
Las «consecuencias particulares» de las violaciones graves de normas de *ius cogens* en el Proyecto de la CDI de 2022: ¿desarrollo progresivo del Derecho Internacional?

The «Particular consequences» of serious violations of jus cogens norms in the ilc Draft of 2022: progressive development of International Law?

Jaume FERRER LLORET

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Alicante

Jaume.ferrer@ua.es

<https://orcid.org/0000-0002-9173-7280>

RECIBIDO: 19 DE DICIEMBRE DE 2022 / ACEPTADO: 20 DE ENERO DE 2023

Resumen: En su sesión de 2022 la Comisión de Derecho Internacional ha aprobado el Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Con este Proyecto se definen las normas imperativas y se proponen las consecuencias que se derivan de la existencia de tales normas para los procesos de formación y aplicación de normas en Derecho Internacional. En este sentido, el órgano codificador confirma las denominadas «obligaciones de solidaridad», que recaen sobre todos los Estados en el supuesto de la vulneración grave de una norma imperativa, ya incluidas en su Proyecto de artículos de 2001. A saber: la obligación de cooperar para poner fin; la obligación de no reconocimiento; y la obligación de no ayuda o asistencia. Se trata de las «consecuencias particulares» que surgen de la vulneración grave de una norma imperativa y que son objeto de codificación y desarrollo progresivo en los Proyectos de 2001 y 2022.

Abstract: At its 2022 session, the International Law Commission adopted the Draft Conclusions on the identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*). The draft defines peremptory norms and proposes the consequences of the existence of such norms for the processes of making and applying rules in International Law. In this sense, the codifying body confirms the so-called «obligations of solidarity», which are incumbent on all States in the event of a serious breach of a peremptory norm, already included in its 2001 Draft Articles. These are: the obligation to cooperate to bring it to an end; the obligation of non-recognition; and the obligation not to render aid or assistance. These are the «particular consequences» arising from the serious breach of a peremptory norm and are the subject of codification and progressive development in the 2001 and 2022 Drafts. As will be analysed and assessed throughout this paper, in this proposal for «particular consequences»

* Este trabajo forma parte de las actividades de investigación desarrolladas en el marco del proyecto de investigación, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, «El respeto de los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho Internacional» (PID2019-107311RB-I00); y de la Cátedra Jean Monnet «European Union and the Right to Asylum» (101047540-EURA, ERASMUS-JMO-2021-CHAIR). El autor agradece las observaciones que formularon los dos evaluadores de este trabajo. Los textos en formato electrónico han sido consultados por última vez el 30 de enero de 2023.

Como se analiza y valora a lo largo de este trabajo, esta propuesta de «consecuencias particulares» se sitúa en una zona de cierta indeterminación jurídica, en la que la *lege data* y la *lege ferenda* se encuentran en permanente interacción. Falta por comprobar si en los próximos años los operadores jurídicos tendrán en cuenta las propuestas que la Comisión de Derecho Internacional defiende en sus Proyectos de 2001 y de 2022, y tales «consecuencias particulares» serán efectivamente aplicadas. Más en concreto, asimismo se podrá verificar si la Corte Internacional de Justicia, reafirma y desarrolla su jurisprudencia en el sentido de que en el derecho internacional contemporáneo está vigente un régimen más agravado de responsabilidad internacional, como respuesta a la vulneración de las normas imperativas de este ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Responsabilidad internacional del Estado, «Consecuencias particulares» de la violación grave de normas de *ius cogens*, obligación de cooperar para poner fin, obligación de no reconocimiento, obligación de no asistencia o ayuda, otras posibles consecuencias, solución de controversias, codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, consolidación de la estructura institucional.

there is some legal indeterminacy, in which *lege data* and *lege ferenda* are in permanent interaction. It remains to be seen whether the proposals advocated by the International Law Commission in its 2001 and 2022 Drafts will be taken into account by legal actors in the coming years, and whether these «particular consequences» will actually be applied. More specifically, it will also be possible to verify whether the International Court of Justice reaffirms its jurisprudence in the sense that a more aggravated regime of international responsibility is in force in contemporary international law, as a response to the breach of the peremptory norms of this legal system.

Keywords: International state responsibility, «Particular consequences» of serious breaches of jus cogens norms, Obligation to cooperate to bring an end, Obligation of non-recognition, Obligation of non-assistance or aid, Other possible consequences, Dispute settlement, Codification and progressive development of international law, Consolidation of the institutional structure.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBLIGACIÓN DE COOPERAR PARA PONER FIN. III. LA OBLIGACIÓN DE NO RECONOCIMIENTO. IV. LA OBLIGACIÓN DE NO ASISTENCIA O AYUDA. V. ¿OTRAS CONSECUENCIAS DE ESTE RÉGIMEN AGRAVADO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL? VI. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. VII. SOBRE LA LABOR DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. VIII. CONSIDERACIONES FINALES: LA NECESARIA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL. IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

En su sesión de 2022 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó, en segunda lectura, el Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional (DI) general (*ius cogens*) –en adelante, Proyecto de 2022–. Según la CDI, este Proyecto, que consta de 23 Conclusiones y un Anexo, «tiene por objeto proporcionar orientación a todos aquellos que puedan estar llamados a determinar la existencia de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y sus consecuencias jurídicas»¹.

¹ A/77/10, p. 18. La CDI decidió incluir este tema en su programa de trabajo en su 67º período de sesiones, de 2015, y nombró a Dire D. Tladi Relator Especial, quien presentó un total de cinco informes ante el órgano codificador (A/CN.4/693; A/CN.4/706; A/CN.4/714; A/CN.4/727; y A/CN.4/747). La Comisión aprobó en primera lectura en 2019 un Proyecto de conclusiones

En el Proyecto de 2022, las normas imperativas de DI general (*ius cogens*) –en adelante, normas imperativas o normas de *ius cogens*–², son definidas, teniendo en cuenta los arts. 53 y 64 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³, como normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por normas ulteriores de DI que general que tengan el mismo carácter (Conclusión 3). Se trata de normas que reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de DI y son universalmente aplicables; por lo que no cabe duda de que vinculan a todos los Estados (Conclusión 2). En cuanto a la determinación de las normas imperativas, se requieren la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia y representativa de Estados; pero no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados (Conclusión 7)⁴. Dicha aceptación y reconocimiento, puede revestir una variedad de formas, que constituyen la prueba de la existencia de tales normas⁵.

sobre este tema (A/74/10, pp. 154 y ss.). Tras recibir los comentarios y observaciones de los Gobiernos sobre el Proyecto de 2019 (A/CN.4/748), la CDI aprobó en segunda lectura, con pocos cambios respecto del Proyecto de 2019, el citado Proyecto de 2022 con sus comentarios. En la doctrina española, se puede consultar: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *De la alargada sombra del ius cogens*, Comares, Granada, 2021.

² En sus comentarios, la CDI explica que utiliza esta expresión, «normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)», porque es la más clara y, además, la empleada en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena de 1969). Si bien, al mismo tiempo reconoce que las expresiones «*ius cogens*», «normas imperativas» y «normas imperativas de derecho internacional general», se utilizan indistintamente en la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina: A/77/10, p. 19.

³ BOE n.º 142, de 13 de junio de 1980.

⁴ En sus comentarios, la CDI trata de explicar qué se entiende por «mayoría muy amplia y representativa», aunque no acaba de concretar qué se debe entender por tales expresiones. Según el órgano codificador, «... la determinación de la existencia de una mayoría muy amplia de Estados que aceptaban y reconocían el carácter imperativo de una norma no era un ejercicio mecánico consistente en contar el número de Estados. Más que una evaluación puramente cuantitativa en la que se determinara la existencia de una mayoría, la evaluación debía ser cualitativa... También se ha añadido el adjetivo ‘representativa’ a la expresión ‘mayoría de Estados’ para reflejar la idea de que la evaluación ha de ser cualitativa. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe tener lugar en diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas», doc. A/77/10, pp. 43-44.

⁵ A saber, y sin ánimo exhaustivo: a) las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; b) las publicaciones oficiales; c) los dictámenes jurídicos gubernamentales; d) la correspondencia diplomática; e) las disposiciones constitucionales; f) los actos legislativos y administrativos; g) las decisiones de los tribunales nacionales; h) las disposiciones de los tratados; i) las resoluciones

El Proyecto de 2022 ofrece un listado no exhaustivo de normas imperativas, que tiene muy en cuenta los trabajos anteriores del propio órgano codificador. Entre ellos, el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su sesión de 2001 (en adelante, Proyecto de 2001)⁶. En este sentido, en sus comentarios al art. 40 del Proyecto de 2001, la CDI ofrece la siguiente lista no exhaustiva de ejemplos de normas imperativas: a) la prohibición de la agresión; b) la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos; c) el genocidio; d) la discriminación racial y el *apartheid*; e) la tortura; f) las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados; y g) el respeto del derecho a la libre determinación de los pueblos⁷. En el Anexo del Proyecto de 2022 la CDI añade otra norma imperativa: la prohibición de los crímenes contra la humanidad⁸; además, en sus comentarios deja la puerta

aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; y j) otra conducta de los Estados. Además, las decisiones de los tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de DI general, papel que en ocasiones también pueden cumplir las decisiones de cortes y tribunales nacionales. Asimismo, la labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales (incluida la propia CDI) y la doctrina de los «publicistas de mayor competencia de las distintas naciones», también pueden ser un medio auxiliar para determinar tales normas (Conclusiones 8 y 9).

⁶ A/56/10, pp. 10 y ss.

⁷ A/56/10, pp. 305-307.

⁸ Según manifiesta en 2022 el órgano codificador, todas ellas han sido aceptadas como normas imperativas por una mayoría muy amplia y representativa de Estados, como lo demuestra la práctica de los Estados, acompañada de su convicción jurídica de obrar conforme a derecho (*opinio iuris*), manifestadas ambas a través de una pluralidad de formas. En este sentido, en el *Caso de las cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Bélgica demanda a la República de Senegal ante la CIJ, porque considera que ha incumplido las obligaciones de enjuiciar o en su defecto extraditar a Hissène Habré, por los crímenes de tortura cometidos mientras era Presidente del Chad, de conformidad con los arts. 6 y 7 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984 (BOE n.º 268, de 9 de noviembre de 1987). En su fallo, la CIJ le da la razón a Bélgica; y para ello, entre otras cuestiones, llega a la conclusión de que la prohibición de la tortura es una norma imperativa, porque así lo confirma una amplia práctica de los Estados, acompañada de su convicción jurídica de obrar conforme a derecho (*opinio iuris*), manifestada a través de: a) la conclusión de un buen número de tratados internacionales, que han recibido un elevadísimo número de ratificaciones, en los que se prohíbe la tortura; como por ejemplo los cuatro convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional humanitario; b) la adopción de declaraciones por la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) con las que se reitera la prohibición de la tortura; c) la promulgación de legislación interna por los Estados, con la que se prohíben y sancionan penalmente los actos de tortura; y d) el hecho de que los actos de tortura sean regularmente denunciados ante las instancias internas e internacionales: Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 99. A la vista de esta jurisprudencia, resulta muy criticable que un

abierta a la inclusión de otras normas imperativas que se puedan formar en el futuro y también a otras normas imperativas ya vigentes, pero no recogidas en dicho Anexo⁹. Como se volverá a insistir en el epígrafe VII, falta por comprobar si esta propuesta de lista como Anexo a un Proyecto de conclusiones, será tenida en cuenta por los operadores del DI, y en particular por los tribunales internacionales¹⁰.

Según el Proyecto de 2022, *muy en resumen la existencia de normas imperativas, presenta las siguientes consecuencias en los procesos de formación de normas*: a) son nulos los tratados que estén en oposición con una norma imperativa; b) no son admisibles y no producen ningún efecto, las reservas a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa; c) todo proceso de formación de una norma consuetudinaria que contravenga una norma imperativa, no podrá dar lugar a la creación de una nueva norma consuetudinaria; d) la regla del objeto persistente no es de aplicación a las normas imperativas; e) asimismo, un acto unilateral de un Estado que esté en oposición con una norma imperativa, no producirá ningún efecto jurídico; y f) tampoco creará obligaciones jurídicas

Estado miembro de la Unión Europea y del Consejo de Europa, como España, en sus comentarios al Proyecto de 2019 presentados en 2021, afirme, después de manifestar su oposición a la inclusión de dicha lista, que «en cuanto a la prohibición de la tortura, su inclusión en esa lista exploratoria suscita serias dudas a la vista de la práctica internacional más reciente» [*sic*]; sin ofrecer ninguna explicación sobre la práctica internacional a la que se refiere: https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/spanish/jc_spain.pdf, pág. 94.

⁹ «... Por ejemplo, en su comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión se refiere, entre otras cosas, a la prohibición de la piratería y al principio de ‘igualdad [soberana] de los Estados’, que es un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión también ha hecho referencia al importante papel de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las disposiciones que establecen los propósitos y principios de las Naciones Unidas, para el desarrollo de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el proyecto de artículo 19 aprobado en 1976..., la Comisión también hizo referencia a las obligaciones ‘de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares’, como normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)».

¹⁰ En sus intervenciones ante la Sexta Comisión, algunos Estados criticaron la inclusión de esta lista no exhaustiva en el Proyecto de 2022, o se mostraron críticos con algunos aspectos de la misma; por lo general, se puso en duda su necesidad y utilidad, se adujo que podía haber otras normas imperativas –como la prohibición de la piratería– y se cuestionó la indeterminación jurídica que afecta a algunas de las normas que se incluyen, como las normas básicas de DI humanitario; entre otros, Eslovaquia, Chile, España, Israel, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Federación de Rusia, Irán, Filipinas, India, Alemania y República Checa. Pero otro buen número de Estados expresó su acuerdo con la lista propuesta por la CDI; entre otros, Irlanda, Argentina, Chipre, Eslovenia, Estonia, Portugal, República Checa, Brasil, Jordania, Grecia...: <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>

de conformidad con el DI, una resolución, decisión o acto de una OOI que esté en oposición con una norma imperativa¹¹ (Conclusiones 10 a 16).

Además, la existencia de normas imperativas presenta, de forma sintética, las siguientes consecuencias en los procesos de aplicación de normas: a) cuando parezca que puede haber oposición entre una norma imperativa y otra norma de DI, esta última deberá interpretarse y aplicarse, en la medida en que sea posible, de modo que esté en consonancia con la norma imperativa; b) respecto de la violación de una norma imperativa, no cabe alegar ninguna circunstancia que excluya la ilicitud del hecho que contravenga dicha norma (consentimiento, fuerza mayor, estado de necesidad...); c) las normas imperativas generan obli-

¹¹ Incluidas las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU –CS–. En sus comentarios a la Conclusión 16, la CDI se muestra contundente a este respecto, ofreciendo la siguiente explicación: «... el caso de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas requiere un examen adicional, ya que, de conformidad con el Artículo 103, en caso de conflicto esas obligaciones prevalecerán sobre otras normas de derecho internacional. Si una resolución, decisión u otro acto de las Naciones Unidas no crea obligaciones de derecho internacional cuando está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se generan obligaciones en el sentido del Artículo 103. Por esta razón, teniendo en cuenta la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión consideró importante destacar que el proyecto de conclusión 16 también es de aplicación a las resoluciones, decisiones y actos vinculantes del Consejo de Seguridad»: A/77/10, p. 69. Si bien, la CDI trata de suavizar las posibles consecuencias que se puedan derivar de esta postura, insistiendo en que la Conclusión 16 no «permite rechazar unilateralmente las obligaciones derivadas de las resoluciones vinculantes de las Naciones Unidas», y en que «es muy poco probable que una resolución del Consejo de Seguridad esté abiertamente en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)». En los supuestos en los que se pueda poner en duda la compatibilidad de una resolución del CS con una norma imperativa, la CDI defiende, por una parte, la aplicación de la conclusión 20, en la que se prevé que toda norma de DI debe interpretarse y aplicarse, en la medida de lo posible, de manera que sea conforme con las normas imperativas; y, por otra, la aplicación de la conclusión 21, en la que se recomienda un procedimiento de solución de controversias del que se dará cuenta en el epígrafe VI. La aplicación de la Conclusión 16 a las resoluciones del CS fue defendida por un buen número de Estados, entre ellos España, en cuyas observaciones al Proyecto de 2019 se puede leer con carácter general que «España apoya la aplicación del Estado de derecho internacional (*international rule of law*) en la comunidad internacional y, por ende, también al funcionamiento del Consejo de Seguridad»: *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos*, A/CN.4/748, de 13 de enero de 2022, p. 92; pero fue rechazada por otros Estados, entre ellos varios miembros permanentes del CS como Estados Unidos, la Federación de Rusia, Francia y Reino Unido, quienes propugnaron la supresión de la conclusión 16: *ibid.*, pp. 92-96. Rechazo que volvieron a mantener en sus intervenciones con relación al Proyecto de 2022 en la Sexta Comisión de la AG (véase las intervenciones de Francia, Reino Unido, Estados Unidos, la Federación de Rusia y Alemania); de nuevo con la respuesta por parte de otro grupo de Estados que se manifestaron a favor de aplicar la Conclusión 16 también al CS (Irán, Brasil, Estonia, Pakistán y Jordania), como se puede comprobar en <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>.

gaciones para la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), por lo que todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de tales normas; d) los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa; e) ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave de una norma imperativa; y f) ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación (Conclusiones 17 a 20).

El presente trabajo está dedicado al análisis y valoración de las propuestas d), e) y f) del anterior párrafo, las denominadas por la CDI, en la Conclusión 19 de su Proyecto de 2022, como «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa¹². Se trata de tres obligaciones muy interrelacionadas entre sí, a saber: cooperar para poner fin a toda violación grave de una norma imperativa; no reconocer como lícita una situación creada por la violación grave de una norma imperativa; y no prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación. Estas tres obligaciones son enunciadas en la Conclusión 19 del Proyecto de 2022 de forma general y un tanto indeterminada. Eso sí, siguiendo en gran medida el tenor literal del art. 41 del Proyecto de 2001¹³.

En efecto, en el Proyecto de 2001 el régimen más agravado de responsabilidad internacional, que surge como consecuencia de la vulneración grave de una norma imperativa, está regulado con solo dos artículos que forman su Capítulo III: el art. 40, dedicado a determinar el ámbito de aplicación de este Capítulo, y el art. 41, en el que se regulan las llamadas «obligaciones de

¹² Con el siguiente tenor literal: «1. Los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. La violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable. 4. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que cualquier violación por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional».

¹³ A/56/10, pp. 10 y ss. «Artículo 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud de presente capítulo 1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40. 2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional».

solidaridad»¹⁴. Según el art. 40, el Capítulo III se aplica a la responsabilidad internacional que se genera por la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa. El párrafo segundo del art. 40 califica de grave la violación de tal obligación «si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable». Por tanto, la violación debe tener cierta magnitud a los efectos de poder calificarla de «grave», a través del incumplimiento «flagrante» o «sistemático» de la obligación impuesta por una norma imperativa. En algunos supuestos la violación de la obligación será siempre grave, por la propia naturaleza de los comportamientos que se prohíben, como es el caso de la agresión o del genocidio. En otros, no obstante, no será suficiente que se produzcan violaciones individuales o esporádicas para que sea de aplicación el Capítulo III, como en el caso por ejemplo de la tortura o de la discriminación racial; será necesario que la violación sea «grave», es decir, «sistemática» o «flagrante»¹⁵.

En su Proyecto de 2022 la CDI se remite a los comentarios que acompañan al artículo 40 del Proyecto de 2001, en los que, en su opinión, se «contiene una explicación detallada de los elementos de las violaciones graves, es decir, flagrantes o sistemáticas»¹⁶. Si bien, la expresión «explicación detallada» de la que hace uso la CDI en 2022, se puede tildar de excesivamente optimista; como se acaba de comprobar, en sus comentarios de 2001 la CDI deja abierto un margen bastante amplio de interpretación sobre lo que debe entenderse por violación «grave» de una norma imperativa. Tanto es así, que en 2001 la CDI no se atreve a citar ningún ejemplo de vulneración grave de una norma imperativa. En última instancia, la «gravedad» de la violación de una norma

¹⁴ Según la terminología que propuso hace cerca de 40 años el entonces Relator Especial de la CDI, RIPHAGEN, W., «Cuarto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos)», A/CN.4/366 y Add.1, par. 62: «Una consecuencia jurídica de un crimen internacional es que crea obligaciones de solidaridad con todos los demás Estados y entre ellos». Para una valoración de las propuestas del ponente RIPHAGEN, véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, AEPDIRI, Alicante, 1990, 17-109, pp. 52 y ss.

