

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL, ¿CRÍMENES DE ESTADOS Y/O DE INDIVIDUOS?

Luis PÉREZ-PRAT DURBÁN

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

Universidad Pablo de Olavide

I. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL, ¿MELANCOLÍA DE LO ESTATOCÉNTRICO?

A causa de la naturaleza multidisciplinar de estas jornadas sobre Responsabilidad y Derecho, pretendo abordar una doble tarea que me conduzca, en primer término, al esbozo, conciso de necesidad, de las líneas genéricas que marcan la evolución de la responsabilidad de los sujetos cuyas relaciones regula el Derecho Internacional. Asumo, con ello, una intención divulgadora que se revela, así lo creo, cada vez más imprescindible en el caso de este ordenamiento. Advierto, además, que mi análisis va a centrarse en el juego de lo que tradicionalmente se entiende por sujetos de Derecho Internacional (Estados y organizaciones internacionales); por lo tanto, de aquellos que pueden infringir sus reglas, sufrir lesión en sus derechos y actuar en consecuencia, esto es, reclamar internacionalmente para exigir la reparación debida por el infractor. Es por esto que no pretendo abrir la discusión a otras formas de subjetividad, a otros actores, utilizando la terminología propia de las relaciones internacionales, y a su potencial actuación en el marco de la responsabilidad internacional.

En segundo lugar, abordaré el análisis de una cuestión puntual, relativa en este caso a la responsabilidad internacional de los Estados, en concreto la regulación de la discutida figura del crimen internacional en el marco de la codificación que, de este sector normativo, está elaborando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) desde 1956. Recuérdese que, tal y como reza el artículo 19 del proyecto codificador elaborado por la CDI y que ahora está examinando en segunda lectura, después de aprobarlo en primera lectura el año 1996, consiste en la violación, por uno o más Estados, de obligaciones que salvaguardan intereses esenciales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto y cuya viola-

AFDUAM 4 (2000), pp. 205-247.

ción ha reconocido la propia comunidad internacional como crimen. Anticipo que no creo en la existencia de tal entelequia comunitarista, y mejor prueba que la mala salud de la regulación del crimen y su cuestionada existencia no puede haber. Si fuera pertinente, me sumaría al más descriptivo concepto de sociedad internacional pero, a los efectos de la presente argumentación, resulta obligada una reiterada mención a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, por llamado específico del proyecto de artículos. Pero su encarnadura material, a falta de órganos e instituciones internacionales que formen y vehiculen su voluntad, resulta más bien evanescente.

La novedad introducida en 1976, cuando se admitió el régimen doble de los delitos y los crímenes internacionales, implicaba distinguir entre la violación de obligaciones del tipo descrito, de manera abierta, en el artículo 19.2 del proyecto y de otras cuyo cumplimiento sólo interesaba a los Estados lesionados. Rompióse de este modo el tradicional bilateralismo del Derecho de la responsabilidad internacional. La actual puesta en cuestión del crimen internacional por ciertos miembros de la CDI, comenzando por el Relator especial, la animosidad que determinados Estados contra ella han sentido, constituye una buena piedra de toque de las encontradas concepciones que se sostienen sobre la responsabilidad internacional en su conjunto y sobre la voluntad de conformarse con la sistematización de las normas vigentes en el derecho consuetudinario formulándolas en un *corpus* ordenado y escrito; o, por otro lado, con el deseo de ir más allá, y hacer avanzar este sector del ordenamiento contribuyendo a su desarrollo progresivo, si es que esto es posible. Como relataré con posterioridad, no parece que estos tiempos finiseculares se abonen a la última de las opciones descritas. Además, o por lo dicho, la figura del crimen internacional ha pendido sobre el conjunto del esfuerzo codificador, colapsando sus posibilidades de éxito.

