DERECHO TRANSNACIONAL
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA • JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ *(Directores)*

De la alargada sombra del *ius cogens*

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

COMARES
editorial

Cesáreo Gutiérrez Espada

DE LA ALARGADA SOMBRA DEL *IUS COGENS*

Granada, 2021

© Cesáreo Gutiérrez Espada

Editorial Comares, S.L.

Polígono Industrial Juncaril
C/ Baza, parcela 208
18220 - Albolote (Granada)

Teléfono 958 46 53 82
https://www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
https://www.facebook.com/Comares • https://twitter.com/comareseditor
https://www.instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-220-3 • Depósito Legal: Gr. 1002/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: EDITORIAL COMARES, S.L.

En la presentación ante la Comisión por el Relator del Tema de su tercer informe (2018), en el que estudia los efectos y las consecuencias del *ius cogens*, afirmó:

> «that challenging, controversial and sensitive question (…) for some, including some in the Commission, *ius cogens* was super brilliant and could perform magic beyond the dreamer's wildest dreams, while for others, its consequences were non different from those of other rules of international law. Practice, however, had revealed that, like reality, the consequences of *ius cogens* were less colourful that the dreamer's dream and yet more colourful that others might wish to suggest» (Sr. Tladi, A/CN.4/SR.3414, 30 de mayo de 2018, pp. 1-10, p. 4).

* * *

Deseo también dedicar este que acaso sea mi penúltimo libro a mis nietos de «aquende y allende la Mar Océana». A Ángela, la primera (mi «perlica») y a su hermano Juan, tan cariñoso y serio en sus «tabajos», aquí; y allí a Paulica que te mira muy seria cuando le preguntas qué quieres ser cuando seas mayor y te responde, «yo quiero ser científica» y su hermano pequeño Nico, el seductor. Va por vosotros, con el (inmenso) cariño de vuestro «abu».

SUMARIO

Palabras previas XIII

capítulo i

SOBRE EL *IUS COGENS*, UNA REFLEXIÓN PERSONAL DE PRINCIPIOS DE SIGLO

I. La aceptación general del concepto 2
II. Características básicas del derecho internacional imperativo 4
III. Su identificación 18
1. ¿Concreción normativa? 2
2. ¿(…) O jurisprudencial? 21
3. Las listas que circulan. 22
4. ¿Ha aportado algo al tema el Proyecto de conclusiones, adoptado en primera lectura (2019), de la Comisión de Derecho Internacional, sobre las normas imperativas? 25

capítulo ii

LOS TRABAJOS DE LA CDI SOBRE EL *IUS COGENS* EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

I. La inclusión del tema en la agenda de la comisión. 27
II. El relator especial, los informes y su debate 29
1. El Relator Especial 29
2. Los Informes y su debate 29
2.1. *El primer Informe (2016)* 29
2.2. *El segundo (2017)* 34
2.3. *El tercero (2018)* 45
2.3.1. *Objeto y proyectos de conclusión propuestos* 45
2.3.1.1. *Las Fuentes* 46
2.3.1.2. *La Responsabilidad Internacional* 56
2.3.2. *Su debate* 58
2.3.2.1. *Las Fuentes* 58
2.3.2.2. *La responsabilidad internacional* 66
2.3.3. *Decisión Comisión* 74

2.4. *El cuarto (2019)* 81
2.4.1. *Objeto y proyectos conclusiones* 81
2.4.2. *Su debate* 83
2.4.3. *Decisión Comisión* 96
III. Proyecto conclusiones 96
1. Su naturaleza 96
2. Su estructura 98
3. Valoración de conjunto 100

CAPÍTULO III

LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL. SU IDENTIFICACIÓN

I. Concepto 101
II. Características 102
1. Normas generales 102
2. No susceptibles de acuerdo en contrario y modificables sólo por otra norma imperativa. 104
3. Universalmente aplicables 104
4. Reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto 105
III. Corolarios 107
1. Encarnan valores fundamentales 107
2. Jerarquía 110
3. Precisan prueba 111
IV. Normas imperativas y fuentes del DI (...) 115
V. Conclusión 117

CAPÍTULO IV

LA ALARGADA (PERO TAMBIÉN FRONDOSA) SOMBRA DEL *IUS COGENS* (SU RELACIÓN CON LAS «FUENTES»)

I. Los tratados 121
1. Conclusión 10 121
2. Conclusión 11 123
3. Conclusión 12 125
4. Conclusión 13 127
II. La costumbre 129
III. Los actos unilaterales 130
IV. Las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales intergubernamentales (incluyendo las resoluciones del consejo de seguridad) 132
V. Pero ¿y los principios generales del derecho? 133
VI. El procedimiento 141

CAPÍTULO V

LA ALARGADA (PERO TAMBIÉN FRONDOSA) SOMBRA DEL *IUS COGENS* (SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD)