¹⁵ Según la CDI, para ser considerada *sistemática*, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. Mientras que para que se pueda calificar de *flagrante* debe consistir en un ataque directo y abierto contra los valores que protege la norma. Por regla general, las violaciones graves serán al mismo tiempo sistemáticas y flagrantes, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) la intención de violar la norma; b) el alcance y el número de violaciones individuales; c) la gravedad de sus consecuencias para las víctimas: A/56/10, pp. 307-308.

¹⁶ A/77/10, p. 85, nota a pie 271.

imperativa deberá valorarse en cada caso concreto. Salvo los supuestos de la vulneración de las normas imperativas que prohíben la agresión y el genocidio, que, como ya se ha señalado, por la propia naturaleza de los comportamientos que prohíben, se tratará siempre de violaciones «graves». A los que se deben añadir los crímenes contra la humanidad, no incluidos en el comentario del Proyecto de 2001; por su naturaleza y por regla general, la vulneración de la prohibición de los crímenes contra la humanidad también superará el umbral necesario para calificarla de grave.

Por consiguiente, tras varias décadas de trabajos por parte de la CDI, conviene analizar y valorar si los Proyectos de 2001 y de 2022 mantienen la misma propuesta, o en alguna medida se solapan o se superponen, o en su caso se complementan o incluso se contradicen, por lo que se refiere al régimen más agravado de responsabilidad internacional que se deriva de la vulneración grave de una norma imperativa. Régimen más agravado que ha sido objeto de atención por la CDI tanto en su Proyecto de artículos de 2001, como en su Proyecto de conclusiones de 2022. La citada disposición, el art. 41 del Proyecto de 2001 y los trabajos llevados a cabo durante varias décadas por el órgano codificador que condujeron a su aprobación, pueden considerarse como el antecedente directo de la Conclusión 19 del Proyecto de 2022¹⁷.

Además, aunque de entrada se debe destacar la, al menos *a priori*, distinta naturaleza de los Proyectos de 2001 y de 2022 –el primero, un Proyecto de artículos; y el segundo, un Proyecto de conclusiones–, hasta la fecha la Asamblea General (AG) se ha limitado a «tomar nota», por consenso, del Proyecto de 2001. La AG no ha decidido convocar una conferencia codificadora en la que se discutiría la adopción de un tratado internacional a partir de las soluciones del Proyecto de 2001¹⁸. Si bien, durante las dos últimas décadas buena parte

¹⁷ Como constató España en sus observaciones al Proyecto de 2019: «España reconoce que el proyecto de conclusión 19 sigue de forma muy cercana la redacción de los arts. 40 y 41 de los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la CDI en 2001, que han sido interpretados y aplicados por la CIJ en algunas de sus decisiones recientes»: https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/spanish/jc_spain.pdf. En la doctrina, para la evolución de la labor de la CDI sobre este tema, véanse, *inter alia*, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «¿*Quo vadis* responsabilidad? (del ‘crimen internacional’ a la ‘violación grave de normas imperativas’)», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, 383-564, pp. 393 y ss.; VILLALPANDO, S., *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, PUF, Genève, 2005, pp. 161 y ss.

¹⁸ Resoluciones 56/83, 59/35, 62/61, 65/19, 68/104/, 71/133 y 74/180. En la última resolución aprobada en 2022, la AG de nuevo «Decide incluir en el programa provisional de su octogésimo período de sesiones [2025] el tema titulado ‘Responsabilidad del Estado por hechos internacio-

de las disposiciones del Proyecto de 2001 son citadas con cierta frecuencia por la jurisprudencia internacional como expresión del DI consuetudinario en vigor¹⁹. Este mismo objetivo pretende cumplir la CDI con la adopción del Proyecto de 2022, como se volverá a insistir (epígrafes VII y VIII).

De modo que, 21 años después, la CDI de nuevo defiende que las consecuencias «particulares» de las violaciones graves de normas imperativas se concretan en las tres mencionadas obligaciones. Como se comprobará a continuación, en sus Comentarios al Proyecto de 2022 el órgano codificar ofrece algunas explicaciones sobre cada una de estas tres obligaciones. Si bien, tales explicaciones no despejan todas las dudas sobre el alcance y contenido, e incluso sobre la propia vigencia, de estas tres obligaciones en el DI contemporáneo. Tampoco las observaciones y comentarios de los Estados presentados por escrito ante la CDI o realizados en el seno de la Sexta Comisión de la AG, de los que se dará cuenta en los siguientes epígrafes, ofrecen respuesta a todos los interrogantes que se plantean con relación a estas tres obligaciones.

Por tanto, este trabajo está dedicado al análisis y valoración de las diferencias y en su caso de las aportaciones que ofrece el Proyecto de 2022 respecto de su predecesor, el Proyecto de 2001, por lo que se refiere a las mencionadas «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa. Tanto por lo que se refiere a la obligación de cooperar para poner fin a una situación creada por la violación grave de una norma imperativa (epígrafe II). Como por lo que respecta a las obligaciones de no reconocimiento y no prestar ayuda y asistencia (epígrafes III y IV). Estas tres consecuencias conforman el régimen agravado de responsabilidad internacional que surge por la violación grave de una norma imperativa, sin que la CDI se haya atrevido, ni en 2001, ni en 2022, a proponer otras consecuencias de dicha violación (epígrafe V). Asimismo, el órgano codificador es consciente de la indeterminación jurídica que afecta a su propuesta de «consecuencias particulares»; a pesar de ello, en su Proyecto de 2022 la CDI solo recomienda un procedimiento de solución de

nalmente ilícitos' y seguir examinando en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión, con miras a tomar una decisión, la cuestión de una convención sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos o la adopción de otro tipo de medida, según corresponda, sobre la base de los artículos»: 77/97.

¹⁹ Véase el Informe del Secretario General, «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales», A/77/74, de 29 de abril de 2022; y con anterioridad sus Informes A/62/62 y A/62/62/Add.1; A/65/76; A/68/72; A/71/80 y A/71/80/Add.1; y A/74/83.

controversias aplicable respecto de la nulidad de normas de *ius cogens*; procedimiento que no se incluyó en el Proyecto de 2001 (epígrafe VI).

En todos estos epígrafes, las propuestas de la CDI van a ser contrastadas con algunos supuestos de la práctica internacional en los que se han cometido violaciones graves de normas imperativas. Dada la extensión de esta contribución, no es posible un estudio exhaustivo de dicha práctica. Por ello, además la práctica citada por la CDI en sus comentarios a los Proyectos de 2001 y 2022, se incluirá, aunque de forma muy somera, la referencia a tres asuntos de la práctica internacional, más o menos recientes, en los que se han cometido vulneraciones graves de normas imperativas, y que pueden considerarse representativos de las dificultades que se presentan para que haga efectivo este régimen agravado de responsabilidad internacional. Se trata de la agresión armada y los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos por la Federación de Rusia contra y en Ucrania a lo largo de 2022²⁰; de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos por el Gobierno sirio en el contexto de los conflictos armados que se inician en Siria en 2011 y que perduran hasta la actualidad²¹; y de la vulneración de los principios de la prohibición del uso de la fuerza y del principio de autodeterminación de los pueblos por parte de Marruecos –además de la comisión de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario–, con relación al Sahara Occidental durante los últimos 47 años²².

Asimismo, el estudio de la propuesta de «consecuencias particulares» que se incluye en el Proyecto de 2022 permite algunas reflexiones sobre la labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional que viene pro-

²⁰ Se puede consultar a este respecto la labor de la Comisión internacional independiente de investigación sobre Ucrania, nombrada por el Consejo de Derechos Humanos en 2022: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/iicuhr-ukraine/index>.

²¹ Se puede consultar a este respecto la labor de la Comisión internacional independiente de investigación sobre Siria, nombrada por el Consejo de Derechos Humanos en 2011: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iici-syria/about-co-i>.

²² Como es sabido, el Consejo de Derechos Humanos no ha creado ningún órgano *ad hoc* de investigación sobre la situación de los derechos humanos en el Sahara Occidental. Pero sí que ha sido objeto de atención por parte de los mecanismos convencionales y extraconvencionales de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas (NU): véase a este respecto, FALEH PÉREZ, C. y VILLÁN DURÁN, C., «La situación de los derechos humanos en el Sahara ocupado», en *Sahara Occidental. Cuarenta años construyendo resistencia*, Pregunta Ediciones, Zaragoza, 2016, 147-234, p. 233, en la que se concluye, a la luz de la información disponible de los distintos mecanismos de control sobre derechos humanos de NU, que: «... Marruecos es responsable de violaciones sistemáticas de los derechos humanos y libertades fundamentales en el Sahara Occidental ocupado. Tales violaciones son flagrantes, graves, masivas y sistemáticas».

tagonizando la CDI durante las dos últimas décadas (epígrafe VII). Por último, se ofrece una valoración de conjunto y necesariamente provisional, sobre esta propuesta adoptada por la CDI en 2022, con la que, en definitiva, el órgano codificador trata garantizar el imperio del derecho –*rule of law*– en el Derecho Internacional contemporáneo. En un ámbito, el de las normas que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, las normas de *ius cogens*, de extraordinaria importancia para todos los sujetos de este ordenamiento jurídico, y cuya efectiva aplicación sin duda necesita de la consolidación de su estructura institucional (epígrafe VIII).

II. LA OBLIGACIÓN DE COOPERAR PARA PONER FIN

Como ya se ha dicho, el art. 41 del Proyecto de 2001 está dedicado a las «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa. En este precepto se establecen las denominadas «obligaciones de solidaridad» que recaen, según la CDI, sobre todos los Estados. En primer lugar, todos los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa. Este deber positivo se podrá articular en el marco de una Organización Internacional competente, como Naciones Unidas, o también a través de una colaboración no institucionalizada; es decir, absolutamente descentralizada. Asimismo, se debe llevar a cabo «por medios lícitos cuya elección dependerá de las circunstancias de la situación de que se trate». En sus comentarios el órgano codificador no se atreve a citar ningún precedente de aplicación de este deber de cooperación, en ninguno de estos dos ámbitos –institucional y relacional–, en el que se hayan aplicado tales «medios lícitos». Además, en 2001 la CDI mantiene, de forma un tanto ambigua, que es discutible que este deber de cooperación esté vigente, esté impuesto por el DI general en vigor, por lo que la propuesta que hace en tal sentido «puede reflejar el desarrollo progresivo del DI»²³; diagnóstico que parece confirmado por la práctica internacional, como después se volverá a insistir²⁴.

²³ A/56/10, p. 310.

²⁴ Como señalaba en 2005 GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, 2005, p. 115, «cuando se presta atención a la práctica internacional contemporánea en la que están en juego, indudablemente, normas imperativas del derecho internacional en un contexto de prolongación de una situación que aparentemente las ignora, por emplear un término suave (derecho de libre determinación de los pueblos coloniales en el

Si bien, al mismo tiempo la CDI considera en 2001 que, «de hecho», ese deber de cooperación ya existe en la práctica como respuesta a las violaciones más graves del DI, especialmente en el marco de organizaciones internacionales, y en su opinión «es con frecuencia el único modo de aplicar un remedio eficaz»²⁵. Aunque, conviene insistir en ello, en 2001 la CDI no cita ningún asunto de la práctica en el que se haya hecho efectivo ese deber de cooperación.

En el Proyecto de 2022 la CDI adopta una metodología muy distinta para justificar su propuesta de Conclusión 19, párrafo primero, en el que también se establece que los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una norma imperativa. De entrada, el órgano codificador reconoce de forma expresa que su propuesta toma como referencia el art. 41 del Proyecto de 2022. A continuación, considera que esa obligación de cooperar se basa en la obligación general de cooperar prescrita en el DI, y cita la Resolución 2625(XXV) de la AG. Sobre todo, se debe destacar que en 2022 la CDI sostiene que, a diferencia de las dudas que mantuvo en 2001, «en la actualidad la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) está reconocida en el Derecho internacional»²⁶.

Para llegar a esta conclusión, la CDI se apoya en algunas decisiones de órganos jurisdiccionales, internacionales y nacionales²⁷. Sobre todo, en dos opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): la primera, sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, de 9 de julio de 2004²⁸; y la segunda, sobre las *Consecuencias jurídicas*

caso del Sahara Occidental), la opinión de la Comisión no parece desacertada; y en una vuelta de tuerca de los calificativos, casi podría pensarse en su corrección absoluta, si giramos la vista hacia Iraq, porque ¿cuántos Estados han intentado cooperar para poner fin a la ocupación de ese país fruto de una guerra ilegal? o, más aún, ¿no ha promovido acaso en este asunto el mismísimo Consejo de Seguridad una cooperación ‘en negativo’ al implicarse decisivamente, sin una palabra sobre la valoración jurídica de los hechos acaecidos, en que la gestión de la post-guerra resultase más fácil para todos, lo que incluye a los ocupantes?».

²⁵ A/56/10, p. 310.

²⁶ A/77/10, p. 77.

²⁷ Se cita una Sentencia de la Cámara de los Lores del Reino Unido de 8 de diciembre de 2005, en el asunto *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*; y una providencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 26 de octubre de 2004. En ambas se incluye una referencia genérica al deber de cooperar previsto en el Proyecto de 2001, sin concretar su contenido ni alcance: A/77/10, pp. 78.

²⁸ ICJ Reports, 2004, p. 136.

de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, de 25 de febrero de 2019²⁹. Ahora bien, después de una lectura atenta de ambas opiniones consultivas, se debe llegar a la conclusión de que esa obligación de cooperar para poner fin a la violación de una norma imperativa, es reconocida con bastante cautela y, sobre todo, con un contenido muy indeterminado.

En su opinión consultiva de 2004, la CIJ mantiene, después de afirmar con claridad y contundencia que todos los Estados deben cumplir las obligaciones de no reconocer y de no prestar ayuda ni asistencia, con relación a la construcción del muro por Israel en el territorio palestino ocupado, que «incumbe» a todos los Estados, de conformidad con la Carta de la ONU y el DI, «velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación»; además de remitirse al Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, para sostener que los Estados partes en este convenio tienen la obligación «de hacer que Israel respete el derecho internacional humanitario incorporado en dicho Convenio». Pero la CIJ no concreta en qué consisten esas obligaciones de «velar» o de «hacer», a cargo de todos los Estados en el primer supuesto, o de los Estados partes, en el segundo, con relación a la vulneración grave de normas imperativas por parte de Israel³⁰. Mientras que en la opinión consultiva de 2019, la CIJ

²⁹ *ICJ Reports*, 2019, p. 95

³⁰ Pár. 159. Conviene añadir a este respecto, que en el procedimiento escrito ante la CIJ con motivo de esta opinión consultiva, el representante de España, además de considerar inapropiada la solicitud de opinión consultiva realizada por la AG mediante la Resolución A/RES/Es-10/14 (adoptada con 90 votos a favor, 8 en contra y 74 abstenciones, entre estas últimas las de todos los Estados miembros de la Unión Europea y entre ellos España); omite cualquier consideración sobre la vigencia, con relación al conflicto palestino, de la obligación de cooperar para poner fin y de las otras dos «obligaciones de solidaridad» ya mencionadas, la obligación de no reconocimiento, y la obligación de no ayuda o asistencia. Como era de esperar, Estados Unidos, que votó en contra de la citada Resolución, tampoco confirmó la vigencia de tales obligaciones, a las que no hizo ninguna referencia, y se opuso a que la CIJ fuera competente para responder la solicitud de la AG con una opinión consultiva; al igual que Reino Unido, Italia, Países Bajos, Canadá, Australia, Suiza... Otros Estados defendieron la vigencia de la obligación de no reconocimiento y criticaron duramente la vulneración de los derechos humanos y del derecho humanitario por parte de Israel, pero sin referirse tampoco a las otras dos «obligaciones de solidaridad» (Marruecos, Francia, Jordania, Indonesia...). Palestina, de cuyo equipo formaba parte el último ponente de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado, J. Crawford, defendió la vigencia y aplicación de estas tres «obligaciones de solidaridad», de conformidad con los arts. 40 y 41 del Proyecto de 2001; aunque, a excepción de la obligación de no reconocimiento –con relación a la que fundamentalmente se apoyó en la citada opinión consultiva sobre Namibia de 1971–, de forma un tanto general, sin ofrecer un estudio de la práctica que justificara y concre-

llega a la conclusión de que «... todos los Estados Miembros deben cooperar con las Naciones Unidas a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio»; y tampoco precisa en qué consiste ese deber de cooperar³¹. En estas dos opiniones consultivas la CIJ no determina el contenido y alcance del deber de cooperar para poner fin a la violación grave de una norma imperativa, y con carácter general se limita a afirmar su vigencia. Así planteado, con esta indeterminación, resulta muy complicado establecer en cada supuesto de la práctica internacional si el mencionado deber de cooperar ha sido cumplido o no por todos los Estados como propone la CDI en su Proyecto de 2022³².

tara su postura jurídica, sobre todo a los efectos de determinar el contenido de las obligaciones de cooperar para poner fin y de no asistencia o ayuda. Por su parte, la Liga de Estados Árabes se limitó a mencionar estas tres obligaciones recogidas en el art. 41 del Proyecto de 2001, sin más explicación al respecto: véanse pp. 291 y ss. del escrito presentado por Palestina; p. 106 del presentado por la Liga de Estados Árabes, y los escritos presentados por cada uno de los Estados citados, en <https://www.icj-cij.org/en/case/131/written-proceedings>. En el procedimiento oral, en el que no participó Israel, la práctica totalidad de las intervenciones se dedicaron a justificar la competencia de la CIJ, poner de manifiesto las violaciones del DI que había cometido Israel y a exigir su cese y reparación (se pueden consultar en CR 2004/1 a CR 2004/5, en <https://www.icj-cij.org/en/case/131/oral-proceedings>). Además, Palestina defendió la vigencia de las tres «obligaciones de solidaridad», aunque se limitó a mencionarlas, de nuevo sin concretar su contenido: véase la intervención de J. Salmón en CR 2004/1, p. 63. Por su parte, Belice, la Liga de Estados Árabes y la Conferencia de Estados Islámicos defendieron la vigencia de la obligación de no reconocimiento, de conformidad con la citada opinión consultiva de Namibia de 1971: véanse, respectivamente, CR 2004/3, pp. 28-29; y CR 2004/5, pp. 32-33 y pp. 46-47.

³¹ Pár. 182. En el procedimiento escrito que dio lugar a esta Opinión Consultiva, Mauricio hizo referencia a las obligaciones de no reconocimiento y de no asistencia o ayuda, después de referirse a las opiniones consultivas de 1971 y 2004, y también a una genérica y muy indeterminada obligación «positiva» «to advance the decolonisation process». Nada más (pp. 280 y ss., cita en p. 282). Asimismo, la Unión Africana, después de citar el art. 41 del Proyecto de 2001 y la opinión consultiva de 2004, defendió la aplicación de las tres «obligaciones de solidaridad», pero sin concretar su contenido y alcance (pp. 63 y ss.). Por su parte, Países Bajos, después de citar el art. 41 y las dos mencionadas opiniones consultivas, llegó a la conclusión de que «... given the peremptory character of the right of self-determination, a serious breach of the rights of self-determination obliges all States not to recognize the situation created as a result of that breach and not to render aid or assistance in maintaining the situation created as a result of the serious breach of that right» (p. 19), en la misma tónica de plantear estas obligaciones de forma general y bastante indeterminada. Los escritos citados se pueden consultar en <https://www.icj-cij.org/en/case/169/written-proceedings>. Posturas que se reprodujeron en la fase oral, en la que, entre otros Estados, Reino Unido, Estados Unidos e Israel, dedicaron buena parte de sus intervenciones a defender la falta de competencia de la CIJ para responder a la solicitud de opinión consultiva presentada por la AG, como se puede consultar en <https://www.icj-cij.org/en/case/169/oral-proceedings>.