Mi interés por exponer los problemas que suscita actualmente, en el seno del proceso de codificación de la responsabilidad internacional que conduce la CDI, la admisión de una figura como la del crimen, ya admitida en 1976, radica, pues, en que la impugnación que ahora se pretende pone de manifiesto, como se ha dicho con acierto (1), el fracaso de la estructura comunitaria y el triunfo de la estructura relacional de la sociedad internacional en este ámbito. Eso sí, sólo, según entiendo yo y con el alcance que luego comentaré, en el más reducido ámbito de la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados. En efecto, el primer informe sobre responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de hechos ilícitos, debido a la labor del nuevo (desde 1997) Relator especial, el jurista australiano James Crawford, profesor de la Universidad de Cambridge, supone una fuerte apuesta a favor de la erradicación de la figura del crimen internacional, al menos de los actuales trabajos de la CDI. Pero las consecuencias que se extraen del debate sobre el crimen van mucho más allá de ese aspecto, más bien retórico, de asumir la rebaja (¿moral, ideológica?) de los tiempos que nos toca vivir. Como dije, la pervivencia de ese debate contamina, perturba el esfuerzo de la codifica-

(1) Así lo ha hecho, por partida doble, Jaume Ferrer Lloret, en sus dos recomendables monografías, *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, 1998, especialmente en las pp. 75-96; y *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Ed. Tecnos y Universidad de Alicante, Madrid, 1998, pp. 257-285.

ción de todo este sector normativo, pone en cuestión la misma naturaleza de la responsabilidad internacional, hace que nos interroguemos sobre si es civil, penal o simplemente internacional.

En un momento en el que los esfuerzos por avanzar en la persecución de los crímenes de lesa humanidad imputables a particulares, órganos del Estados o no, alcanzan insospechadas cumbres, bien sea por la constitución de tribunales penales internacionales concitados *ad hoc* (en la ex Yugoslavia y Ruanda) o con vocación de permanencia (el Tribunal penal internacional, cuyo Estatuto fue aprobado en la Conferencia de Roma, del 15 de junio al 17 de julio de 1998), bien mediante el ejercicio del principio de jurisdicción universal por tribunales internos, los derroteros que sigue la responsabilidad de los Estados se sitúan en el mundo de lo posible (léase, la codificación) para arrojar lastre, abandonar viejas e incómodas quimeras (léase, el desarrollo progresivo), sobre la base de que los Estados son incapaces de incurrir en crímenes. Triunfo, entonces, de la máxima *societas delinquere non potest*. En absoluto son ajenas las propuestas de Crawford a estos desarrollos de la responsabilidad penal que comentamos. Y tampoco al estado de hiperactividad y de ejercicio de *nuevas responsabilidades* en que incurrió el Consejo de Seguridad tras desperezarse de su letargo en agosto de 1990 y que luego, otra vez la emergencia de la estructura relacional (Chechenia mediante), ha abandonado con *elegante* discreción.

Pero, como decía, también he creído necesario, dada la índole del marco en el que tiene lugar mi intervención, dedicar algún esfuerzo a la exposición tópica de la responsabilidad en el Derecho Internacional. De tal sistema normativo, en su conjunto, se suele tener una visión parcial, las más de las veces por enrocada en una concepción estatalista y relacional de la sociedad internacional, sin que se atisben o ameriten los cambios que se han venido proyectando en las últimas décadas. En los análisis y exposiciones descriptivas que se realizan por la doctrina sobre la responsabilidad internacional priman los dedicados a los Estados.

