

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA. *De la alargada sombra del 'ius cogens'*. Granada, Comares, Colección Derecho Transnacional, nº 18, 2021, XIV-198 pp. ISBN: 978-84-1369-220-3

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6757>

1. Cuando, tras leer esta obra, la Editorial Comares nos preguntó a los Directores de su colección “Derecho Transnacional” si era apropiado publicarla en ella, nuestra respuesta fue positiva. Había varias razones para hacerlo.

En primer lugar, las monografías sobre el *ius cogens internacional* obligan a reflexionar tanto al autor como a los lectores sobre un tema extraordinariamente difícil e importante. No es extraño, pues, que se sigan publicando libros y ensayos sobre un tópico jurídico que parece inagotable (*vid.*, *ad ex.*, B. HESS, “Staatenimmunität und ius cogens im geltenden Völkerrecht: der Internationale Gerichtshof zeigt die Grenzen auf”, *IPRax*, 32, 3, 2012, pp. 201-206; L.A. LÓPEZ ZAMORA, “El unificador fragmentado: la fenomenología de las normas de ius cogens en un contexto de cambio”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 30, 2014, pp. 203-250; R. PISILLO MAZZESCHI, “Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull’immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2, 2012, pp. 310-326; Á.J. RODRIGO, “Los criterios de identificación de las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*)”, en J. Díez-Hochleitner et al. (Eds.), *Principios y justicia en el Derecho internacional: libro homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotons*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 123-131; N. SCHWARZ, *Ius Cogens als Basis für ein stabiles Völkerrecht: wie zwingendes Recht zum Schutz der moralischen Werte der internationalen Gemeinschaft beiträgt*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2013; M.P.

SOMMERFELD, *Staatensouveränität und ius cogens: eine Untersuchung zu Ursprung und Zukunftsfähigkeit der beiden Konzepte im Völkerrecht*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2019; P. STARSKI, “A call for a turn to the meta-level of international law: silence, the ‘interregnum’, and the conundrum of ius cogens”, *ZaöRV*, 77, 1, 2017, pp. 87-90).

En segundo lugar era un autor que había publicado varias veces con nosotros y nunca nos había defraudado ni científica ni comercialmente. Es más, a su probada pericia se unía el hecho de que venía estudiando el *ius cogens internacional* desde hacía años. En efecto, había analizado el concepto de Derecho internacional imperativo, investigando los modos de identificar la naturaleza imperativa o no una norma y, ante todo, reflexionando sobre 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 (C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre las normas imperativas del Derecho internacional”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 273-290). Este ensayo partía de la adopción por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en agosto de 2001, de su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (UN Doc. A/56/10). Con posterioridad, en junio de 2019, la Comisión adoptó en primera lectura un proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general. La ocasión para retomar la línea de investigación era, por tanto, muy oportuna.

2. Como el profesor C. GUTIÉRREZ ESPADA pone de relieve, el *Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional (ius cogens)* constituye una importante aportación al Derecho internacional por razones o motivos diversos.

- 1^a) De una parte, y en su consideración más elemental, el Proyecto confirma la plena vigencia del Derecho internacional imperativo. Dicho de otro modo, viene a avallar las tesis de quienes, como el profesor RODRIGO HERNÁNDEZ, consideran que “las razones para la esperanza son hoy más sólidas para defender la existencia de un conjunto de normas que integrarían lo que [se] denomina Derecho internacional universal imperativo”.
- 2^a) De otra, en el Proyecto de conclusiones se deja constancia, sin equívoco posible, de lo que antes no era sino la opinión de un número indefinido y descentralizado de autores, la aplicación de las normas imperativas (con las mismas consecuencias que en el caso de los tratados) a las demás fuentes del Derecho internacional: la costumbre, los actos unilaterales y las resoluciones obligatorias de las Organizaciones internacionales. Es de advertir, con todo, como en esta obra critica su autor, que el Proyecto adoptado en primera lectura ha dejado sin respuesta plena la situación de los principios generales del derecho. Admitido, sí, que estos pueden servir de base de normas de *ius cogens* (conclusión 5), la Comisión ha preferido *to wait and see* en qué queda su trabajo sobre esta fuente en concreto, trabajo apenas iniciado en 2019 de la mano de su Relator, el Sr. VÁZQUEZ BERMÚDEZ, para pronunciarse definitivamente.
- 3^a) Más aún, y en decisión de mayor alcance si cabe, el Proyecto de conclusiones ratifica la opinión de unos pocos académicos de que las normas de *ius cogens* desarrollan sus efectos, asimismo, en el ámbito del Derecho internacional de la responsabilidad. La asunción por la CDI (en 2019, nuevamente) de que esto es así, defiende con vigor el autor del libro (no en vano ha demostrado en trabajos anteriores ser un buen conocedor del tema), aporta luz y

seguridad jurídica al Derecho internacional de nuestros días. Como las reglas que regulan los efectos del *ius cogens* sobre las causas de exclusión de la ilicitud (pp. 148 ss.) o las que se aplican en los supuestos de violaciones de normas imperativas (pp. 150 ss.). Reforzando así, de paso, los artículos correspondientes del proyecto que la Comisión adoptara en 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

De particular relevancia es la conclusión 17 que, consolidando el artículo 48 del mencionado Proyecto de 2001 de la CDI, permite a Estados que no han sido directamente perjudicados por la violación de normas imperativas invocar la responsabilidad internacional del autor de la misma.