³² Además, en los debates sobre el Proyecto de 2022 en la Sexta Comisión de la AG, algún Estado cuestionó el enfoque de la CDI basado en las dos citadas opiniones consultivas de la CIJ, dado su carácter no vinculante; en opinión de El Salvador, «... al tratarse de explicar el deber de

En efecto, la CDI tampoco concreta en sus comentarios el contenido y alcance de ese deber de cooperar, sobre todo por lo que se refiere a la posible aplicación de medidas de retorsión, contramedidas descentralizadas y de sanciones por parte de una organización internacional competente, como puede ser Naciones Unidas. Siempre, eso sí, ese deber de cooperar se debe llevar a cabo «por medios lícitos». De modo que la CDI se remite al Derecho Internacional general y convencional. Esa remisión no impide que el órgano codificador se muestre partidario de que la cooperación para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas se haga efectiva mediante «medidas colectivas», y no a través de «medidas unilaterales»³³. Aunque no excluye o prohíbe el recurso a estas últimas, siempre que sean compatibles con el DI. Más en particular, teniendo en cuenta las citadas opiniones consultivas de 2004 y 2019, la CDI considera que «según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido»³⁴. Como se insistirá en el epígrafe VIII, aunque de un modo un tanto encubierto, sin citar asuntos de la práctica internacional en los que se hayan aplicado los arts. 41 y 42 de la Carta, en buena medida la CDI deja en manos del Consejo de Seguridad (CS) la determinación del contenido y alcance de la obligación de poner fin a la vulneración de una norma imperativa.

Si bien, la CDI considera que otras organizaciones internacionales también pueden adoptar medidas acordes con el DI para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas, si así lo prevé su tratado constitutivo. Y aquí la CDI sí que se muestra más valiente en sus comentarios, aunque en nota pie de página, como si quisiera que un lector no muy atento no reparara en ello. Ya que cita tanto el art. 4.h) del Acta Constitutiva de la Unión Africana, en el que se prevé el Derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro en cumplimiento de una decisión de la Asamblea con respecto a circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Como también el Tratado de la Unión Europea (arts. 21.2 y 29), y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 215)³⁵. La

cooperación interestatal en el caso de las consecuencias particulares de las violaciones graves de normas *ius cogens*, se advierten referencias a opiniones consultivas derivadas de [la CIJ], sobre lo cual, reiteramos debe tenerse el cuidado de no atribuirles más allá del valor no vinculante que estas poseen»: <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>.

³³ A/77/10, p. 78.

³⁴ A/77/10, p. 79.

³⁵ A/77/10, p. 79, nota a pie 249. Además de citar el Reglamento 2018/1727, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (DOUE L 295, de 21 de noviembre de

CDI solo cita el número de este último precepto, pero no ofrece ninguna explicación de su contenido ni de su aplicación en la práctica. Se debe poner de manifiesto que en el art. 215 se prevé la adopción por la Unión Europea de medidas restrictivas contra terceros Estados y también contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. De conformidad con este precepto, durante las dos últimas décadas la Unión Europea ha protagonizado una relevante práctica en la aplicación de medidas de retorsión y de contramedidas descentralizadas, como respuesta a violaciones graves de normas imperativas de DI. Entre otros, los ejemplos de Siria y la Federación de Rusia son bien conocidos³⁶. No así con relación al conflicto del Sahara Occidental,

2018); y el Reglamento 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022 (*DOUE* L 148, de 31 de mayo de 2022), aunque sin mencionar el título de este último. Con el Reglamento 2022/838 se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas; en su preámbulo se explica que su adopción tiene como objetivo hacer posible la investigación de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad cometidos por la Federación de Rusia en Ucrania.

³⁶ En el supuesto de Siria, como respuesta a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos por las autoridades sirias desde 2011 hasta la actualidad. En el supuesto de la Federación de Rusia, como respuesta al acto de agresión y los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos contra y en Ucrania a lo largo de 2022 (además de las medidas adoptadas como respuesta a la invasión de Crimea en 2014). En su mayoría, se trata de medidas de retorsión (embargo de armas, prohibición de viajar a los Estados miembros de la Unión Europea de determinadas personas...); pero en algunos supuestos se trata de contramedidas descentralizadas (la congelación de los activos de determinadas personas físicas y jurídicas o entidades, dispongan en Estados miembros de la Unión Europea...): la batería de medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea en estos dos asuntos se puede consultar en <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>. Se debe destacar que la Comisión Europea ha propuesto que los más de 300.000 millones de euros del Banco Central de la Federación de Rusia que los 27 y otros Estados han congelado, sean destinados a reparar los daños de guerra causados por este Estado al agredir Ucrania y cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad: *Ukraine_Commission_presents_options_to_make_sure_that_Russia_pays_for_its_crimes.pdf*. En opinión de GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Derecho Internacional (Corazón y funciones)*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 330, a la vista de las medidas adoptadas por Estados y también por la Unión Europea como respuesta a la agresión armada de Rusia a Ucrania, «habida cuenta del contexto en el que se hacen y por el tono y tenor de las motivaciones hechas públicas por quienes han reaccionado de tal modo, sus comportamientos parecen encontrar..., mejor encaje en la expresión del deber de cooperar para poner fin a la violación grave de una norma imperativa (del art. 41.1 del Proyecto de la Comisión [de 2001]...) que en una aplicación estricta del derecho de legítima defensa colectiva»; y pp. 357-363 y 399-419 en la misma dirección: «nos preguntamos si las reacciones habidas por partes de Estados y de alguna Organización internacional contra Rusia, por causa de la agresión armada de este país, el 24 de febrero de 2022, a Ucrania, no estarían avalando, precisamente, al menos en ciertos supuestos la legalidad de las represalias de terceros en los casos de violación grave de normas imperativas»: p. 361.

en el que la aplicación de tales medidas por la Unión Europea ha brillado por su ausencia, a pesar de la vulneración de la prohibición del uso de la fuerza y del principio de la libre determinación de los pueblos por parte de Marruecos durante nada menos que 47 años, unida a la violación grave y masiva de los derechos humanos y del DI humanitario³⁷.

Por tanto, de forma un tanto indirecta, sin atreverse a citar ningún ejemplo de la práctica en el que se hayan aplicado medidas de retorsión, contramedidas descentralizadas o sanciones como respuesta a la violación grave de una norma imperativa, la CDI admite que ese deber de cooperación está vigente en el DI contemporáneo, como así lo demuestra la práctica de la Unión Europea, de conformidad con el citado art. 215. Aunque de forma un tanto subrepticia, sin referirse de forma expresa y concreta a la práctica protagonizada por la Unión Europea en la aplicación de ese precepto. En definitiva, no obstante, la prudencia con la que se manifiesta, la CDI deja entrever que en el cumplimiento de ese deber de cooperar, todos los Estados, no sólo el lesionado, deben adoptar medidas de retorsión y contramedidas descentralizadas con el objetivo de poner fin a la violación grave de una norma imperativa. A pesar de que se pueda poner en cuestión si la práctica internacional de las últimas décadas confirma con toda claridad esta conclusión. De hecho, tanto en el supuesto del conflicto de Siria como en el de la invasión de Ucrania por la Federación de Rusia, un buen número de Estados (entre ellos, algunas potencias mundiales o regionales, como China, India, Irán...), no han hecho efectivo el deber de cooperación para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas cometidas por los dos mencionados Estados³⁸. En esta misma dirección, ni la

³⁷ Como es sabido varios Estados miembros de la UE, entre ellos Francia, mantienen su tradicional apoyo a las tesis anexionistas que defienden las autoridades marroquíes; por ello, no ha habido acuerdo en el seno del Consejo de la Unión Europea para la aplicación del art. 215 del TFUE contra Marruecos, a pesar de la vulneración grave de normas imperativas por parte de este Estado: FERRER LLORET, J., «Las medidas restrictivas de la Unión Europea contra las violaciones graves de los derechos humanos en el Mediterráneo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 42, 2021, 1-39.

³⁸ En la doctrina se han manifestado opiniones muy escépticas sobre la vigencia de ese deber de cooperación mediante la adopción de contramedidas descentralizadas: entre otros, véase con carácter general, aunque sin citar práctica internacional que demuestre la conclusión a la que llega, CASADO RAIGÓN, R., «Derecho dispositivo y derecho imperativo», en BENEYTO, J.M. y JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dirs.), *Concepto y fuentes del Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 272-340, p. 331: «El hecho de que todos los Estados tengan un interés de carácter jurídico en la protección de las obligaciones derivadas de las normas de *ius cogens* no implica que posean un derecho a adoptar contramedidas contra el Estado que las haya violado, entre otras cosas, y con independencia del desgobierno (y desconcierto) que conllevaría, porque no existe

Unión Europea, ni sus Estados miembros, ni tampoco Estados Unidos y otros Estados, han hecho efectiva esa pretendida obligación de cooperar para poner fin a la vulneración del principio de autodeterminación de los pueblos por parte de Marruecos con relación al Sahara Occidental, hecho ilícito de carácter continuo que se mantiene durante los últimos 47 años³⁹.

norma general de Derecho internacional que así lo permita debido a la clara existencia de una práctica y de una *opinio iuris*, cuanto menos, muy dispar». En este sentido, desde hace décadas el debate sobre la legalidad de las contramedidas descentralizadas, como respuesta a violación grave de una norma imperativa se viene desarrollando en el ámbito institucional de NU, en la AG y en el Consejo de Derechos Humanos. En este debate se contraponen posturas muy enfrentadas; un buen número de Estados se muestra muy crítico con los Estados occidentales, quienes por lo general son los principales sujetos activos de responsabilidad internacional. A este respecto, se tienen en cuenta las consecuencias de la aplicación de tales medidas para el disfrute de los derechos humanos e incluso con carácter general para las relaciones económicas y comerciales internacionales. Se puede consultar el reciente informe de DOUHAN, A.F., «Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos», A/HRC/51/33, p. 22, en el que llega a la siguiente conclusión, después de tener en cuenta la práctica en la aplicación de este tipo de medidas referida a Belarús, Cuba, Federación de Rusia, Siria, Irán y Zimbabue: «... la Relatora Especial recuerda a todos los Estados que la única manera en que una medida coercitiva unilateral puede adoptarse sin la autorización del Consejo de Seguridad es en el caso de que no viole el derecho internacional o que se descarte su ilicitud de conformidad con el derecho de la responsabilidad internacional, y que la inmensa mayoría de las sanciones unilaterales que se aplican hoy en día no se ajustan a esos criterios –por lo cual deberían ser levantadas–...» [sic]. En su sesión de 2022, la AG ha aprobado, por 130 votos a favor, 53 en contra y 1 abstención, la Resolución 77/214, titulada «Derechos Humanos y medidas coercitivas unilaterales», en la que, entre otras cuestiones, se «Insta a todos los Estados a que cesen de adoptar o aplicar medidas unilaterales no compatibles con el derecho internacional, el derecho internacional humanitario, la Carta de las Naciones Unidas y las normas y principios que rigen las relaciones pacíficas entre los Estados, en particular las de carácter coercitivo, así como todos los efectos extraterritoriales consiguientes, que crean obstáculos a las relaciones comerciales entre los Estados, impidiendo así la realización plena de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el derecho de las personas y los pueblos al desarrollo». Sobre el sempiterno debate en el seno del Consejo de Derechos Humanos y de la AG de la ONU sobre la legalidad de las medidas coercitivas unilaterales, véanse BARBER, R., «An Exploration of the General Assembly's Troubled Relationship with Unilateral Sanctions», *International and Comparative Law Quarterly*, 2021, 1-27, quien concluye del siguiente modo: «... the Assembly's resolutions should not be read as asserting that unilateral coercive measures are illegal per se. Rather, they should be read as asserting that unilateral coercive measures are illegal if they either coercively encroach upon a state's domaine reserve, and/or fail to respect established principles of due process, negatively impact human rights, apply extra-territorially or amount to a blockade»: p. 27; y BOGDANOVA, I., *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights*, Brill, Leiden/Boston, 2022, pp. 78 y ss.

³⁹ FERRER LLORET, J., «Morocco, occupying power of Western Sahara: some notes about Spain's foreign legal policy, the role of the Spanish doctrine and the rule of law in international relations», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2022, 197-246.

Aunque para justificar su propuesta de Conclusión 19.1, la CDI sí que cita ejemplos de la práctica institucional en los que la AG y el Consejo de Derechos Humanos han adoptado resoluciones, como es sabido de carácter no vinculante, con las que: a) se condenan las violaciones graves de normas imperativas⁴⁰; b) se pide que se ponga fin a la violación de tales obligaciones⁴¹; y c) se establecen mecanismos de rendición de cuentas para hacer frente a esas violaciones⁴².

Si bien, con relación a a), b) y c), la CDI solo cita una Resolución del Consejo de Seguridad: la Resolución 2334 (2016), de 23 de diciembre de 2016,

⁴⁰ En concreto, cita las *Resoluciones de la AG* 2022 (XX), relativa a Rhodesia del Sur; 2184 (XXI), relativa a la exportación de mano de obra africana por Portugal a Sudáfrica; ES-8/2, con la que se condena la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica; 26/27, en la que se condena la agresión armada de Israel contra las instalaciones nucleares iraquíes; 38/7, en la que se condena la intervención armada de Estados Unidos en Granada; 41/35 A, con la que se condena el régimen de apartheid en Sudáfrica y la ocupación de Namibia; 43/50 A, por la que se condena al régimen de apartheid en Sudáfrica; 44/240, en la que se condena la intervención armada de Estados Unidos en Panamá; 46/47, en la que se condenan las violaciones del Derecho internacional humanitario por parte de Israel; ES-11-1, en la que se condena la agresión y las violaciones del DI humanitario y de los derechos humanos cometidas por la Federación de Rusia contra Ucrania. Así como la Resolución 49/1 del *Consejo de Derechos Humanos*, con la que se condenan las violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario cometidas por la Federación de Rusia en Ucrania.

⁴¹ Se trata de las *Resoluciones de la AG* 2184 (XXI), con la que se pide a Portugal que cumpla el principio de la libre determinación de los pueblos; 36/27, con la que se pide a todos los Estados que suspendan el suministro de armas a Israel; 38/7, con la que se pide el cese de la intervención armada y la retirada de las tropas extranjeras –de Estados Unidos, aunque la CDI no se atreve a mencionar a este Estado– de Granada; 44/240, con la que se pide el cese de la intervención y la retirada de Panamá de las fuerzas invasoras de Estados Unidos; ES-11/2, con la que se exige el cese de las hostilidades de la Federación de Rusia contra Ucrania y en particular los ataques contra la población civil y sus bienes; ES-11/3, con la que decide suspender los derechos de la Federación de Rusia a formar parte del Consejo de Derechos Humanos; la *Resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad*, con la que se exige a Israel que ponga fin a los asentamientos en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental; y la *Resolución 49/28 del Consejo de Derechos Humanos*, con la que se «Exhorta a todos los Estados a que cumplan sus obligaciones de no reconocimiento, no ayuda y no asistencia con respecto a las violaciones graves de las normas imperativas de derecho internacional cometidas por Israel, en particular la prohibición de adquirir territorio por la fuerza, a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la libre determinación, y los exhorta también a que sigan cooperando para lograr, por medios lícitos, que terminen esas graves violaciones y se revoquen las políticas y prácticas ilegales de Israel».

⁴² *Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos* S-17/1, con la que se crea una comisión de investigación internacional independiente para Siria, con el objetivo de investigar la comisión de crímenes de lesa humanidad en ese país; 39/2, con la que se crea un mecanismo independiente para investigar las violaciones graves del DI cometidas desde 2011 en Myanmar; S-33/1, con la que se crea una comisión internacional de expertos en derechos humanos sobre Etiopía; y 49/1, con la que se crea una comisión internacional independiente encargada de investigar las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario en Ucrania a raíz de la agresión cometida por la Federación de Rusia.

con la que se exige a Israel que ponga fin de inmediato y por completo a todas las actividades de asentamiento en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental. La CDI omite cualquier otra referencia a la práctica del Consejo en la aplicación del Capítulo VII de la Carta, y en concreto de los arts. 41 y 42 de la misma, en supuestos en los que aplique tanto sanciones que no implican el uso de la fuerza, como sanciones que sí implican el uso de la fuerza.

Esto último debe ser muy destacado, ya que, por una parte, el órgano codificador admite, sin citar ningún ejemplo de la práctica, que la «obligación de cooperar» también puede cumplirse mediante «iniciativas de cooperación no institucional, como, por ejemplo, la adopción de disposiciones especiales por un grupo de Estados que actúen de consuno para poner fin a la violación de una norma imperativa», siempre que se trate de medidas que sean acordes con el DI. Pero de nuevo, en las explicaciones de la CDI destaca la ausencia de citas de asuntos de la práctica internacional que confirmen la postura que defiende el órgano codificador, y más en concreto que ilustren sobre qué se debe entender por tales «disposiciones especiales»⁴³.

Por otra, y tras la citar la práctica institucional a la que se ha hecho referencia, la CDI se muestra muy valiente al afirmar que «la obligación de los Estados de actuar colectivamente para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene consecuencias particulares para la cooperación dentro de los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales». En este punto el órgano codificador es bastante contundente a la hora de establecer el alcance de esas «consecuencias particulares», que enuncia de forma prescriptiva (con los términos «obligación» y «deber»), con el objetivo de limitar la discrecionalidad con la que los Estados miembros de una organización internacional, como Naciones Unidas, pueden actuar en seno de los órganos de composición política en los que están representados, como la AG y el CS (aunque la CDI omite toda referencia a este último):

«... en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones. Así pues, cuando una organi-

⁴³ A/77/10, pp. 81-82. Para llegar a esta conclusión, la CDI de nuevo se basa en la opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, parr. 159.

zación internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19»⁴⁴.

No obstante, la propuesta del órgano codificador sobre este deber de cooperar, tanto a cargo de un Estado o grupo de Estados actuando de forma absolutamente descentralizada, como en el seno de las organizaciones internacionales competentes, no se ve confirmada por la práctica de los Estados⁴⁵. Desde luego, ese deber de cooperar en el seno del CS no se ha hecho efectivo en los ya mencionados asuntos con los que se está contrastando la propuesta de la CDI. Es conocida la falta de respuesta por parte del Consejo de Seguridad que ha recibido la crisis humanitaria provocada por el conflicto sirio durante la última década. Más en concreto, dos de los miembros permanentes, la Federación de Rusia y China, se han opuesto a que el Consejo adopte sanciones internacionales contra el régimen sirio, responsable de violaciones graves y masivas de los derechos humanos y del Derecho humanitario⁴⁶. Asimismo, en febrero de 2022 la Federación de Rusia vetó un proyecto de Resolución, con el que se condenaba el acto de agresión perpetrado por este Estado miembro permanente contra su vecina Ucrania y se solicitaba su inmediato cese⁴⁷. Acto de agresión que no ha recibido ninguna respuesta por parte del Consejo de Seguridad. Asimismo, durante los últimos años Francia y otros Estados –entre ellos, España– han impedido que el Consejo encargue a la MINURSO la vigi-

⁴⁴ A/77/10, p. 82.

⁴⁵ Cfr. AUST, H.Ph., «Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility», en TLADI, D. (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, 227-255, pp. 242-247.

⁴⁶ Por ejemplo, el 22 de mayo de 2014 la Federación de Rusia y China hicieron uso del derecho de veto para impedir que el CS atribuyera competencia a la Corte Penal Internacional sobre los crímenes que se cometían en Siria, impidiendo la adopción de la propuesta de Resolución que habían presentado Francia y Lituania, y que contaba con el apoyo de más de 60 países, incluidos los 13 miembros del CS que votaron a favor: <https://undocs.org/es/S/PV.7180>.

⁴⁷ Once miembros votaron a favor, tres se abstuvieron (China, India y Emiratos Árabes), y la Federación de Rusia votó en contra: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/269/28/PDF/N2226928.pdf?OpenElement>.

lancia del respeto de los derechos humanos en el Sahara Occidental, a pesar de que su labor se limitaría a presentar un informe al Consejo de Seguridad sobre la situación de los derechos humanos en este territorio⁴⁸.

