuarse antes de que termine el actual quinquenio de la Comisión, en 2021.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.