Pero por si todo lo ya apuntado no fuera suficientemente significativo, el profesor GUTIÉRREZ ESPADA resalta el dato de que el Proyecto de conclusiones ha precisado que toda consecuencia jurídica de las normas de *ius cogens* sobre el Derecho internacional de la responsabilidad no agota sus efectos en el caso de los Estados; también en el de la responsabilidad de las Organizaciones internacionales las normas imperativas se proyectan sobre los hechos por ellas cometidos. Y la Comisión lo hace constar así en los comentarios. De este modo, el Proyecto de conclusiones adoptado en 2019 refuerza el valor de las normas que la CDI proclamó en su Proyecto de artículos de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Las refuerza y algo más, al clarificar lo que hasta hoy no era seguro: que el *ius cogens* también proyecta sus consecuencias sobre los comportamientos de esos sujetos secundarios y funcionales que son las Organizaciones internacionales. Se comprende así por qué, el profesor GUTIERREZ ESPADA se muestra en su libro, aunque sea entre líneas y cautamente, en el seno de un debate no poco agitado (*vid.* Capítulo 2, párr. 20, párr. 24-H y párr. 30-D), más favorable que menos a que incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad se mencionen *eo nomine*, cuando el Proyecto regula la incidencia del *ius cogens* en la resoluciones de las organizaciones internacionales (conclusión 16, pp. 132-133); para dejar así meridianamente claro que incluso el Consejo de seguridad, a la hora de adoptar sus resoluciones y en particular sus decisiones *ex* artículo 25 de la Carta, está sometido a las normas imperativas del Derecho internacional.

Deseo, el suyo, que el autor del libro no ha visto, por lo demás, colmado; porque la mención de las resoluciones del Consejo de Seguridad se lleva a cabo en el comentario y no en el texto de la conclusión pertinente (p. 133).

- 4^a) En definitiva, CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA se declara plenamente de acuerdo con el profesor ÁNGEL RODRIGO HERNÁNDEZ, cuando escribía, en una fecha anterior a aquella en la que la Comisión adoptó en primera lectura su Proyecto de conclusiones, que éste contribuye a reducir el escepticismo en las normas de *ius cogens* y permite visualizar algunos de los efectos sistémicos que generan en aspectos fundamentales como la unidad material del ordenamiento jurídico internacional o la universalidad de la norma.

Tengo la impresión de que va a ser complicado resistirse a dar la razón a CESÁREO GUTIERREZ ESPADA, cuando sugiere en este libro que la sombra del *ius cogens*, como la del ciprés, es alargada.

3. El autor del libro considera que el Proyecto de conclusiones hubiera debido dar *un paso adelante* en el *desarrollo progresivo* en dos ámbitos:

De una parte, la de haber reconocido un concepto genuino de *actio popularis* en los supuestos de invocación de la responsabilidad del autor de una violación de normas imperativas por cualquier Estado del mundo y que, para ser consecuentes, dicha legitimación generara necesariamente la jurisdicción del tribunal de que se trate.

De otra, la posibilidad de *contramedidas de terceros*, con todos los requisitos exigibles, para forzar a quien no quiere cumplir su deber con el Estado lesionado o las víctimas de la obligación violada también hubiera sido una muestra de coraje.

4. Uno no puede dejar de preguntarse qué futuro le espera finalmente a la regulación definitiva del *ius cogens* internacional. Quizá, tras leer esta brillante monografía, un lector pueda concluir que: “*El futuro desconocido rueda hacia nosotros. Por primera vez lo afronto con un sentimiento de esperanza...*” (*Terminator 2. Judgement Day*, 1984).

En realidad, sin embargo, a la postre, puede que

no pase de ser un *wishful thinking*, dado que la experiencia demuestra que no es fácil poner en práctica el concepto del *ius cogens*. De ahí que algunos se refieran incluso a las normas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados que abordan las consecuencias del Derecho tradicional imperativo sobre la fuente más importante del Derecho internacional como “normas muertas” (ver capítulo 4, párrafo 5). Es cierto además que, como comenta CESAREO GUTIÉRREZ ESPADA, sigue presente en la doctrina, una división entre los “idealistas” y los “positivistas” en torno a la identificación del *ius cogens* y sus consecuencias jurídicas. Los “idealistas” entienden que la naturaleza del *ius cogens* incide significativamente en las normas secundarias e institucionales que regulan su aplicación. Los “positivistas” creen que normas primarias y secundarias pueden vivir por separado su propia vida y no tienen por qué interpenetrarse. Así, para un “idealista” todo Estado tiene el deber jurídico de ejercer su jurisdicción sobre los crímenes, cometidos en su territorio o por sus nacionales, que impliquen la violación de normas imperativas; mientras que los “positivistas”, por ejemplo, acuden a la sentencia del TIJ en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales del Estado* (2012), en la que la Corte dejó muy claro que las normas de *ius cogens* no pueden como tales penetrar en otro tipo de normas (las de la inmunidad de jurisdicción del Estado en el caso), que tienen una naturaleza diferente (sentencia de 3 de febrero de 2012, *ICJ Reports 2012*, pp. 99 ss., p. 140, párrafos 92-93).

El Proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de Derecho internacional general quiere ir -y va- más allá, entiende CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, de la línea que marca el Convenio de Viena de 1969 y se esfuerza para hacer que se note en las normas secundarias institucionales. Pero no se atreve a “romper la ortodoxia”, llegado el momento. De algún modo, afirma el autor de este libro, el Proyecto de conclusiones quiere (ser “idealista”) pero no puede conseguirlo.

No seré yo quien se atreva a recomendar a ninguno de los lectores en qué filas –“idealistas” o “positivistas”- debiera militar. No se corresponde ni con mi formación cultural ni con mi carácter. Lo más que puedo hacer, parafraseando a los clásicos, es animarles a encontrar su camino: *buscad leyendo y hallaréis meditando*.