Es muy posible que el alcance de esta propuesta, que se debe situar en el terreno del desarrollo progresivo del DI, se deba explicar desde la naturaleza que presenta el Proyecto de 2022, un Proyecto de «conclusiones». Se trata de un Proyecto que no aspira a convertirse en un tratado internacional, pero sí a influir en la conducta o postura jurídica de los principales sujetos del ordenamiento internacional, los Estados y las organizaciones internacionales, y en general en todos los operadores jurídicos de este ordenamiento jurídico, incluidos los tribunales internacionales y más en particular la CIJ (VII y VIII).

III. LA OBLIGACIÓN DE NO RECONOCIMIENTO

En segundo lugar, según se establece en los Proyectos de la CDI de 2001 y de 2022, todos los Estados tienen la *obligación de no reconocer* como lícita ninguna situación creada por la violación grave de una obligación impuesta por una norma imperativa. En sus comentarios al Proyecto de 2001 la CDI se remonta nada menos que a la invasión japonesa de Manchuria en 1931, y después cita la Resolución 2625 (XXV), en la que se establece la obligación de no reconocer como legal ninguna adquisición territorial derivada del uso de la fuerza. A continuación, sostiene que esta obligación de no reconocimiento ha sido impuesta en varias ocasiones por el CS; por ejemplo, en el caso de la invasión de Kuwait por Irak en 1990 (Resolución 662); y con anterioridad con relación al establecimiento de un régimen basado en la discriminación racial en Rhodesia (Resolución 216) y con respecto de la creación de los bantustanes por Sudáfrica (Resolución 402). Asimismo, la CIJ afirma la vigencia de ese deber de no reconocimiento en la Opinión Consultiva de 1971 sobre Namibia⁴⁹. Según la

⁴⁸ GONZÁLEZ VEGA, J., «Pasado, presente... ¿y futuro? del respeto de los derechos humanos en el Sahara Occidental: apuntes desde España», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 250-273, pp. 270-273.

⁴⁹ *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante, lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, *ICJ Reports* (1971), p. 126. Si bien, con la excepción relativa a que el no reconocimiento no implique la nulidad de «actos como, por ejemplo, el registro de los nacimientos, fallecimientos y matrimonios, cuyos efectos no pueden pasarse por alto salvo en detrimento de los habitantes del Territorio»: párr. 125.

CDI, «el no reconocimiento colectivo parecería ser un requisito previo para cualquier respuesta concertada de la comunidad a esas violaciones y representa la respuesta mínima necesaria por parte de los Estados a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40»⁵⁰.

En su Proyecto de 2022, la CDI vincula la obligación de no reconocimiento, como deber de abstención, con la obligación de no asistencia o ayuda, los dos como deberes de carácter negativo. A diferencia de la obligación de cooperar para poner fin, que presenta un contenido positivo o de actuación. Por ello, estos dos deberes de abstención son consideradas por la CDI como de «menos onerosos», en comparación con la obligación de cooperar para poner fin⁵¹. La CDI mantiene que la obligación de no reconocer ha sido afirmada por la CIJ y también el seno de las organizaciones internacionales. Por lo que se refiere a la CIJ, en su Proyecto de 2022 cita de nuevo las opiniones consultivas de 1971 sobre Namibia⁵² y de 2004 sobre el muro en el Territorio Palestino Ocupado⁵³, en las que se afirma con bastante claridad la aplicación de esta «obligación de solidaridad» en estos dos asuntos.

Por lo que respecta a la práctica de Naciones Unidas, cita resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se afirma la obligación de los Estados de no reconocer la situación creada por el incumplimiento de la prohibición del apartheid y de la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. En concreto se trata de las Resoluciones relativas a Namibia⁵⁴, la «República Turca de Chipre Septentrional»⁵⁵ y la invasión de Kuwait por Irak en 1990⁵⁶. A continuación, se refiere a varias resoluciones de la AG dedicadas al no reconocimiento de los bantustanes creados por Sudáfrica⁵⁷; el no reconocimiento de las decisiones y actos dirigidos a modificar el estatus o la composición de-

⁵⁰ A/56/10, p. 313.

⁵¹ A/77/10, p. 83.

⁵² Pár. 119.

⁵³ Par. 159.

⁵⁴ Si bien, sólo menciona la Resolución 276 (1970), en la que se declara que la continuación de la presencia de las autoridades sudafricanas en Namibia es ilegal y que, en consecuencia, todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Sudáfrica en nombre de Namibia o en relación con el Territorio después de la terminación del Mandato son ilegales y carecen de validez.

⁵⁵ Resolución 541 (1983), en la que se exhorta a todos los Estados a que no reconozcan ningún Estado chipriota que no sea la República de Chipre.

⁵⁶ Resolución 662 (1990). Además, muy posiblemente a causa de un error, también cita en el mismo apartado la Resolución 73/295 de la Asamblea General, que versa sobre el no reconocimiento del Territorio Británico del Océano Índico.

⁵⁷ Resolución 3411 D (XXX).

mográfica de Jerusalén⁵⁸; el no reconocimiento de las políticas de anexión de Israel en los territorios ocupados, y en particular los asentamientos ilegales de colonos⁵⁹; y el no reconocimiento de la anexión de Crimea por la Federación de Rusia⁶⁰. Y de nuevo reitera las excepciones a la obligación de no reconocimiento, para que su cumplimiento no vaya en detrimento de la población afectada, ni prive a esta de las ventajas de la cooperación internacional, de conformidad con la citada Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971⁶¹.

Según se demuestra con los comentarios que ofrece la CDI, muy posiblemente de las tres «obligaciones de solidaridad» que propone el órgano codificador en sus Proyectos de 2001 y 2022, la obligación de no reconocimiento es la que se ve más confirmada en la práctica internacional de las últimas décadas⁶². En este sentido, la gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas no ha reconocido la anexión por la Federación de Rusia de las autoproclamadas repúblicas de Donetsk y Lugansk como resultado de la agresión armada contra Ucrania (con la excepción de algunos Estados títeres de la Federación Rusia, como son Bielorrusia, Siria...). Si bien, como se volverá a insistir en el epígrafe VIII, en bastantes ocasiones el cumplimiento de esa obligación de no reconocimiento tiene un carácter más bien formal, ya que no se ve acompañada del cumplimiento de las otras dos obligaciones: la obligación de poner fin, y la obligación de no asistencia o ayuda. Como así se evidencia con relación al conflicto del Sahara Occidental; salvo Estados Unidos y, de forma un tanto ambigua e indeterminada, España, muy pocos Estados han reconocido la anexión del Sahara Occidental por parte de Marruecos⁶³. Pero

⁵⁸ Resolución ES-10/19.

⁵⁹ Resolución 46/47 de la Asamblea General y 2334 (2016) del Consejo de Seguridad.

⁶⁰ Resolución 68/262.

⁶¹ A/77/10, pp. 84-85.

⁶² AUST, H.Ph., «Legal Consequences...», *loc. cit.*, pp. 247-250.

⁶³ Con algunas excepciones. Por ejemplo, en su intervención ante el CS el pasado mes de octubre de 2022, el representante de Emiratos Árabes Unidos se manifestaba del siguiente modo: «... los Emiratos Árabes Unidos reiteran su pleno apoyo al Reino de Marruecos y a su soberanía sobre todo el Sáhara marroquí. Asimismo, reiteramos nuestro apoyo a la iniciativa de autonomía presentada por Marruecos en 2007, que en sus resoluciones el Consejo de Seguridad ha considerado seria y digna de crédito, y que, además, constituye una importante solución que se ajusta a la Carta de las Naciones Unidas y a las resoluciones de la Organización y preserva la integridad territorial de Marruecos»: S/PV.9168, pp. 3-4. Asimismo, durante 2022 la Organización de Estados del Caribe Oriental, Suriname, el Togo y Cabo Verde abrieron «Consulados Generales» en Dajla; según el Frente Polisario esas representaciones diplomáticas constituyen una «violación del derecho internacional y una [...] vulneración del estatuto jurídico internacional del Sáhara Occidental como Territorio No Autónomo»: S/2022/733, p. 4.

el cumplimiento de la obligación de no reconocimiento no se ha visto acompañada de la efectiva aplicación de las obligaciones de cooperar para poner fin y de no asistencia o ayuda por parte de un buen número de Estados⁶⁴.

IV. LA OBLIGACIÓN DE NO ASISTENCIA O AYUDA

En tercer lugar, en el art. 41.2 del Proyecto de 2001 se *prohíbe prestar ayuda o asistencia* para mantener una situación creada por una violación grave de una norma imperativa. A diferencia del supuesto previsto en el art. 16 del Proyecto (ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito), en el art. 41.2 se regula el comportamiento que *a posteriori* puede llevar a cabo un Estado prestando asistencia al Estado responsable para mantener una situación contraria a una obligación de las previstas en el art. 40. Si bien, se trata de una distinción que en la práctica no se presenta con toda nitidez, ni mucho menos, como a continuación se comprobará. En sus comentarios al Proyecto de 2001, la CDI se limita a citar que, por ejemplo, el Consejo de Seguridad ha adoptado Resoluciones con las que se prohíbe prestar cualquier tipo de ayuda o asistencia para el mantenimiento de las colonias portuguesas (Resolución 218) y del régimen ilegal de *apartheid* en Sudáfrica (Resoluciones 418 y 569)⁶⁵.

En su Proyecto de 2022, la CDI confirma la vigencia de esta obligación de no prestar asistencia ni ayuda para el mantenimiento de una situación creada por la violación grave de una norma imperativa. Para justificar su propuesta, el órgano codificador cita las opiniones consultivas de 1971 y de 2004, y que como se ha explicado se refieren a esta obligación de forma un tanto general e indeterminada. La CDI también se apoya en la Resolución de la AG ES-11/11, en la que se «deplora la participación de Belarús en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales». Además de las Resoluciones de la AG 2022 (XX), en la que se

⁶⁴ Como advierte SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Los enigmas del reconocimiento en la práctica contemporánea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 43, 2022, 1-46, pp. 41-42, «independientemente de que en ocasiones es posible traducir en pretensiones jurídicas, es decir, en derechos o privilegios, las violaciones de tales normas (en forma no solo de anexiones territoriales sino también, por ejemplo, de acceso al gobierno o de garantía de la impunidad), el problema quizá no sea tanto la identificación de las situaciones cuyo reconocimiento está prohibido, como la concreción de las consecuencias jurídicas que derivan del deber de no reconocimiento».

⁶⁵ A/56/10, p. 313.

«condena cualquier apoyo o asistencia prestados por cualquier Estado al régimen minoritario de Rhodesia del Sur»; y 36/27, en la que «reitera su petición a todos los Estados para que de inmediato suspendan el suministro a Israel de armas y material conexo de todo tipo que le permita cometer actos de agresión contra otros Estados»⁶⁶. De nuevo, la CDI basa su propuesta en esta práctica institucional de la CIJ y de los órganos de Naciones Unidas, y omite cualquier referencia a la práctica relacional, en la que no siempre se confirma la solución normativa que propugna el órgano codificador.

En efecto, al igual que sucede con la propuesta referida a la obligación de cooperar para poner fin, en la práctica internacional no se confirma siempre, ni mucho menos, la vigencia en el DI contemporáneo de esta obligación de no asistencia o ayuda. Por más que la CIJ haya defendido su aplicación en las dos mencionadas opiniones consultivas⁶⁷. Es bien conocido que Marruecos ha recibido el apoyo financiero y militar de Estados Unidos y Francia para mantener la ocupación armada del Sahara Occidental durante los últimos 47 años (por ejemplo, para la construcción de la berma o muro de arena, que divide la parte del Sahara Occidental ocupada militarmente por Marruecos, de los denominados «territorios liberados»), en contravención de los principios de la prohibición del uso de la fuerza y de libre determinación de los pueblos. En esta misma dirección, Irán y la Federación de Rusia han prestado su apoyo financiero y militar al Gobierno sirio durante el conflicto armado que se inició en este país mediterráneo en 2011 y que todavía perdura, y en el que se han cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por parte de las autoridades sirias. Asimismo, y más recientemente, es público y notorio que en 2022 la Federación de Rusia ha usado drones armados suministrados por Irán para atacar todo tipo de objetivos, tanto militares como civiles, durante la agresión contra Ucrania, en el contexto de la que existen muchos indicios de que también se han cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁶⁸.

⁶⁶ A/77/10, p. 84 y notas a pie 266 y 267.

⁶⁷ En su citada Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre *Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los Territorios Ocupados de Palestina*, la Corte, después de calificar como de obligaciones *erga omnes* las obligaciones vulneradas por Israel, sostiene que todos los Estados están obligados a no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en los territorios ocupados de Palestina; además, todos los Estados están obligados a no suministrar ayuda o asistencia a Israel para mantener la situación provocada por la construcción del muro: párr. 159.

⁶⁸ *El País*, 12 de diciembre de 2022.

A la luz de la práctica internacional, incluso resulta difícil deslindar si el comportamiento de todos estos Estados debe subsumirse en el art. 16 del Proyecto de 2001 (ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito)⁶⁹; o supone la vulneración de la obligación de no asistencia o ayuda prevista en el art. 41.2 del Proyecto de 2001 y en la Conclusión 19 del Proyecto de 2022; obligación esta última que según el órgano codificador está vigente en el DI contemporáneo. Pero al igual que en el supuesto de la propuesta de obligación de cooperar para poner fin, parece más apropiado hablar de la facultad –que no obligación– por parte de todos los Estados a la hora de hacer efectivas estas dos «consecuencias particulares» de la vulneración de una norma imperativa. Al menos así parece evidenciarlo la práctica internacional, que desde luego no puede calificarse de general, constante y duradera, en el sentido de confirmar la vigencia de las dos mencionadas obligaciones como normas en vigor de DI general⁷⁰.

V. ¿OTRAS CONSECUENCIAS DE ESTE RÉGIMEN AGRAVADO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL?

Según los Proyectos de 2001 y de 2022, las consecuencias jurídicas de la violación grave de una norma imperativa son las siguientes. En primer lugar, también se aplican en toda su extensión las disposiciones del Proyecto de 2001 que regulan el cese, las garantías de no repetición y la reparación del hecho ilícito. Más en concreto, se aplican los límites generales a la restitución, previstos en el art. 35⁷¹, y también los que afectan a la satisfacción, regulados en el art. 37.3⁷².

En segundo lugar, son de aplicación las disposiciones del Proyecto de 2001 que se ocupan de la invocación de la responsabilidad internacional del

⁶⁹ A/56/10, pp. 152-159, en las que la CDI se refiere a varios asuntos de la práctica internacional; entre otros, menciona que el Reino Unido fue acusado por Libia de haber ayudado a Estados Unidos para bombardear la ciudad de Trípoli del Estado norafricano en 1986, al haber permitido que varias de sus bases fueran utilizadas por los aviones de combate estadounidenses.

⁷⁰ Pero cfr. AUST, H.Ph., «Legal Consequences...», *loc. cit.*, pp. 251-253.

⁷¹ No será posible la restitución si es materialmente imposible, o en el caso de que «... entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización»

⁷² «La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable».

Estado. Si se trata de un «Estado lesionado» por la vulneración grave de una norma imperativa, de conformidad con el art. 42 del Proyecto de 2001. Mientras que en el art. 48 se prevé la invocación por un «Estado distinto del Estado lesionado», en concreto en el caso de que «la obligación violada exista con relación a la comunidad internacional en su conjunto», supuesto con el que se prevé la vulneración de normas imperativas. Si bien, el «Estado distinto del Estado lesionado» podrá invocar la responsabilidad internacional de otro Estado para reclamarle el cese del hecho ilícito y seguridades y garantías de no repetición; y también el cumplimiento de la obligación de reparación, pero solo «en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada». Por su parte, la Conclusión 17.2 del Proyecto de 2022, se remite a los citados arts. del Proyecto de 2001, para afirmar que «todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado» que haya vulnerado una norma imperativa –de forma grave o no grave–, y como apoyo menciona la jurisprudencia más reciente de la CIJ⁷³.

En tercer lugar, el art. 54 del Proyecto de 2001 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de los «Estados distintos del Estado lesionado» para aplicar contramedidas, incluso en el caso de la violación grave de normas imperativas, y deja la cuestión abierta, a expensas de la evolución del DI

⁷³ A/77/10, pp. 74-75. Más en concreto, la CDI se refiere a que, en su Orden de 23 de enero de 2020, en el *Caso de la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Gambia v. Myanmar)*, la CIJ dicta las medidas provisionales solicitadas por Gambia. Por lo que Myanmar, entre otras, debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para prevenir que se cometan actos de genocidio contra la minoría musulmana rohinyás. En este caso, Gambia demanda a Myanmar, porque considera que este último Estado está vulnerando una norma imperativa de DI, como es la que prohíbe los actos de genocidio. Actos cometidos contra los miembros de la mencionada minoría musulmana, que habitan en este Estado asiático. La CIJ adopta las medidas provisionales solicitadas por Gambia, después de considerar que *prima facie* tiene jurisdicción para conocer de la controversia entre estos dos Estados. Entre otras consideraciones, la Corte llega a la conclusión de que todo Estado parte en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948 (BOE n.º 34, de 8 de febrero de 1969), puede invocar la responsabilidad de cualquier otro Estado parte, ya que este convenio establece obligaciones *erga omnes partes*: Orden de 23 de enero de 2020, párr. 41. En su Sentencia de 22 de julio de 2022 en este mismo caso (Objeciones preliminares), la CIJ confirma su jurisdicción para conocer de la controversia entre Gambia y Myanmar, ya que todos los Estados partes en la Convención de 1948 tienen un interés común en el cumplimiento de las obligaciones previstas en dicho convenio. Este interés común supone que las obligaciones que asume cada Estado parte frente al resto de Estados partes en este tratado internacional son obligaciones *erga omnes partes*; por lo que cada Estado parte puede invocar la responsabilidad internacional de cualquier otro Estado parte por el incumplimiento de tales obligaciones: párrs. 107-108.

en este tema. Si bien, en 2001 la CDI se «atreve» a citar algunos asuntos de la práctica, a pesar de que la califica de «limitada y bastante embrionaria»⁷⁴. Por ello, en su proyecto la CDI incluye una cláusula de salvaguardia que reserva la posición y deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del DI⁷⁵. En esta dirección, en el art. 54 se habla de «medidas lícitas» y no de «contramedidas», según la CDI «para no prejuzgar ninguna posición acerca de las medidas adoptadas por Estados distintos del Estado lesionado en respuesta a violaciones de obligaciones para la protección del interés colectivo o de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en su conjunto»⁷⁶.

Aunque desde entonces han transcurrido nada menos que 21 años, a la hora de aprobar el Proyecto de 2022 en el seno de la CDI se ha impuesto la postura defendida por el Relator Especial, D. Tladi, para quien:

«El Relator Especial considera que las contramedidas son una parte controvertida de esos artículos y que su condición jurídica no está clara. En ese contexto, y sin perjuicio de la condición jurídica de las contramedidas, al calificar el deber de cooperar con la expresión «por medios lícitos», el proyecto de conclusión 19 ha dejado esta cuestión abierta. A juicio del Relator Especial, no corresponde a la Comisión, en el marco de su labor sobre este tema, resolver cuestiones pendientes del derecho de la responsabilidad del Estado que no se refieran específicamente a las normas imperativas. A este respecto, cabe recordar que el artículo 54... no enuncia una norma,

⁷⁴ En 1978 Estados Unidos aplicó un embargo comercial contra Uganda, a causa de los actos de genocidio que estaba perpetrando el Gobierno de este Estado africano; en 1981 Estados Unidos y otros países occidentales suspendieron la aplicación de los tratados con Polonia en los que se conferían derechos de aterrizaje a las compañías Aeroflot y LOT, como respuesta a la imposición de la ley marcial por las autoridades polacas y la posterior represión de las manifestaciones y encarcelamiento de muchos disidentes; en 1982, los Estados miembros de la Comunidad Europea, Australia, Nueva Zelanda y Canadá prohibieron la importación de productos argentinos, en vulneración de las obligaciones del GATT, como respuesta a la invasión de las Islas Malvinas por el ejército de Argentina; en 1986 Estados Unidos adoptó, mediante la *Comprehensive Anti-Apartheid Act*, algunas contramedidas en el campo de la aviación comercial (en concreto, la suspensión de los derechos de aterrizaje de la *South African Airlines* en territorio estadounidense) que contradecían lo dispuesto en el Acuerdo de aviación concertado en 1947 entre Estados Unidos y Sudáfrica; en 1998, en respuesta a la crisis humanitaria de Kosovo, los Estados miembros de la Comunidad Europea adoptaron leyes para la congelación de los fondos yugoslavos y la prohibición inmediata de los vuelos...