I. Las normas imperativas generan obligaciones *erga omnes* y un derecho de la responsabilidad específico 145

1. Las obligaciones *erga omnes* 145
2. El Derecho de la Responsabilidad de las normas imperativas (remisión) 147
II. El *proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)* refleja fielmente este derecho de la responsabilidad 148
1. Normas imperativas y causas de exclusión de la ilicitud 148
2. Un *ius litigandi* (particular) para los Estados (y Organizaciones) meramente *habilitados* 149
3. Las llamadas «obligaciones de solidaridad» 150
4. ¿Y la conclusión 20? 153
III. Sin desarrollo progresivo alguno 155
1. Ni *actio popularis* (…) 155
2. Ni contramedidas de terceros 156

CAPÍTULO VI

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO

I. Dos proyectos de conclusión controvertidos 161
II. La solución encontrada para ellos 164

CAPÍTULO VII

A MODO DE CONCLUSIÓN

I. Lo que el *proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional (ius cogens)* aporta 167
II. Lo que nos gustaría aportara 170
III. De cara al proceso de segunda lectura del proyecto de conclusiones 171

Bibliografía

I. Libros, capítulos de libros, artículos de revista, documentos de trabajo (…) . . . 175
II. Documentos 178
1. De la Organización de Naciones Unidas 178
III. Jurisprudencia internacional 181

Anexos

I. Anexo I (texto del proyecto de conclusiones aprobado provisionalmente por el comité de redacción en primera lectura, A/CN.4/L.936, de 26 de mayo de 2019) . . 183
II. Anexo II (texto del *proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas derecho internacional general [ius cogens]*, adoptado por la comisión en primera lectura en su sesión 3472.ª, de 31 de mayo de 2019) 191

PALABRAS PREVIAS

1. Aprovechando la adopción por la Comisión de Derecho Internacional, en agosto de 2001, de su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, me pareció interesante, en el contexto de la invitación que se me hizo para colaborar en el Libro Homenaje a un internacionalista español, analizar (era el año 2005) el concepto de Derecho internacional imperativo, investigando los modos de identificar la naturaleza imperativa o no de una norma y, sobre todo, una vez identificada esta, estudiar las consecuencias jurídicas que normas de esa naturaleza ejercen sobre las fuentes del Derecho internacional en general y, en particular, sobre el Derecho internacional de la responsabilidad.

2. El 2019, la Comisión de Derecho Internacional adoptó, en primera lectura, un *Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*.

Y me tentó, entonces, la idea de contrastar si lo que yo pensaba del *ius cogens* y sus consecuencias en 2005, había sido o no recogido por el Proyecto de conclusiones de la Comisión.

Esta fue la razón primera que justifica la existencia de este libro.

3. Pero hubo otras también. Habida cuenta de que el Proyecto de conclusiones se adoptó en primera lectura y no se ha iniciado aún el proceso de su revisión, me pareció de sumo interés trazar las líneas de cómo está el tema en este momento para, en su día, contrastar las enmiendas que en su segunda lectura se hagan del Proyecto de 2019.

Intuyo que no serán demasiadas, pero en todo caso me parecía importante contar con un análisis de de lo que ya se tiene para compararlo, en su caso, insisto, y en su día, con lo que pueda tenerse (…).

4. La lucha entre los sectores doctrinales que se han llamado «idealistas» y «positivistas» sobre las la identificación del *ius cogens* y sobre las consecuencias de

este en el Derecho internacional en general y, en concreto, en el ámbito del Derecho internacional de la responsabilidad, sigue viva.

De hecho, está presente en el Proyecto de conclusiones que la Comisión adoptó en primera lectura en 2019.

5. Será muy interesante comprobar si esa pugna entre «idealistas» y «positivistas» sigue aferrada al texto que finalmente se apruebe por la Comisión de Derecho Internacional en tan importantísima materia.

Murcia, lunes 17 de mayo de 2021

Cesáreo Gutiérrez Espada
Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

colección

DERECHO TRANSNACIONAL

Directores

Alfonso-luis Calvo Caravaca • Javier Carrascosa González

8 DE LOS ESTADOS FALLIDOS A LOS ESTADOS FRÁGILES: UN RETO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO
Garciandía Garmendia, Rosana

9 CONTRATOS INTERNACIONALES DE DISTRIBUCION COMERCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA
Rodríguez Rodrigo, Juliana

10 LOS LITIGIOS EN MATERIA DE SEGUROS EN LA UNIÓN EUROPEA
Caamiña Domínguez, Celia M.

11 NACIMIENTO, AUGE Y DECADENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER
Gutiérrez Espada, Cesáreo; Cervell Hortal, Mª José

12 LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA CORRUPCIÓN
Jiménez García, Francisco

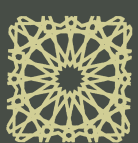
13 ESTADO ISLAMICO, NACIONES UNIDAS, DERECHO INTERNACIONAL Y UNIÓN EUROPEA
Cervell Hortal, Mª José (dir.)

14 RESPUESTAS NORMATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA A LA AMENAZA DEL ESTADO ISLÁMICO (DAESH)
Piernas López, Juan Jorge

15 LA NOTIFICACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA
Cebrián Salvat, María Asunción

16 CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y MERCADO GLOBAL
Cebrián Salvat, María Asunción

17 DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL CIBERESPACIO
Gutiérrez Espada, Cesáreo



COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-220-3