⁷⁵ A/56/10, pp. 392-393

⁷⁶ A/56/10, pp. 392-393.

sino que contiene simplemente una cláusula «sin perjuicio». La Comisión debe ser reacia a convertir las cláusulas «sin perjuicio» en declaraciones de derechos»⁷⁷.

Por tanto, una de cal y otra de arena. En 2022 la CDI se muestra valiente al afirmar que el deber de cooperar para poner fin a una violación grave de una norma imperativa está vigente en el DI. Pero no se atreve a regular las condiciones que debe cumplir la aplicación de contramedidas por parte de Estados distintos del Estado lesionado, para hacer efectivo ese deber de cooperación, que de este modo presenta un contenido muy indeterminado. A pesar de la práctica que cita la propia CDI en su Proyecto de 2001 y de que en el Proyecto de 2022 el órgano codificador se refiera, sin mencionar su contenido ni su aplicación en la práctica, al art. 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como sostén de su afirmación sobre la vigencia del deber de cooperar como DI en vigor (Epígrafe II).

Si bien, el contenido de la obligación de cooperar para poner fin no solo está referido a la aplicación de contramedidas descentralizadas. En este sentido, se debe poner de manifiesto la importancia que, como respuesta a la vulneración grave de una norma de *ius cogens*, puede desplegar la aplicación de medidas de retorsión; de hecho, en los supuestos de la invasión de Ucrania y del conflicto sirio, la mayor parte de las medidas adoptadas por la UE se debe calificar de medidas de retorsión (*supra*, nota a pie 36). Incluso cabe añadir otro tipo de actuaciones para el cumplimiento de esa obligación de cooperar para poner fin, como por ejemplo y entre otras, la condena formal de dicha vulneración llevada a cabo por un órgano de una organización internacional, como puede ser la AG o el Consejo de Derechos Humanos; como así se cita en los comentarios a la Conclusión 19 del Proyecto de 2022 (Epígrafe II). Pero la postura de la CDI en este punto debe ser objeto de crítica. En un ordenamiento esencialmente descentralizado e interestatal, las contramedidas descentralizadas pueden ser un medio muy necesario para hacer frente a las vulneraciones graves de normas imperativas. Con todas las condiciones que deben cumplir, reguladas por el propio órgano codificador en su Proyecto de 2001 (arts. 49 a 54). Por lo que hubiera sido muy conveniente que en el Proyecto de 2022 se admitiera expresamente su incardinación dentro del deber de cooperar, y se regularan también los límites

⁷⁷ TLADI, D., «Quinto informe sobre las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*)», A/CN.4/747, 17 de enero de 2022, p. 59.

y condiciones con los que Estados no directamente lesionados podrían aplicar contramedidas contra un Estado responsable de la violación grave de una norma imperativa; por más que se deba reconocer que se trata de un tema objeto de debate político y jurídico en los órganos de Naciones Unidas y en la doctrina⁷⁸.

En cuarto lugar, en el art. 58 se reconoce expresamente que el Proyecto de 2001 no se ocupa de la responsabilidad penal del individuo; precepto que constituye la otra cara de la moneda del art. 25 del Estatuto de Roma. Se prevé así la posibilidad de que determinados comportamientos contrarios a normas de Derecho Internacional, den lugar tanto a la responsabilidad internacional del Estado, como a la responsabilidad internacional penal del individuo, de conformidad con las normas de Derecho Internacional que tipifican y prohíben comportamientos tales como la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de humanidad⁷⁹. En el Proyecto de 2022 la CDI no dedica ninguna Conclusión específica a la responsabilidad penal del individuo responsable de conductas prohibidas por normas imperativas. Si bien, en los comentarios a la Conclusión 22, con la que se incluye una «cláusula sin perjuicio» de carácter general⁸⁰, el órgano codificador considera que «las posibles consecuencias para la inmunidad y la competencia de las cortes y tribunales nacionales» de los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, no son consecuencias generales de las normas imperativas, sino de determinadas normas imperativas. Por ello, tales consecuencias no se abordan en el Proyecto de 2022⁸¹.

⁷⁸ Véase nota *supra* n. 38 e, *inter alia*, FERRER LLORET, J., «El Derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, 705-739, pp. 709-715; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *De la alargada...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁷⁹ El art. 58 tiene el siguiente tenor literal: «los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del Derecho Internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado». En el art. 25 del Estatuto de Roma se establece que «nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional». Se debe destacar que la obligación de castigar penalmente a los individuos autores de determinadas conductas es, por una parte, una materia regulada en las normas primarias; por otra, la obligación de castigar penalmente puede constituir una forma de reparación, en concreto de satisfacción, como se reconocía en el art. 45 2) d) del Proyecto de 1996; y como se admite, lacónicamente, en los comentarios de la CDI al art. 37.2) del Proyecto de 2001: A/56/10, p. 285.

⁸⁰ «El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) puedan generar de otro modo según el derecho internacional».

⁸¹ A/77/10, p. 91. Sobre la dualidad que presentan las normas de Derecho internacional con relación a la violación grave de una norma imperativa, que puede tener consecuencias tanto para la responsabilidad internacional del Estado, como para la responsabilidad penal internacional del

Por último, en 2001 la CDI se manifiesta consciente de que «el propio régimen jurídico de las violaciones graves está en estado de desarrollo», por lo que la propuesta que realiza en los artículos 40 y 41 no pretende excluir el futuro desarrollo en el DI consuetudinario o convencional de un régimen más elaborado de las consecuencias que se derivan de tales violaciones, como así se reconoce expresamente en el art. 41.⁸² Y como también se reconoce, 21 años después, en la Conclusión 19.4 del Proyecto de 2022⁸³. Sin que el órgano codificador haya aprovechado todo este lapso de tiempo para proponer un régimen más completo y determinado de las consecuencias de la violación grave de una norma imperativa.

En este sentido, se han propuesto otras consecuencias. Hace ya cerca de tres décadas, el entonces Relator Especial, G. ARANGIO-RUIZ, defendió la aplicación de un conjunto de medidas al Estado que ha cometido la violación grave de una norma imperativa, incluso poner fin al Gobierno que tomó la decisión de cometer una violación del DI de esta envergadura; con lo que en última instancia se estarían ofreciendo garantías de no repetición. Pero esta propuesta fue rechazada en el seno de CDI y por una gran mayoría de los Estados⁸⁴.

individuo, véase WEATHERALL, T., *Duality of Responsibility in International Law. The Individual, the State, and International Crimes*, Leiden/Boston, 2022, pp. 30 y ss. Por ejemplo, la posible superposición y complementariedad de ambos regímenes de responsabilidad internacional se pone de manifiesto en el citado *Caso de la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Gambia v. Myanmar)*, pendiente del fallo de la CIJ: <https://www.icj-cij.org/en/case/178>; y en la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de 14 de noviembre de 2019, de conformidad con el art. 15 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, sobre la autorización para la investigación sobre la situación en Bangladesh/Myanmar (ICC-01/19): <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>.

⁸² A/56/10, p. 316.

⁸³ «El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que cualquier violación por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional».

⁸⁴ Según el iusinternacionalista italiano: «... no debe permitirse que el Estado que ha cometido o está cometiendo un crimen eluda, invocando su soberanía o su independencia, no sólo las peticiones de desarme, desmilitarización, desmantelamiento de la industria de guerra, destrucción de armas, aceptación de equipos de observación o adopción de una forma de gobierno que no sea incompatible con las libertades fundamentales, los derechos civiles y políticos y la libre determinación que se le puedan dirigir a raíz de un crimen de agresión, sino también exigencias que pueden estar justificadas en cuanto formas de satisfacción o garantías de no repetición a raíz de la comisión de crímenes... Nos referimos a exigencias de derogación de leyes discriminatorias o de segregación racial, de organización de consultas populares tales como elecciones libres o plebiscitos, de restablecimiento de los derechos y libertades fundamentales, de desmantelamiento de fábricas peligrosas para el medio ambiente y de cumplimiento del principio *aut dedere aut*

En esta misma dirección, su sucesor J. CRAWFORD propuso, también sin éxito, incluir los llamados «daños punitivos» entre las consecuencias de las violaciones graves de normas imperativas. Una mayoría de Estados se mostraron en contra de que el Estado responsable internacionalmente tuviera que hacer frente a la obligación de «pagar daños y perjuicios que reflejen la gravedad de la violación». El Ponente pretendía establecer un sistema de «multas coercitivas», siguiendo el modelo vigente regulado por el entonces art. 228 del Tratado de la Comunidad Europea; y con el objetivo de presionar al Estado responsable para que cumpliera sus obligaciones de cese y reparación del hecho ilícito⁸⁵. La no inclusión de los llamados «daños punitivos», así como la ambigüedad que caracteriza al citado art. 54 del Proyecto de 2001, fue el precio final que tuvo que asumir la CDI para, a la vista de las reacciones de los Estados al Proyecto de 2000, mantener el Capítulo III de la Segunda Parte del Proyecto de 2001 en el que se regula el régimen de responsabilidad internacional aplicable a la vulneración grave de una norma imperativa⁸⁶.

En el Proyecto de conclusiones de 2022, la CDI, además de proponer las tres «obligaciones de solidaridad» que ya se han comentado, añade un párrafo 4 en la Conclusión 19, con el que también se incluye una «cláusula sin perjuicio», al igual que en el citado art. 41.3 del Proyecto de 2001. Por consiguiente, 21 años después el órgano codificador se limita a citar las tres opiniones consultivas de la CIJ de 1971, 2004 y 2019; algunas resoluciones de la AG, del CS –pero ninguna en la que se apliquen los arts. 41 y 42 de la Carta– y del Consejo de Derechos Humanos, y se remite al proyecto de artículos de 2001. Todo ello para reconocer que el Estado autor de una violación grave de una norma imperativa, además de hacer frente a las mencionadas «consecuencias particulares», debe cumplir las obligaciones de cese, garantías de no repetición, y reparación del hecho ilícito del que es responsable; por lo que se refiere a la reparación mediante la restitución, la indemnización y la satisfacción. No cita ningún asunto de la práctica internacional en el que se hayan hecho efectivas esas obligaciones.

iudicare respecto de las personas acusadas de *delicta iuris gentium*»: ARANGIO-RUIZ, G., *Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/469, pp. 13-14; también, *Octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/476, p. 5.

⁸⁵ CRAWFORD, J., *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/507/Add.4, pp. 9-13 y propuesta de art. 51 en p. 27; y *Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/517, p. 18.

⁸⁶ Véanse FERRER LLORET, J., «El Derecho de la responsabilidad internacional del Estado...», *loc. cit.*, pp. 720-721; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, 2005, pp. 102 y ss.

Como único supuesto de esas posibles otras consecuencias, en 2022 la CDI se «atreve» a afirmar que «... en el proyecto de conclusiones no se aborda la cuestión de si el carácter imperativo de la obligación que se ha violado afectará, por ejemplo, al importe de la indemnización»⁸⁷. Pero, conviene insistir en ello, sin citar ningún asunto de la práctica internacional, en el que se haya vulnerado de forma grave una norma imperativa y se haya reparado tal vulneración. Por ejemplo, en su Sentencia de 9 de febrero de 2022 en el *Caso de las actividades armadas en el territorio del Congo (República democrática del Congo c. Uganda) (reparaciones)*, la CIJ decide la reparación por las violaciones del DI atribuibles a Uganda, entre ellas la vulneración grave de varias normas imperativas, establecidas en su anterior sentencia en este mismo caso de 19 de diciembre de 2005⁸⁸. Pero no parece que la existencia de tales violaciones graves de normas imperativas haya tenido una especial repercusión en el alcance y contenido de la reparación decidida por la Corte de La Haya⁸⁹. En efecto, según la CIJ este último Estado debe indemnizar a la República Democrática del Congo con un total de: a) 225 millones de dólares por los daños a las personas; b) 40 millones por los daños a la propiedad; y c) 60 millones por los daños al medioambiente y a los recursos naturales⁹⁰.

⁸⁷ A/77/10, pp. 85-86.

⁸⁸ *Caso de las actividades armadas en el territorio del Congo (República democrática del Congo c. Uganda)*, Sentencia de 19 de diciembre de 2005; en la que la CIJ concluye que con las actuaciones llevadas a cabo en el territorio del primer Estado por sus fuerzas armadas, Uganda es responsable de la violación de los principios de la prohibición del uso de la fuerza y la no intervención, así como de violaciones de los derechos humanos y del DI humanitario, y de haber explotado ilegalmente los recursos naturales de ese mismo Estado.

⁸⁹ Cfr. el estudio de la práctica que llevan a cabo ELPHICK, R. y DUGARD, J., «*Jus Cogens and Compensation*», en TLADI, D. (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, 413-440.

⁹⁰ Par. 409 de la Sentencia de 9 de febrero de 2022. A pagar en 5 anualidades de 65 millones de dólares cada una, a partir del 1 de septiembre de 2022, y con un interés anual del 6 por cien, en el supuesto de que se incumplan estos plazos. Para una crítica, desde la perspectiva de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de la reparación decidida por la CIJ en este caso, véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Reparaciones de guerra: la humanización e individualización de la reclamación. Algunas aproximaciones judiciales alternativas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022, 271-298, pp. 294-298. Con anterioridad, merece ser recordado que en el *Caso de la aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia de la CIJ, de 26 de febrero de 2007, la Corte llega a la conclusión de que Serbia es responsable internacionalmente por no actuar diligentemente para prevenir y sancionar los actos de genocidio que se cometen en Srebrenica en 1995 con el asesinato de unos 7000 bosnio musulmanes, teniendo en cuenta la estrecha vinculación que existía entre los paramilitares serbio bosnios y las autoridades serbias. En una decisión bastante discutible, según la Corte los paramilitares no actuaron bajo la

VI. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En sus comentarios al Proyecto de 2001, la CDI manifiesta a la AG que «la cuestión de la solución de controversias podría ser tratada por la referida conferencia internacional, si se consideraba que debería preverse un mecanismo jurídico de solución de controversias en relación con el proyecto de artículos». En 2001 el órgano codificador «se lava las manos» con relación a la posible inclusión de un procedimiento de solución de controversias relativas a la responsabilidad internacional del Estado. Si bien, al menos la CDI recomienda tener en cuenta el sistema de solución de controversias previsto en el Proyecto de 1996, a la hora de tomar la decisión a este respecto⁹¹. La

dirección o el control efectivo de las autoridades serbias, a pesar de que era público y notorio que eran entrenados, financiados y armados por estas últimas. Además, Serbia también incumplió las medidas cautelares decididas por la CIJ en 1993, con las que solicitó a Serbia que adoptara todas las medidas que estuvieran a su alcance para prevenir la comisión de actos de genocidio. Pero la Corte considera que «since the Court cannot therefore regard as proven a causal nexus between the Respondent's violation of its obligation of prevention and the damage resulting from the genocide at Srebrenica, financial compensation is not the appropriate form of reparation for the breach of the obligation to prevent genocide» (pár. 462). Por lo que «it is however clear that the Applicant is entitled to reparation in the form of satisfaction, and this may take the most appropriate form, as the Applicant itself suggested, of a declaration in the present Judgment that the Respondent has failed to comply with the obligation imposed by the Convention to prevent the crime of genocide» (pár. 463). La misma solución aplica la CIJ con relación a la vulneración de la obligación de sancionar los actos genocidio por parte de Serbia: pár. 465. La CIJ rechaza también la solicitud de seguridades y garantías de no repetición (pár. 466).

⁹¹ A/56/10, pp. 17 y 20. En el Proyecto aprobado en primera lectura en 1996, se incluía, en los entonces arts. 54 y ss., un sistema de solución de controversias, formulado, en resumen, del siguiente modo. En primer lugar, se establecía la *obligación de negociar* para tratar de solucionar la controversia. En segundo lugar, cualquier Estado parte en una futura convención sobre responsabilidad internacional del Estado, podía por propia iniciativa o a petición de alguna de las partes en la controversia, llevar a cabo funciones de *buenos oficios o de mediación*. En tercer lugar, se preveía la constitución obligatoria de una *comisión de conciliación* a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia. En cuarto lugar, se regulaba *el recurso a un tribunal arbitral si se alcanzaba el acuerdo de las partes en la controversia* sobre la interpretación o aplicación del convenio. En quinto lugar, se preveía que *el Estado presuntamente infractor contra el que se apliquen contramedidas podría someter unilateralmente la controversia ante un tribunal arbitral cuya decisión sería obligatoria para las partes*. Por último, *la competencia de la CIJ* se limitaba a la decisión sobre la validez del laudo arbitral, a demanda unilateral de cualquiera de las partes en la controversia. Se debe destacar que, aunque *a priori* la competencia obligatoria del tribunal arbitral se circunscribía al supuesto en el que el Estado contra el que se aplican contramedidas, presente una demanda ante el mismo; sin embargo, en la práctica la labor del tribunal arbitral se centraría precisamente en calificar la posición jurídica del Estado que alegue como jurídicamente justificada la vulneración del DI cometida a título de contramedida. En última instancia con esta propuesta se estaba propugnando la jurisdicción del tribunal arbitral sobre cualquier demanda que planteara un Estado –previo infractor o no de

CDI siguió así la postura de su último Ponente, quien se mostraba muy escéptico sobre las posibilidades reales de que una mayoría de Estados estuvieran dispuestos a aceptar la regulación de mecanismos obligatorios de solución de controversias en un convenio de tan amplísimo ámbito de aplicación, como el dedicado a la responsabilidad internacional del Estado, dado el carácter «estructural» que ésta presenta en el seno del ordenamiento jurídico internacional⁹². Se debe destacar la importancia que tendría la inclusión de un sistema de arreglo de controversias en un convenio sobre la responsabilidad internacional del Estado, ya que sería aplicable, por supuesto entre los Estados partes en tal convenio, respecto de la comisión de cualquier hecho ilícito internacional, a salvo los regímenes particulares que establezcan sus propios procedimientos de solución de controversias (art. 55 del Proyecto de 2001). La inclusión de un sistema de solución de controversias aportaría cierta «institucionalización» al régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado, lo que, a buen seguro, todavía se presenta más necesario en el ámbito de las violaciones graves de normas imperativas. Pero como ya se ha dicho, hasta la fecha la AG ha hecho oídos sordos a la recomendación de la CDI, y no se aprecian expectativas de un cambio de opinión por parte del órgano plenario de Naciones Unidas.

En su Proyecto de 2022, la CDI tampoco se atreve a proponer un procedimiento de solución de controversias relativo a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración grave de una norma imperativa. Al tratarse de un «Proyecto de conclusiones», que no aspira a convertirse en un tratado internacional, se podría pensar que no tiene mucho sentido que la CDI incluya una propuesta de procedimiento de solución de controversias, ya que dicha propuesta no sería en ningún caso vinculante para los Estados. No obstante, con la Conclusión 21 del Proyecto de 2022, la CDI propone un «procedimiento recomendado», aplicable solo para la invocación y fundamentación de la nulidad de las normas de DI que puedan estar en oposición con normas imperativas. De cualquier modo, se trata de una recomendación, lo que explica que

una obligación internacional, ya que esta cuestión debería ser resuelta por el tribunal arbitral—, respecto del que cualquier otro Estado hubiera incumplido una obligación impuesta por el ordenamiento internacional, que se pretendiera justificar como contramedida. Por esta vía se introducía la competencia obligatoria de un tribunal arbitral sobre las controversias que se plantearan sobre la práctica totalidad de las disposiciones del Proyecto de 1996: *vid.* FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1998, pp. 72-73.

⁹² CRAWFORD, J., *Cuarto informe...*, *op. cit.*, pp. 4-8.

esta Conclusión esté redactada en términos exhortativos a fin de evitar que su contenido pueda considerarse vinculante para los Estados⁹³.

En resumen, este procedimiento recomendado, basado en las disposiciones de la Convención de Viena de 1969, prevé en primer lugar que el Estado que invoque dicha nulidad, «debería» notificar por escrito la invocación de la nulidad o la terminación de una norma por ser contraria a una norma imperativa al resto de Estados, indicando las medidas propuestas para solucionar tal oposición. Esas medidas podrán ser las previstas en la tercera parte del Proyecto de 2022, aunque la CDI no ofrece ningún ejemplo al respecto. Si en un plazo de tres meses el Estado frente al que se ha invocado dicha nulidad no formula ninguna objeción, el Estado que ha presentado la notificación podrá adoptar la medida propuesta; no será necesario que se cumpla ese plazo de tres meses «en casos de especial urgencia», de los que la CDI tampoco cita ningún ejemplo⁹⁴.

En segundo lugar, si se formula objeción, será de aplicación el art. 33 de la Carta de Naciones Unidas, y las partes en la controversia podrán resolverla por los medios que libremente decidan. En tercer lugar, si las partes no llegan a una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que ha formulado la objeción ofrece someter el asunto a la CIJ o a «otro tipo de procedimiento que implique decisiones vinculantes», «el Estado que haya invocado la norma no debería adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia». En sus comentarios, la CDI trata de aclarar que este último apartado de su propuesta «no impone obligación alguna de someter el asunto a la CIJ ni establece la competencia obligatoria de esta». Pero al mismo tiempo advierte que «la disposición impide que el Estado que haya invocado la nulidad adopte las medidas propuestas si los otros Estados interesados ofrecen someter el asunto a la CIJ» [*sic*]⁹⁵.

Por tanto, en el marco de un «Proyecto de conclusiones» y, más en concreto, de un «procedimiento recomendado» de solución de controversias, la CDI aprovecha la ocasión para prescribir que los Estados que invoquen unila-

⁹³ A/77/10, p. 90.

⁹⁴ La única aclaración que al respecto ofrece la CDI reza del siguiente modo: «... se puede decir que los ‘casos de especial urgencia’ serán aquellos en los que el tiempo apremie»: A/77/10, p. 90.

⁹⁵ A/77/10, p. 91. «En caso de que se haga tal ofrecimiento de someter el asunto a la CIJ, el Estado que haya invocado la nulidad no tendrá derecho a adoptar las medidas propuestas hasta que se resuelva la controversia y la Corte haya determinado que las medidas están justificadas con arreglo al Derecho internacional».

teralmente la nulidad de una norma por ser contraria a una norma imperativa, no pueden adoptar las «medidas propuestas», si el Estado o los Estados obligados por dicha norma ofrecen la solución de la controversia ante un órgano con capacidad para adoptar decisiones vinculantes para las partes en la controversia. *De lege ferenda*, se puede defender la propuesta de la CDI. Pero falta por ver si los Estados estarán de acuerdo en seguir la «recomendación» que les dirige el órgano codificador. Desde luego, si se tiene en cuenta la nula aplicación del procedimiento de solución de controversias previsto en la Convención de 1969, no parece nada probable que, más de 50 años después, muchos Estados vayan a estar dispuestos a hacer efectiva esta «recomendación» de la CDI. En este sentido, en las intervenciones ante la Sexta Comisión en su sesión de 2022, la mayoría de Estados se manifestó en el sentido de que no debía haber ninguna duda de que la Conclusión 21 no era más que una recomendación, de carácter no vinculante; y algunos Estados manifestaron su oposición a esta propuesta del órgano codificador⁹⁶.

Recomendación que, como ya se ha insistido, se limita al procedimiento aplicable en el supuesto de nulidad de una norma por ser contraria a una norma imperativa. Al igual que en 2001, en 2022 la CDI tampoco propone un procedimiento de solución de controversias, con carácter general aplicable a las controversias relativas a la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración grave de una norma imperativa, ni siquiera como procedimiento «recomendado».

Esta postura de la CDI con relación al Proyecto de 2022 –y con anterioridad respecto del Proyecto de 2001–, contrasta con la propuesta de solución de

⁹⁶ Véase, entre otras, la intervención de España: «Respecto de la Conclusión 21, España entiende que se incentive y se recomiende que se someta la controversia a la CIJ pero, como ha dicho en repetidas ocasiones de forma inequívoca la misma Corte, la simple invocación de la violación de una norma imperativa ‘no puede constituir por sí misma una base para establecer la competencia de la Corte’. Es decir, el párrafo 4 de la Conclusión 21 no puede ser interpretado como una disposición que atribuye de forma obligatoria la competencia a la CIJ en estos supuestos». Aun así, algunos Estados manifestaron sus reservas a la recomendación propuesta con la Conclusión 21 (Estados Unidos, Federación de Rusia, Rumanía, Singapur...); en concreto Grecia puso de manifiesto que la Conclusión 21 no era de aplicación en el supuesto de que se alegara la nulidad de una resolución de una organización internacional, ya que *rationae personae* la CIJ no es competente en el ámbito contencioso para resolver las controversias que enfrenten a una organización internacional con un Estado o con otra organización internacional. Por su parte, Jordania «... expresses doubt about the procedure proposed which raises several questions, including who are the ‘other States concerned’, especially in relation to a customary rule or a general principle of law? And which entity would notify of the grounds for invalidity and the objections(s)? In short, this is an impractical procedure»: <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>

controversias que el órgano codificador sí que incluye en el Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, aprobado en 2019. Con esta propuesta se establece que, si las negociaciones entre las partes no solucionan la controversia, cualquiera de las partes la podrá someter ante la CIJ, salvo que acuerden el recurso al arbitraje. No obstante, también se prevé que los Estados podrán declarar que no están obligados a someter la controversia ante la CIJ o ante un tribunal arbitral, declaración que podrán retirar en cualquier momento. De este modo, el órgano codificador posibilita que, con toda flexibilidad, los Estados puedan ratificar un futuro tratado sobre este tema, sin que necesariamente deban aceptar la competencia obligatoria de la CIJ o de un tribunal arbitral para la solución de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de dicho tratado⁹⁷. Solución esta, de carácter realista y pragmático, que podría servir de modelo para un futuro convenio sobre responsabilidad internacional del Estado, al menos por lo que se refiere a las «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa.

Todo ello sin perjuicio, con carácter general, de la vigencia del art. 33 de la Carta de Naciones Unidas y más en particular de los procedimientos de solución de controversias que en la actualidad están en vigor. Con las limitaciones que tales procedimientos puedan presentar. Como así se ha demostrado, por ejemplo, en el supuesto de la agresión y los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos por la Federación de Rusia contra y en Ucrania. En este asunto la Federación de Rusia no ha cumplido las medidas provisionales dictadas por la CIJ como respuesta a la demanda presentada por Ucrania contra el Estado agresor, y ni siquiera ha comparecido en el procedimiento ante el Tribunal de La Haya⁹⁸. Mientras que en los supuestos del conflicto del Sahara Oc-

⁹⁷ A/74/10, pp. 10 y ss. «Artículo 15. Solución de controversias. 1. Los Estados procurarán solucionar mediante negociaciones las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos. 2. Toda controversia entre dos o más Estados acerca de la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos que no se solucione mediante negociación se someterá, a solicitud de cualquiera de ellos, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que esos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje. 3. Todo Estado podrá declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo. Los demás Estados no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo respecto de ningún Estado que haya hecho tal declaración. 4. Todo Estado que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del presente proyecto de artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento».

⁹⁸ El 16 de marzo de 2022, la CIJ aprobó una providencia con la que decide las medidas cautelares solicitadas por Ucrania en su demanda contra la Federación de Rusia presentada el 26 de febrero de 2022, de conformidad con el art. III del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948 (BOE, de 8 de febrero de 1969). En esta demanda se alega que la Fede-

cidental que se prolonga desde finales de 1975 hasta la actualidad y de los conflictos que se suceden en Siria durante la última década, tales procedimientos de solución de controversias no han podido ser aplicados. De conformidad con el principio de libre elección de medios de solución de controversias, resulta una quimera que los actuales gobiernos de Marruecos y de Siria estén dispuestos a aceptar la competencia de un tribunal internacional como puede ser la CIJ, ni ningún otro procedimiento ante un órgano con capacidad para decidir una solución vinculante para las partes. A buen seguro, las autoridades de ambos Estados deben ser conscientes de que no tienen el DI de su parte, y no tienen ningún interés en que un tribunal internacional les confirme con meridiana claridad que están al frente de sendos Estados responsables internacionalmente por la vulneración grave de normas imperativas de DI.

A este respecto, resulta recurrente citar que sólo 73 de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas han realizado la Declaración prevista en el art. 36.2 del Estatuto de la CIJ, con la que aceptan como obligatoria la jurisdicción de este tribunal respecto de las controversias que surjan con otros Estados que también hayan formulado la misma declaración⁹⁹. Entre ellos, solamente uno de los cinco miembros permanentes, Reino Unido, que realizó la declaración el 22 de febrero de 2017, acompañada de algunas exclusiones¹⁰⁰. Así las cosas,

ración de Rusia no puede invadir su territorio con la justificación de que Ucrania ha cometido actos de genocidio en Luhansk y Donetsk; se trata de una falsa justificación que no tiene ninguna base legal en la Convención de 1948; y se solicita que la Federación de Rusia ponga fin al uso de la fuerza contra Ucrania, dé garantías y seguridades de no repetición y repare todo el daño causado. Según la CIJ, la Federación de Rusia debe cesar inmediatamente las operaciones militares iniciadas en territorio de Ucrania el 24 de febrero; asimismo, la Federación de Rusia debe asegurar que cualquier unidad armada, militar o irregular, o cualquier organización o persona, bajo su control o dirección, no lleve a cabo operaciones militares en territorio de Ucrania; además, tanto la Federación de Rusia como Ucrania, se deben abstener de cualquier actuación que pueda agravar la controversia o hacer más difícil su solución: *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Order 16 march 2022: <https://www.icj-cij.org/en/case/182/provisional-measures>. En la doctrina, véase GARRIDO MUÑOZ, A., «Al filo de su competencia *rationae materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022, 77-104.

⁹⁹ <https://www.icj-cij.org/en/declarations>.

¹⁰⁰ Entre ellas, se excluye «any claim or dispute that arises from or is connected with or related to nuclear disarmament and/or nuclear weapons, unless all of the other nuclear-weapon States Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons have also consented to the jurisdiction of the Court and are party to the proceedings in question»: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb>.

de lege ferenda puede defenderse que las controversias relativas a la violación grave de normas imperativas sean resueltas ante la CIJ u otra instancia de solución de controversias con capacidad para imponer medidas cautelares y decisiones vinculantes para las partes. Pero se debe reconocer que, a día de hoy, una mayoría de Estados y entre ellos casi todas las grandes potencias, prefieren aplicar a su antojo el principio de la libre elección de medios de solución de controversias recogido en el art. 33 de la Carta de Naciones Unidas, incluso en el supuesto de las controversias que versen sobre la vulneración grave de las normas de *ius cogens* del ordenamiento internacional.

VII. SOBRE LA LABOR DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

A la vista de la propuesta aprobada por la CDI con su Proyecto de 2022, con carácter general se debe destacar la importancia que presenta que, a principios de la tercera década del tercer milenio, 53 años después de la adopción del Convenio de Viena de 1969, un órgano técnico, como la CDI, que depende de la AG, reconozca y declare formalmente, con su Proyecto de 2022, que en el Derecho Internacional contemporáneo están vigentes normas imperativas. Normas que recogen y protegen valores fundamentales de este ordenamiento jurídico, y cuya existencia presenta una serie de consecuencias, de considerable relevancia, tanto en los procesos de formación de normas, como en los de aplicación de normas, en el terreno de la responsabilidad internacional del Estado. Ello, desde luego, merece una valoración positiva¹⁰¹.

Si bien, la aprobación del Proyecto de conclusiones de 2022 confirma, una vez más, la tendencia que mantiene la CDI a llevar a cabo su labor sin que el resultado de la misma tenga como objetivo final la adopción de un tratado internacional. El órgano codificador ha aplicado este mismo enfoque en otros temas; lo que le ha permitido la aprobación en segunda lectura de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, de 2006¹⁰²; de la Guía de la práctica

¹⁰¹ Cfr. GALVAO TELES, P., «Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*) and the Fundamental Values of the International Community», en TLADI, D., *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, 44-67, pp. 66-67; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *De la alargada sombra...*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰² A/61/10, pp. 327 y ss.

sobre las reservas a los Tratados, de 2011¹⁰³; del Proyecto de conclusiones sobre la identificación del DI consuetudinario, de 2018¹⁰⁴; del Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, de 2018¹⁰⁵; del Proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera, de 2021¹⁰⁶; de la Guía para la aplicación provisional de los tratados, de 2021¹⁰⁷; y del Proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, de 2022¹⁰⁸.

Además, durante las dos últimas décadas otros trabajos de la CDI que han terminado con un proyecto de artículos, tampoco han sido tenidos en cuenta por los Estados para la adopción de un nuevo tratado internacional. Así ha ocurrido hasta la fecha con el citado Proyecto de 2001; con el Proyecto de artículos sobre protección diplomática, de 2006¹⁰⁹; con el Proyecto de artículos relativos a los efectos de los conflictos armados en los tratados, de 2011¹¹⁰; con el Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, de 2016¹¹¹; y con el Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, de 2019¹¹².

A este respecto, *de lege ferenda* se puede defender la conveniencia y más bien la necesidad de que el Proyecto de 2001 se convierta en un tratado internacional, en el que se incluya un mecanismo de solución de controversias, basado en el recurso a un tercero con capacidad para dictar medidas provisionales y una decisión relativa a la solución de la controversia con carácter vinculante para las partes. Un tratado sobre responsabilidad internacional del Estado sin duda contribuiría a la vigencia y consolidación del imperio del derecho en las relaciones internacionales; objetivo este del que sin duda está muy necesitado un ordenamiento jurídico esencialmente descentralizado e interestatal como es el DI contemporáneo. Más aún en el ámbito de las controversias relativas a la vulneración grave de las normas imperativas; normas

¹⁰³ A/66/10, pp. 13 y ss.

¹⁰⁴ A/73/10, pp. 126 y ss.

¹⁰⁵ A/73/10, pp. 11 y ss.

¹⁰⁶ A/76/10, pp. 10 y ss.

¹⁰⁷ A/76/10, pp. 56 y ss.

¹⁰⁸ A/77/10, pp. 97 y ss.

¹⁰⁹ A/61/10, pp. 15 y ss.

¹¹⁰ A/66/10, pp. 186 y ss.

¹¹¹ A/71/10, pp. 12 y ss.

¹¹² A/74/10, pp. 10 y ss.

con las que se reconocen y protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional¹¹³.

Pero han transcurrido 21 años desde la aprobación del Proyecto de 2001, y nada indica que una mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas estén dispuestos a apoyarse en los trabajos de la CDI para adoptar un tratado internacional que regule por escrito nada menos que las normas secundarias y terciarias del ordenamiento internacional. Durante las dos últimas décadas, la AG se ha limitado a «tomar nota», por consenso, del Proyecto de 2001 y no ha decidido convocar una conferencia codificadora en la que se discutiría la adopción de un tratado internacional a partir de las soluciones del Proyecto de 2001, ni se aprecian perspectivas de que tal cosa vaya a ocurrir¹¹⁴.

Con relación a todos estos proyectos elaborados por el órgano codificador, tanto los proyectos que no aspiran a convertirse en un tratado internacional, como los que sí pretenden conseguir este objetivo, pero hasta la fecha la AG ha hecho caso omiso a la propuesta del órgano codificador; el impacto

¹¹³ Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

¹¹⁴ En la antepenúltima de las Resoluciones citadas en nota *supra* 18, la 71/133, de 13 de diciembre de 2016, la AG solicita al Secretario General (SG) que invite a los gobiernos a presentar sus observaciones por escrito sobre cualquier medida futura relacionada con los artículos. A 21 de junio de 2019, el SG había recibido observaciones por escrito de solamente 6 Estados; de los cuales, únicamente 3 (Austria, El Salvador y Portugal) se mostraron claramente partidarios de convocar una conferencia de plenipotenciarios para debatir la adopción de un tratado que regule la responsabilidad internacional del Estado. En opinión de Portugal, «Dieciocho años después de la introducción de este tema en el programa, debemos reconocer que el debate ha quedado estancado y atrapado entre dos posiciones opuestas, cada una de ellas representada por un grupo de Estados: una que considera que este es el momento para empezar a avanzar hacia una convención, y la otra que estima que la negociación de una convención podría, de alguna manera, obrar en desmedro de la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema y que los artículos deberían permanecer en su forma actual. Cabe señalar que un número considerable de Estados no ha intervenido en el debate. Por lo tanto, a menos que se añadan nuevos elementos al debate, hay poca o ninguna posibilidad de que en el próximo período de sesiones de la Asamblea General se pueda avanzar en cuanto a este tema». Vaticinio que se ha cumplido, a pesar de que como también recordaba Portugal, la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos fue uno de los primeros temas que se inscribieron en el programa de la CDI, en 1948; por tanto, hace 74 años: A/74/156, p. 4. La AG reiteró su solicitud mediante la Resolución 74/180, de 2019, que hasta el 1 de junio de 2022 fue respondida por cinco Estados; dos de los cuales se mostraron a favor de celebrar una conferencia codificadora (Austria y El Salvador), y uno en contra (Chequia); y otros dos, Iraq y Reino Unido presentaron información sobre la práctica relativa a este sector de normas, sin pronunciarse sobre el futuro de la codificación: A/77/198. La creación de un Grupo de trabajo en la Sexta Comisión en su sesión de 2022 dedicado a este tema, tampoco ha permitido adoptar una decisión a este respecto: el informe del Grupo de trabajo, presidido por Vinícius Trindade (Brasil), se puede consultar en https://www.un.org/en/ga/sixth/77/pdfs/statements/resp_of_states/35mtg_wg.pdf.

de los trabajos de la CDI se debe medir en proporción a la importancia que les den los operadores del Derecho Internacional (Gobiernos de los Estados, órganos de organizaciones internacionales, tribunales internacionales, tribunales internos...). Les corresponde a los operadores del DI decidir si se tienen en cuenta o no las soluciones normativas que se incluyen en los proyectos de la CDI, porque se considera que son expresión del DI en vigor¹¹⁵. Además, también deben decidir, sobre todo por lo que respecta a los principales protagonistas en los procesos nomogenéticos del DI –los Estados–, si las propuestas que se ofrecen en los proyectos de la CDI deben ser defendidas como *lege ferenda*, en los procesos de formación y cambio de normas que se dan en seno del ordenamiento internacional. De hecho, durante las dos últimas décadas las disposiciones del Proyecto de 2001 han sido citadas en un buen número de decisiones de tribunales internacionales e internos, como expresión del DI consuetudinario que han aplicado para resolver las controversias que se les han sometido. Pero en muy pocas ocasiones se han referido al art. 41¹¹⁶. Ade-

¹¹⁵ Se puede traer a colación, como ejemplo reciente de la práctica internacional, la adopción del Reglamento (UE) 2021/167 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de febrero de 2021, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 654/2014 sobre el ejercicio de los derechos de la Unión para aplicar y hacer cumplir las normas comerciales internacionales (*DO L 49*, 12 de febrero de 2021). Con esta normativa se prevén las medidas de política comercial (derechos de aduana, restricciones cuantitativas sobre las importaciones o exportaciones...) que puede aplicar la UE contra otro Estado que participe con la UE en un acuerdo comercial y que se aproveche del bloqueo de los mecanismos de solución de controversias (como ocurre con el establecido en el seno de la Organización Mundial del Comercio, a causa del veto estadounidense al nombramiento de los miembros del Órgano de Apelación). El mismo día que se publica en el *DO* este Reglamento, en la serie C se publica una «Declaración de la Comisión sobre el cumplimiento del Derecho internacional», en la que se puede leer que: «Al adoptar actos de ejecución de conformidad con el artículo 3, letra a bis), del Reglamento, la Comisión actuará de conformidad con los requisitos del Derecho internacional sobre las contramedidas, codificados en los artículos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional acerca de la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos». En concreto, el citado art. 3 a bis) prevé que se dé el siguiente supuesto: «tras la circulación de un informe de un grupo especial de la OMC que estime, en todo o en parte, las reclamaciones presentadas por la Unión, cuando el recurso interpuesto con arreglo al artículo 17 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC no pueda ser completado y el tercer país no haya aceptado un arbitraje provisional con arreglo al artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC». En la doctrina se puede consultar LÓPEZ JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., «La legalidad de las medidas de política comercial del Reglamento (UE) 2021/167 a la luz del Derecho de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, 1-27.

¹¹⁶ Véase el ya citado Informe del Secretario General, «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales», A/77/74, de 29 de abril de 2022; y con anterioridad sus Informes A/62/62 y A/62/62/Add.1; A/65/76; A/68/72, y A/71/80 y A/71/80/Add.1; y A/74/83. Al final del Informe A/77/74 se ofrece un cuadro resumen del número de veces que cada una de las disposiciones del Proyecto

más, las decisiones de tribunales internacionales en las que se cita el art. 41, se apoyan en esta disposición fundamentalmente para afirmar la vigencia de la obligación de no reconocimiento¹¹⁷; o para realizar consideraciones de carácter general¹¹⁸. Si bien, en esta lista no se incluyen las tantas veces citadas opi-

de 2001 ha sido citada por cada uno de los tribunales internacionales que se han apoyado en los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. En concreto, según esta información durante el período 2001-2022, el art. 41 del proyecto de 2001 ha sido citado en cuatro decisiones de tribunales internacionales y 19 documentos presentados ante tribunales internacionales. Desde luego, otras disposiciones del Proyecto de 2001 han sido citadas con más frecuencia; como es el caso del art. 31 del Proyecto de 2001 –reparación–, citado en un total de 90 decisiones de tribunales internacionales. Por ejemplo, se puede destacar la frecuencia con la que los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI, han hecho uso de las disposiciones del Proyecto de 2001 relativas a la reparación del hecho ilícito o a las circunstancias que excluyen la ilicitud. En este sentido, el art. 39 del Proyecto de 2001 fue aplicado para establecer la indemnización a cargo de Egipto y en favor de la compañía española Unión Fenosa, por parte del tribunal arbitral que, en el marco del CIADI, dictó el laudo de 31 de agosto de 2018 en el *Caso Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*. En este caso, el tribunal arbitral llega a la conclusión de que la decisión de no suministrar gas a la Planta Damietta, propiedad de la citada empresa española, por parte de las autoridades egipcias, supone la vulneración del Acuerdo para la protección y el fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, de 1992 (BOE n.º 155, de 30 de junio de 1994). Por lo que este último Estado debe indemnizar a la mencionada empresa con un total de 2013 millones de dólares. Para calcular este monto, el tribunal arbitral tiene en cuenta, entre otras cuestiones, que, ante la decisión de no suministrar gas tomada por las autoridades egipcias, la empresa optó por comprar gas a su propia empresa matriz ENI y a otras empresas filiales del mismo grupo, para obtener así unos mejores precios y poder seguir operando; sin que se aprecie conducta negligente por parte de la empresa española que haya podido contribuir al perjuicio sufrido por esta: párs. 10.124 y ss.: <https://www.italaw.com/cases/2456>.

¹¹⁷ En concreto, se trata de la Decisión de la Corte Penal Internacional en la causa *Fiscalía (a solicitud de las víctimas) c. Bosco Ntaganda*, de 4 de enero de 2017, en la que se refiere a la vigencia de la obligación de no reconocimiento: pár. 53 (A/74/83, p. 44); y de la Decisión sobre excepciones preliminares del Tribunal Arbitral en la *Controversia relativa a los derechos de los Estados ribereños en el mar Negro, el mar de Azov y el estrecho de Kerch (Ucrania c. Federación de Rusia)*, de 21 de febrero de 2020, en la que también se afirma la obligación de no reconocimiento: pár. 170 (A/77/74, p. 40). Con anterioridad, en su Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el *Caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la CIJ mantiene que: «El hecho de reconocer la inmunidad de un Estado extranjero conforme al derecho internacional consuetudinario no equivalía a reconocer como lícita una situación creada por la violación de una norma de *jus cogens* ni a prestar ayuda ni asistencia al mantenimiento de esa situación y por ello no podría contravenir el principio del artículo 41 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado»: pár. 93 (A/68/72, p. 39).

¹¹⁸ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su *Opinión Consultiva sobre la denuncia de la Convención Arbericana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*, de 9 de noviembre de 2020, cita los arts. 40, 41 y 48, para afirmar que las obligaciones del art. 40, «dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales»: pár. 103-104 (A/77/74, p. 40).

niones consultivas de 2004 y 2019 que, no se debe olvidar, carecen de fuerza vinculante según el Estatuto de la CIJ.

De modo que, como balance de los resultados obtenidos con la aprobación del Proyecto de 2001 –y también, aunque muy provisionalmente, del Proyecto de 2022–, se puede considerar que la CDI trata de codificar y desarrollar progresivamente el DI consuetudinario en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado por vulneración grave de normas imperativas, desde una óptica que se ajusta a la naturaleza más indeterminada, pero al mismo tiempo más flexible, que caracteriza a las normas consuetudinarias de este ordenamiento. En comparación con las normas convencionales, que ofrecen más seguridad jurídica, pero también más rigidez y menor capacidad de adaptación en los procesos de formación y cambio normativo, lo que dificulta su desarrollo progresivo¹¹⁹.

Aunque en el marco de un ordenamiento esencialmente descentralizado e interestatal, pueden darse situaciones en las que sólo una delgada línea roja separe la codificación del DI consuetudinario en vigor, de las propuestas de modificación o, si se quiere, de desarrollo progresivo de las normas del DI. A este respecto, en su Quinto y último informe el Ponente trató de explicar la naturaleza jurídica de la labor de la CDI con relación al Proyecto de 2022, teniendo en cuenta las opiniones de los Estados. El Ponente consideró adecuada la expresión «codificación por interpretación» planteada por España, y también la de «codificación expositiva» defendida por Italia; y sostuvo que, con algunas excepciones –que no concretó–, con el Proyecto de 2022 «la intención es formular el estado actual del derecho internacional»¹²⁰. Como se ha puesto de manifiesto en los anteriores epígrafes, en alguna medida las propuestas sobre las «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa del Proyecto de 2022, se sitúan en una zona gris, de cierta incertidumbre o indeterminación jurídica, en la que la *lege data* y la *lege ferenda* se encuentran en permanente interacción.

De hecho, en los debates en la Sexta Comisión sobre el Proyecto de 2022, algunos Estados, entre ellos la mayor parte de las grandes potencias, criticaron las soluciones que propone la CDI con relación a las «consecuencias particulares» de la vulneración grave de una norma imperativa, y manifes-

¹¹⁹ En opinión de WOLFRUM, R., *Solidarity and Community Interests: Driving Forces for the Interpretation and Development of International Law*, The Hague Academy of International Law, La Haya, 2021, p. 166: «The most important aspect, though, is that development of customary international law is more flexible than the development of treaty law. Both aspects render it more open to the progressive development of international law»; y pp. 165 y ss.

¹²⁰ TLADI, D., «Quinto informe...», *op. cit.*, p. 13.

taron su oposición a dicho Proyecto¹²¹. Mientras que otro grupo de Estados valoró positivamente y en términos generales la labor realizada por la CDI con la aprobación del Proyecto de 2022¹²². Ante esta falta de consenso, no es de extrañar que la AG decida seguir examinando en su próximo período de sesiones la labor de la CDI que ha permitido la conclusión del Proyecto de 2022, sin ninguna otra indicación o valoración y en el marco de la Resolución con la que se manifiesta la recepción con carácter general de los trabajos de la CDI. Por tanto, el Proyecto de 2022 ha pasado sin pena ni gloria por la AG¹²³. Como prueba de ello, se puede traer a colación que en esta misma sesión el órgano plenario de Naciones Unidas ha prestado algo más de atención a otros resultados de la labor de la CDI, como es el caso del mencionado Proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, también aprobado por el órgano codificador en 2022¹²⁴.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES: LA NECESARIA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

Como se ha comprobado, tanto en el Proyecto de 2011 como en el Proyecto de 2022, la CDI se ha mostrado bastante conservadora en su propuesta sobre las consecuencias que se derivan de la violación grave de una norma

¹²¹ Véanse las intervenciones de Estados Unidos, Federación de Rusia, Reino Unido, Israel y Francia («La France souhaite à cet égard insister sur le fait que les travaux de la Commission doivent s'appuyer sur la pratique des États et non sur des approches abstraites du droit international»), en <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>.

¹²² Véanse las intervenciones de Alemania, Argentina, Armenia, España, Bulgaria, Camerún, Chipre, Croacia, Líbano, Nueva Zelanda, Corea, Países Bajos, Filipinas, Austria, India, México, Brasil, Hungría, Polonia, Portugal, Perú, Sierra Leona, Suiza, Sudáfrica, República Checa, Colombia, Brasil, India, Italia, Irlanda, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Rumanía, Tailandia, Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia y Noruega), Jordania, Grecia, Irán..., en <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>.

¹²³ Pár. 3 de la Resolución 77/103, en el que la AG «Decide que el examen del capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 73er período de sesiones, relativo al tema 'Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)', continúe en el septuagésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, durante el examen del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 74º período de sesiones».

¹²⁴ Que ha sido objeto de una Resolución *ad hoc* de la AG, en la que por lo menos el órgano plenario «Toma nota también de los principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución, y de los comentarios que los acompañan, los señala a la atención de los Estados, las organizaciones internacionales y todos aquellos que puedan estar llamados a ocuparse del tema, y alienta a que se les dé la máxima difusión posible»: 77/104.

imperativa. El órgano codificador ha optado, de forma más o menos implícita, por dejar en manos de Naciones Unidas, y, sobre todo, en las de su C. de S., la decisión sobre las consecuencias sustantivas que, en cada caso concreto, configuran y dan contenido a este régimen más agravado de responsabilidad internacional¹²⁵. El órgano codificador así lo reconoce con bastante claridad en los comentarios que acompañan a los arts. 40 y 41 del Proyecto de 2001¹²⁶; y también, de forma más matizada, en sus comentarios a la Conclusión 19 del Proyecto de 2022¹²⁷.

¹²⁵ En el Proyecto de 2001 la CDI incluye, como cláusula de cierre, una disposición según la cual: «Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas». La CDI es bastante explícita en sus comentarios, cuando afirma que «... en el artículo 59 se establece que los artículos no pueden afectar a la Carta de las Naciones Unidas y deben entenderse sin perjuicio de la misma. Los artículos *deben interpretarse* en todos los aspectos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas»: A/56/10, p. 405; cursiva añadida. De hecho, en sus comentarios al Capítulo III de la Segunda Parte del Proyecto de 2001, la CDI cita con relativa frecuencia y sin justificar la selección de la práctica que realiza (asuntos de Irak, Sudáfrica, Rodesia y Namibia), supuestos en los que el C. de S. ha intervenido, con más o menos éxito, a la hora de aplicar el Capítulo VII de la Carta, decretando sanciones que no implican el uso de la fuerza, e incluso autorizando el uso de la fuerza, para conseguir el cese y la reparación del hecho ilícito, consistente en todos los casos en la violación grave de una norma imperativa de DI general. Para una valoración crítica de esta disposición y de los comentarios que la acompañan, cfr. HUESA VINAIXA, R., «El Derecho de la responsabilidad internacional y la Carta de las Naciones Unidas: consideraciones desde la perspectiva de las relaciones entre sistemas», *REDI*, vol. LIV, 2002 pp. 587-616, 592-595 y 603 y ss. Para una crítica de su predecesor, el art. 39 del Proyecto de 1996, *vid.* ARANGIO-RUIZ, G., «Article 39 of the ILC First-Reading Draft Articles on State Responsibility», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIII, 2000, pp. 747-769, 749-754.

¹²⁶ «El artículo 40 no define ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave. *Los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales*, ya se planteen en relación con el Capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo. Además, *es probable que las violaciones graves a que se refiere este Capítulo sean objeto de la atención de las organizaciones internacionales competentes, incluidos el Consejo de Seguridad y la Asamblea General*. En el caso de la agresión, la Carta atribuye una función específica al Consejo de Seguridad»: A/56/10, p. 309 (cursiva añadida). Además, en los comentarios al art. 41.1, en el que se regula el ya comentado deber de cooperación, la CDI reconoce de nuevo el importante papel que pueden cumplir las organizaciones internacionales en este ámbito, cuando advierte que tal cooperación «... podrá organizarse en el marco de una organización internacional competente, en particular las Naciones Unidas»; y que «... de hecho, esa cooperación, especialmente en el marco de organizaciones internacionales, ya existe en respuesta a las violaciones más graves del Derecho internacional y *es con frecuencia el único modo de aplicar un remedio eficaz*. El párrafo 1 trata de reforzar los mecanismos de cooperación existentes al exigir que todos los Estados respondan adecuadamente a las violaciones graves a que se hace referencia en el artículo 40»; *ibid.*, p. 310 (cursiva añadida).

¹²⁷ Como ya se ha citado con relación a la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas prevista en la Conclusión 19.1, según la CDI «aunque el Derecho internacional no prohíbe la adopción de medidas unilaterales para poner fin a la violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional general (*ius cogens*) si esas medidas unilaterales son compatibles con el Derecho internacional, el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19 se

No obstante, no se trata, ni mucho menos, de una solución ideal, si tenemos en cuenta las evidentes carencias que presenta la aplicación de normas a través de un órgano intergubernamental, de naturaleza política, como es el CS, al que la Carta de Naciones Unidas le permite una amplísima discrecionalidad en la aplicación del Capítulo VII. Desde luego, no supone una contribución al desarrollo progresivo del DI, ya que se limita a aceptar los mecanismos de aplicación de normas vigentes; mecanismos que en bastantes supuestos son totalmente inefectivos como consecuencia de la falta de consenso entre las grandes potencias, como así se demuestra en los supuestos de la invasión rusa de Ucrania, y de los conflictos de Siria y del Sahara Occidental. Para dar respuesta a tales carencias, la CDI hubiera tenido que corregir los aspectos más criticables del funcionamiento del CS (eliminar o al menos excluir en algunos supuestos el derecho de veto de los miembros permanentes...) ¹²⁸ y, asimismo, proponer la competencia obligatoria de la CIJ en esta materia. Por esta vía, a través de la consolidación de la estructura institucional, el régimen agravado de responsabilidad internacional sería gestionado por el embrión de una comunidad internacional representado por un órgano político, el CS, cuya actuación se vería condicionada, o al menos influida, jurídicamente por las decisiones de la CIJ. Pero se debe reconocer que la CDI no tiene competencias para hacer propuestas de modificación de la Carta de Naciones Unidas, ni ha pretendido asumirlas al aprobar el Proyecto de 2001, ni tampoco al aprobar el Proyecto de 2022 ¹²⁹.

centra en las medidas colectivas. En ello radica la esencia de la ‘cooperación’: A/77/10, p. 78; para a continuación añadir que «según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido»: *ibid.*, p. 79.

¹²⁸ Se puede recordar, a este respecto, la propuesta presentada en su día por el Gobierno francés, con la que se propugnaba la adopción de un «código de conducta» entre los Estados miembros permanentes del CS, con el que se comprometían a renunciar colectivamente a su derecho de veto en caso de «los crímenes masivos», sin necesidad de una reforma de la Carta de NU; propuesta que, como se evidencia en los tres asuntos de la práctica citados a lo largo de este trabajo, no ha llegado a buen puerto: GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M.J., «Sobre la propuesta francesa (2013) de reforma del derecho de veto en el Consejo de Seguridad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, 324-331.

¹²⁹ Hace ya alrededor de tres décadas, el entonces Ponente ARANGIO RUIZ defendió, sin ningún éxito, la siguiente propuesta dentro del régimen jurídico de las consecuencias que se derivan de la comisión de los, en aquel entonces, denominados crímenes internacionales: todos los Estados pueden adoptar contramedidas contra el Estado autor de un crimen internacional, si bien su aplicación debe llevarse a cabo de conformidad con el siguiente procedimiento. El Estado que considere que se ha cometido un crimen internacional deberá, en primer lugar, obtener el

En este sentido, aunque en sus comentarios a la Conclusión 19 del Proyecto de 2022 la CDI se muestra valiente al afirmar que el deber de cooperar para poner fin a la violación grave de una norma imperativa forma parte del DI contemporáneo; este deber no siempre, ni mucho menos, se ve confirmado en la práctica internacional de las dos últimas décadas. Más bien, el estudio de la práctica internacional demuestra que los Estados y los órganos de las organizaciones internacionales competentes, pueden hacer uso de la facultad –que no obligación– de cooperar para poner fin a una violación grave de una norma imperativa. Así se evidencia en los tres supuestos que se han citado a lo largo de esta contribución para contrastar las propuestas de la CDI con la práctica internacional; la invasión de Ucrania por Rusia, la devastadora sucesión de conflictos en Siria y la ocupación militar del Sahara Occidental por parte de Marruecos. Como se ha puesto de manifiesto también en las observaciones presentadas por los Estados y en los debates celebrados en la AG en estos últimos años con relación al Proyecto de la CDI. De todo ello se puede concluir que no existe un consenso entre los Estados sobre el contenido y alcance de la, según el órgano codificador, obligación de cooperar para poner fin¹³⁰.

pronunciamiento favorable de la AG (por mayoría de dos tercios de sus miembros) y/o del C. de S. (a través de una mayoría de 9 votos, incluyendo a los 5 miembros permanentes, pero en cuya votación se respetará la obligación de abstención por parte de los miembros directamente interesados). De este modo, con la intervención de la AG se podría evitar, siempre que exista claro está acuerdo en el seno del órgano plenario de NU, la inmunidad contra la atribución de la autoría de un crimen internacional de que disfrutan los miembros permanentes del C. de S. gracias al llamado derecho de veto. A continuación, cualquier Estado parte en la futura Convención sobre responsabilidad internacional del Estado podrá someter el asunto ante la CIJ, a fin de que esta decida mediante Sentencia si se ha cometido o se está cometiendo un crimen internacional. La decisión positiva de la CIJ facultará a cualquier Estado para que aplique contramedidas contra el Estado autor. No obstante, de esta condición de carácter procesal se excluyen las medidas provisionales de carácter urgente requeridas para proteger los derechos del Estado lesionado o limitar los daños causados por el crimen internacional: *vid.* ARANGIO RUIZ, G., *Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/469, pp. 28-50.

¹³⁰ En sus observaciones al Proyecto de 2019, Estados Unidos se manifestó de forma muy contundente: «El proyecto de conclusiones incluye numerosos elementos propuestos que constituyen un desarrollo progresivo del derecho. Varios de estos elementos, especialmente en los proyectos de conclusión 19 y 21, están redactados de manera que sugieren que reflejan obligaciones vinculantes para los Estados. Sin embargo, estas supuestas obligaciones no tienen ninguna base en el Derecho internacional consuetudinario ni en un acuerdo internacional»: *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos*, A/CN.4/748, de 13 de enero de 2022, pp. 11 y 103-105. Otros Estados también mantuvieron esta oposición a la propuesta de Conclusión 19 o al menos manifestaron sus dudas sobre su vigencia como DI consuetudinario, como Israel, Países Bajos y Reino Unido. Pero otros Estados defendieron su vigencia, como Chipre, España o Italia: *ibid.*, pp. 101 y ss. Asimismo, dicha opo-

En efecto, en un ordenamiento esencialmente descentralizado e interestatal, es muy difícil que una obligación de este alcance se vea claramente confirmada por la práctica internacional. A menos que los Estados se pongan de acuerdo para crear estructuras institucionales de aplicación de normas, basadas en el recurso obligatorio a un órgano de solución de controversias con capacidad para imponer decisiones cautelares o definitivas que sean vinculantes para las partes en la controversia relativa a la aplicación de una norma de *ius cogens*. Como así lo han acordado los 27 Estados miembros de la UE en el ámbito del Derecho de la Unión Europea¹³¹. Si bien, ello no ha impedido que en el contexto de la sucesión de crisis de todo signo por las que atraviesa

sición se mantuvo en sus intervenciones en la Sexta Comisión de la AG en su sesión de 2022; en concreto, en las de Brasil, Israel, Reino Unido, Federación de Rusia y Estados Unidos («... the provisions of draft conclusion 19 on consequences of *ius cogens* breaches on non-breaching States do not reflect customary international law. It is therefore inappropriate to suggest in this document, which will not be negotiated as a treaty, that such provisions are mandatory through use of the word ‘shall’»); mientras que otro grupo de Estados defendieron la vigencia como DI consuetudinario de la Conclusión 19, entre ellos Irlanda, Argentina, España, Chipre, Eslovenia, Sierra Leona, Perú, Suiza, Sudáfrica, Filipinas, Nueva Zelanda y los Estados nórdicos (Dinamarca, Islandia, Suecia, Noruega y Finlandia), para quienes: «The Nordic countries would like to highlight the significance of draft article 19, which lays out the particular consequences of serious breaches of peremptory norms. We agree with the Commission in that the obligation of States to cooperate by lawful means to bring to an end such breaches is a part of general international law. We also agree that paragraph 1 of draft conclusion 19 emphasizes collective measures. We find the negative obligations contained in paragraph 2 equally important and well settled in general international law»; <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>.

¹³¹ Así se explica que el Tribunal de Justicia afirme en su jurisprudencia que los Estados miembros no pueden justificar la inaplicación del Derecho de la Unión Europea a título de contramedida como respuesta a un previo incumplimiento de otro Estado miembro, ya que ello no es conforme con los Tratados constitutivos con los que se crea este subsistema regional de DI. En otros términos, los Estados miembros de la UE no se pueden tomar la justicia por su mano; en su caso, podrán presentar un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia o acudir al resto de vías legales que les permite este ordenamiento jurídico. Como afirmó ya en 1964 el Tribunal de Justicia: «... en efecto, el Tratado [de la CEE] no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula las facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación; que, en consecuencia, a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotutela jurídica; que el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Consejo no puede, por tanto, dispensar a los demandados del cumplimiento de sus obligaciones»: Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1964, *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*, 90/63 y 91/63: ECLI:EU:C:1964:80. No obstante esta jurisprudencia, en la doctrina se discute si el Derecho de la Unión Europea constituye un «Self-contained Regime»: véase inter alia, SIMMA, B. y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *The European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, 483-529, pp. 516-519.

el proceso de integración europea durante la última década, algunos Estados (Hungría, Polonia...) estén llevando actuaciones legislativas, judiciales y administrativas con las que ponen en peligro el respeto de los valores sobre los que se asienta la Unión Europea y más en particular el Estado de Derecho. Estas actuaciones hasta la fecha han recibido respuesta sobre todo por la vía judicial del Tribunal de Justicia; e incluso han propiciado un debate sobre la necesidad de que en los Tratados Constitutivos se regule la expulsión de un Estado miembro¹³². Ello demuestra que la Unión Europea no deja de ser, aún con importantes particularidades, un subsistema regional de DI.

La consolidación de la estructura institucional gracias al desarrollo del proceso de integración europea, también proyecta sus repercusiones en la acción exterior de la Unión Europea. Por ejemplo, se debe destacar que en los últimos años en este subsistema regional de DI se han producido desarrollos jurídicos de interés con relación al conflicto del Sahara Occidental. Como se ha insistido, de los tres ejemplos mencionados a lo largo de este trabajo, es el único en el que la Unión Europea no ha aplicado el art. 215 del TFUE. Pero a pesar de la postura mantenida por los Gobiernos de los Estados miembros en el Consejo, la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea ha reiterado que, como dictaminó la CIJ en 1975, el Sahara Occidental es un territorio no autónomo pendiente de descolonizar, que no pertenece a Marruecos, y que además el pueblo saharauí está representando por el Frente Polisario y este tiene legitimidad para presentar un recurso de anulación ante los tribunales de la EU. Por todo ello, el Tribunal General ha negado que la Unión Europea pueda celebrar acuerdos internacionales con Marruecos, ya sean comerciales o de pesca, que sean de aplicación al Sahara Occidental, sin contar con el consentimiento del pueblo saharauí¹³³.

¹³² Para la abundante bibliografía que se ha publicado sobre este tema, véase, *inter alia*, CERVELL HORTAL, M.J., *Una unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la UE*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 81 y ss. con relación a la actuación del Tribunal de Justicia contra los dos citados Estados miembros de la Unión Europea, y la bibliografía que cita la autora. Además, recientemente se debe destacar la adopción de la Decisión de ejecución (UE) 2022/2506 del Consejo, de 15 de diciembre de 2022, sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión frente a la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría: *DO L* 325, 20.12.2022.

¹³³ Sentencias del Tribunal General, de 29 de septiembre de 2021, *Frente Polisario c. Consejo*, T-344/19 y T-356/19, ECLI:EU:T:2021:640; y *Frente Polisario c. Consejo*, T-279/19, ECLI:EU:T:2021:639. Ambas Sentencias han sido objeto de sendos recursos de casación presentados, respectivamente, por la Comisión Europea y el Consejo ante el Tribunal de Justicia. En estos recursos, entre otros motivos, se impugna que el Frente Polisario esté afectado directa

Con esta jurisprudencia se confirma, aunque sea de una forma más bien implícita o indirecta –ya que se deja de lado cualquier referencia expresa al Derecho de la responsabilidad internacional del Estado– y la vigencia de las «obligaciones de solidaridad» con relación a la vulneración grave de normas imperativas por parte de Marruecos. Al menos la obligación de no reconocimiento y la obligación de no prestar ayuda o asistencia a Marruecos para que se anexe el Sahara Occidental; mediante la celebración por la Unión Europea de acuerdos internacionales con Marruecos, la potencia ocupante, que faciliten la explotación de los recursos naturales del Sahara Occidental sin contar con el consentimiento del pueblo saharauí representado por el Frente Polisario¹³⁴.

Pero en el ámbito universal o en otros ámbitos regionales o subregionales, parece inalcanzable un acuerdo general o consenso con el que se consolide la estructura institucional siguiendo el modelo de la Unión Europea, dada la heterogeneidad de los intereses en presencia entre los Estados que forman la sociedad internacional contemporánea. Esta heterogeneidad por supuesto tiene su reflejo en el ámbito institucional con vocación universal que representa Naciones Unidas. Como así lo ha demostrado recientemente la falta de capacidad de esta organización universal para garantizar una respuesta efectiva

e individualmente por los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y Marruecos aplicables al Sahara Occidental, y, por tanto, pueda presentar un recurso de anulación contra la Decisión de conclusión de tales acuerdos, como ha mantenido el Tribunal General en sus citadas Sentencias: C-778/21 P y C-798 P (acuerdo de pesca), y C-779/21 P y 799/21 P (acuerdo comercial).

¹³⁴ FERRER LLORET, J., «Morocco, occupying power of Western Sahara...», *loc. cit.*, pp. 243-244. Se debe citar a este respecto que en las Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, de 10 de enero de 2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, ECLI:EU:C:2018:1, se afirma lo siguiente: «Además, mediante los actos impugnados, la Unión prestó ayuda y asistencia para el mantenimiento de la situación ilegal resultante de la vulneración del derecho del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación. Esta ayuda adopta la forma de beneficios económicos (en particular, la contrapartida financiera) conferidos al Reino de Marruecos por el Acuerdo de pesca y el Protocolo de 2013... Dado que la afirmación de soberanía marroquí en el Sáhara Occidental resulta de una vulneración del derecho del pueblo de dicho territorio a la libre determinación..., la Unión ha incumplido su obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la vulneración del derecho del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación por parte el Reino de Marruecos, así como de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación... Por ello, en la medida en que se aplican al territorio del Sáhara Occidental y a las aguas adyacentes, el Acuerdo de pesca y el Protocolo de 2013 son incompatibles con los artículos 3 TUE, apartado 5, 21 TUE, apartados 1, párrafo primero, y 2, letras b) y c), 23 TUE y 205 TFUE, que imponen a la Unión la obligación de que su acción exterior proteja los derechos humanos y respete estrictamente el Derecho internacional»: párs. 211-212.

frente a la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania; y con anterioridad, por hacer referencia sólo a los ejemplos ya mencionados, como así se ha evidenciado en los conflictos del Sahara Occidental y de Siria.

Mientras no se dé esta evolución hacia la institucionalización del ordenamiento internacional, será muy difícil que se concrete el contenido y alcance de la obligación de cooperar para poner fin a la violación grave de una norma imperativa. Tanto en el ámbito institucional representado por los órganos políticos de Naciones Unidas, la AG y sobre todo el CS; como en el ámbito relacional, en el que el protagonismo de las grandes potencias todavía se hace más evidente. Desde luego, a la luz de la práctica internacional de las últimas décadas, predecir cuáles son las medidas que se deben adoptar para cumplir esa obligación de cooperar para poner fin a la violación grave de una norma imperativa, puede resultar una tarea muy ardua. Esta misma afirmación se puede hacer con relación a la obligación de no asistencia o ayuda. Así se explica la incertidumbre que se mantiene en los Proyectos de 2001 y 2022 –aunque en cierta menor medida en este último, si se tiene en cuenta que en los comentarios la CDI se atreve a citar en nota a pie el art. 215 del TFUE, y a defender con carácter general la aplicación de ese deber en las organizaciones internacionales competentes–, con relación a la aplicación de «medidas lícitas» por «Estados distintos del Estado lesionado»¹³⁵. Como señaló el representante de Polonia en su intervención en la Sexta Comisión de la AG en su sesión de 2022,

«... we consider that peremptory norms of general international law are of fundamental importance to the international legal order. It is for these reasons that in discussions of ILC reports since 2014, Poland has urged the Commission to pursue the issue of specific consequences for serious breaches of peremptory norms of general international law. Because we have directly witnessed serious and continuing violations in Eastern Europe

¹³⁵ Como ya se ha insistido, esta incertidumbre podría estar aclarada en el caso de las violaciones graves de normas imperativas, en favor de la licitud de la aplicación de contramedidas en tales casos. Interpretación que viene siendo defendida por GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001, 11-48, pp. 36-39, con el añadido de que a su entender el art. 41.1. no sólo permite aplicar contramedidas por los «Estados distintos del Estado lesionado», a pesar de que el art. 54 deja en el aire tal posibilidad, sino que además, según el tenor literal del art. 41.1., tales Estados estarían obligados a aplicar contramedidas: *ibid.*, pp. 38-39; y del mismo autor, GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss., en las que plantea la necesaria adopción de contramedidas descentralizadas como respuesta a vulneraciones graves de los derechos humanos, en supuestos en los que no actúe el Consejo de Seguridad, en el contexto del debate sobre la llamada «responsabilidad de proteger».

since 2014 of an obligation arising under peremptory norms of general international law, we held and still hold the view that more detailed standars in the respect need to be developed. Thus, we regret that on this particular issue, the ILC Conclusions only reproduce appropriate provisions from the 2001 ILC Articles on the responsibility of States, without any further elaboration. The customary rules contained in Conclusion 19 are still very broad. Unfortunately, the Commission has missed an opportunity to explain how a State's obligation should be implemented, among other things with respect to its conduct within international organisations»¹³⁶.

Aún con todas estas limitaciones, falta por comprobar si, *mutatis mutandis* al igual que el Proyecto de 2001, el Proyecto de 2022 también será citado por los operadores jurídicos y, sobre todo, por la jurisprudencia internacional, como apoyo básico para interpretar y aplicar el DI consuetudinario en vigor¹³⁷. Si ello ocurre, se podrá calibrar con más precisión si el Proyecto de 2022 ofrece alguna aportación a la codificación y, en su caso, al desarrollo progresivo del DI, con relación a las denominadas «consecuencias particulares» de la violación grave de una norma imperativa. Las dos funciones que de conformidad con su Estatuto le corresponden a la CDI, y que contra viento y marea trata de cumplir durante estas últimas décadas. A pesar de que parte de los destinatarios de sus trabajos –entre ellos los miembros permanentes del CS y otras potencias regionales–, no parecen en absoluto dispuestos a aceptar que en el ordenamiento internacional contemporáneo está vigente un régimen agravado de responsabilidad internacional del Estado por la vulneración grave de las normas imperativas¹³⁸, con el que se pretende dar protección a los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional y con el que en última instancia y con carácter general se propugna consolidar el imperio del derecho (*rule of law*) en las relaciones in-

¹³⁶ <https://www.un.org/en/ga/sixth/77/summaries.shtml>. En opinión de Camerún, «il serait souhaitable d'être plus précis afin que le devoir de coopération ne ressemble past au mythe de Sisyphe»; *ibid.*

¹³⁷ Como mantuvo Australia en sus observaciones al Proyecto de 2019, «Australia considera que es esencial que el proyecto de conclusiones y sus comentarios proporcionen orientación a los Estados, a los tribunales nacionales, a los tribunales internacionales y regionales y a otros actores, que pueden estar llamados a considerar la existencia de normas de *ius cogens* y sus consecuencias jurídicas»: *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos*, A/CN.4/748, de 13 de enero de 2022, p. 4.

¹³⁸ En este sentido, a la luz de la postura reacia al desarrollo progresivo del DI que en este ámbito mantiene este grupo de Estados en los debates en la Sexta Comisión, se ha dicho que «one can be cynical about this and lament that States will never push for the big jump forward, especially not when it comes to rules which might come back to bind them and require of them to offer reparation for their wrongs»: AUST, H.Ph., «Legal Consequences...», *loc. cit.*, pp. 254-255.

ternacionales¹³⁹. Más en particular, en los próximos años se podrá comprobar si la CIJ mantiene y además desarrolla y concreta la jurisprudencia que ha defendido, sobre todo en algunas de sus citadas opiniones consultivas, en el sentido de que, no obstante, la postura reacia que mantiene este grupo de Estados, se debe sostener que dicho régimen más agravado de responsabilidad es una realidad en el ordenamiento internacional en vigor¹⁴⁰.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANGIO-RUIZ, G., *Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/469.
 ARANGIO RUIZ, G., *Octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/476.
 AUST, H.Ph., «Legal Consequences of Serious Breaches of Peremptory Norms in the Law of State Responsibility», en TLADI, D. (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, 227-255.
 BARBER, R., «An Exploration of the General Assembly's Troubled Relationship with Unilateral Sanctions», *International and Comparative Law Quarterly*, 2021, 1-27.
 BOGDANOVA, I., *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights*, Brill, Leiden/Boston, 2022
 CASADO RAIGÓN, R., «Derecho dispositivo y derecho imperativo», en BENEYTO, J.M. y JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dirs.), *Concepto y fuentes del Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

¹³⁹ Según WOHLWEND, D., *The International Rule of Law. Scope, Subjects, Requirements*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, p. 147, la *rule of law* «... comprises two basic elements: that the government should rule by and be ruled by the law, and that the law must be capable of being obeyed and applied»; y pp. 149 y ss, en las que se aplican estos dos elementos a las características que presenta el DI como ordenamiento jurídico fundamentalmente descentralizado e interestatal. Por su parte, KOLB, R., *Théorie du Droit International*, Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 265 y ss., destaca que en el DI los procesos de formación y aplicación de normas se ven fuertemente condicionados por las relaciones políticas y de poder entre los Estados, como consecuencia del carácter esencialmente descentralizado e interestatal del ordenamiento internacional y de la ausencia de una autoridad universal que ejerza funciones de gobierno sobre los 193 Estados miembros de NU.

¹⁴⁰ Como señala REMIRO BROTONS, A., en su Recensión publicada en la *REDI*, vol. 74, 2022, p. 300, con relación a la jurisprudencia de la CIJ sobre el principio de la libre determinación de los pueblos, «es fácil advertir que la Corte se ha encontrado más cómoda al pronunciarse por la vía de las opiniones consultivas. Se trata de obtener un pronunciamiento al más alto nivel jurídico que respalde las iniciativas de los órganos políticos solicitantes. Las de 1971, 2004 y 2019 –no así las de 1975 y 2010– son especialmente valiosas, dentro de las limitaciones objetivas de esta vía, especialmente cuando ha de afrontarse el deber de reparar por la responsabilidad dimanante del hecho ilícito. Tratándose de la vía contenciosa, la Corte se ha despeñado mientras formulaba brindis al sol». Desde luego, por lo que se refiere a la jurisprudencia de la CIJ en otros ámbitos, el citado *Caso de la aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, es un buen ejemplo de ello.

- CERVELL HORTAL, M.J., *Una unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la UE*, Aranzadi, Navarra, 2022.
- CRAWFORD, J., *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/507.
- CRAWFORD, J., *Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/517.
- DOUHAN, A.F., «Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos», A/HRC/51/33.
- ELPHICK, R., y DUGARD, J., «*Jus Cogens and Compensation*», en TLADI, D. (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, pp. 413-440.
- FALEH PÉREZ, C., y VILLÁN DURÁN, C., «La situación de los derechos humanos en el Sahara ocupado», *Sahara Occidental. Cuarenta años construyendo resistencia*, Pregunta Ediciones, Zaragoza, 2016, 147-234.
- FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
- FERRER LLORET, J., «El Derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, 705-739.
- FERRER LLORET, J., «Las medidas restrictivas de la Unión Europea contra las violaciones graves de los derechos humanos en el Mediterráneo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 42, 2021, 1-39.
- FERRER LLORET, J., «Morocco, occupying power of Western Sahara: some notes about Spain's foreign legal policy, the role of the Spanish doctrine and the rule of law in international relations», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 26, 2022, 197-246.
- GALVAO TELES, P., «Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*) and the Fundamental Values of the International Community», en TLADI, D. (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens). Disquisitions and Disputations*, Brill, Leiden/Boston, 2021, 44-67.
- GARRIDO MUÑOZ, A., «Al filo de su competencia *rationae materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022, 77-104.
- GONZÁLEZ VEGA, J., «Pasado, presente... ¿y futuro? del respeto de los derechos humanos en el Sahara Occidental: apuntes desde España», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 250-272.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate: Los 'crímenes internacionales'», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, 2001, 11-48.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «¿*Quo vadis* responsabilidad? (del 'crimen internacional' a la 'violación grave de normas imperativas')», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. V, 2001, 383-564.

- GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marín, Murcia, 2005.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., *De la alargada sombra del ius cogens*, Comares, Granada, 2021.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M.J., «Sobre la propuesta francesa (2013) de reforma del derecho de veto en el Consejo de Seguridad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, 2014, 324-331.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Derecho Internacional (Corazón y funciones)*, Aranzadi, Navarra, 2022.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Reparaciones de guerra: la humanización e individualización de la reclamación. Algunas aproximaciones judiciales alternativas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, 2022, 271-298.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, AEPDIRI, Alicante, 1990, 17-109.
- KOLB, R., *Théorie du Droit International*, Bruylant, Bruxelles, 2022.
- LÓPEZ JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C., «La legalidad de las medidas de política comercial del Reglamento (UE) 2021/167 a la luz del Derecho de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, 1-27.
- REMIRO BROTONS, A., «Recensión», *REDI*, vol. 74, 2022, 299-300.
- RIPHAGEN, W., «Cuarto informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos)», A/CN.4/366 y Add.1.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Los enigmas del reconocimiento en la práctica contemporánea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 43 (2022), 1-46.
- SIMMA, B., y PULKOWSKI, D., «Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law», *The European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, 483-529.
- TLADI, D., «Quinto informe sobre las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*)», A/CN.4/747.
- VILLALPANDO, S., *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, PUF, Genève, 2005.
- WEATHERALL, T., *Duality of Responsibility in International Law. The Individual, the State, and International Crimes*, Leiden/Boston, 2022.
- WOHLWEND, D., *The International Rule of Law. Scope, Subjects, Requirements*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.
- WOLFRUM, R., *Solidarity and Community Interests: Driving Forces for the Interpretation and Development of International Law*, The Hague Academy of International Law, La Haya, 2021.