Opción lógica, si se quiere, pero incompleta, aunque algunas razones de peso la justifican sobradamente: la abundantísima práctica estatal y jurisprudencial y, por si todo esto fuera poco, la innegable ayuda que representa que desde 1956 la CDI se esté dedicando a ello con enconado empeño, aunque escaso éxito (2); y, por supuesto, las concepciones predominantes hasta hace bien poco sobre el Derecho Internacional como un ordenamiento regulador en exclusiva de las relaciones entre los Estados. Tómese como ejemplo de ello la muy autorizada opinión de Prosper Weil (3), argumentada *in extenso* en el curso dictado en 1992 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, para quien las organizaciones internacionales son más ficción jurídica que realidad, pues constituyen el brazo secular de

(2) Como nos recuerda ALAIN PELLET, la emergencia de la responsabilidad internacional en la agenda de la codificación internacional se produjo mucho antes de que en 1949 lo inscribiera la CDI en el conjunto de temas que a ese efecto iba a abordar. Fue en 1930, en la Conferencia de codificación de la Sociedad de Naciones cuando hizo su primera aparición, aunque no se trabajó sobre ello por la falta de consenso entre los Estados; en A. PELLET, «Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États», en *AFDI*, 1996, p. 7.

(3) P. WEIL, «Le Droit International en quête de son identité. Cours général de droit international public», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (en adelante *R. des C.*), 1992, vol. 237, pp. 104-110.

los Estados que la componen y el instrumento de su acción. Dedicó el prestigioso internacionalista francés unas cuantas páginas al análisis de la acción de las Naciones Unidas en los recientes conflictos de la guerra del Golfo, Somalia y la antigua Yugoslavia para aseverar que detrás de las medias acciones de la organización universal se encuentran las voluntades de Estados Unidos, Rusia y los países europeos, y para concluir, por tanto, que

«rien de fondamental n'est en définitive changé à la nature profonde du système international. Le langage à la mode a certes évolué, l'habillage diplomatique-médiatique a certes changé, mais aujourd'hui comme hier ce sont fondamentalement les relations entre les Etats que le droit international cherche à régir et à civiliser. A cet effet l'ONU et les autres organisations internationales constituent des instruments commodes qui s'ajoutent à ces instruments traditionnels que sont, par exemple, les relations diplomatiques et consulaires. Cette évolution des méthodes et des techniques ne touche pourtant à rien de substantiel. Ce n'est décidément pas de ce côté qu'il faut chercher une quelconque crise d'identité du droit international: la permanence de fond prévaut à coup sûr ici encore sur les changements de surface» (4).

Discrepo de lo sostenido por el profesor francés, cuya tesis queda algo enturbiada, además, por los ejemplos escogidos para ilustrarla: la acción política de un órgano intergubernamental que resulta ser la expresión máxima de la distribución del poder estatal en la sociedad internacional, derecho de veto incluido. La rotundidad del diagnóstico de P. Weil impide, como mínimo, que en el panorama descrito encuentre acogida la Comunidad Europea. Piénsese, aunque sólo sea en la profusa práctica convencional de acuerdos comunitarios (ad. ex, los acuerdos de pesca), y, más aún, en la peculiaridad que arrastran, en el ámbito de la responsabilidad internacional, la celebración por la Comunidad y sus Estados miembros con un tercer Estado (o varios) de un acuerdo mixto (5). Reducir esta figura convencional, aportación novedosa del Derecho comunitario al Derecho Internacional, a una mera práctica de Estados es una excesiva simplificación que no puede sostenerse ni en el orden político ni en el jurídico, que desconoce tanto su alambicado proceso de celebración (desde la perspectiva comunitaria, con intervención de la Comisión y el Parlamento Europeo, órganos no controlados por los Estados miembros, además de la del Consejo —en donde, sí es cierto, sí se encuentran representados, pero en donde no siempre se adoptan los actos conforme a la regla de la unanimidad—) como los problemas que genera para la atribución de la responsabilidad internacional, al encontrarse escindida una parte del acuerdo, por mor del reparto competencial, entre una organización internacional y sus Estados miembros. Añadamos a ello la cada vez más profusa presencia de la Comunidad en los foros internacionales, en solitario o acompañada por sus Estados miembros: sirva de ejemplo, nada nimio, por otra parte, la membresía de la Comunidad en la Organización Mundial del Comercio, también junto a sus Estados miembros.

(4) *Ibid.*, p. 110.

(5) *Vid.*, al respecto, las pp. 29-39 de la magnífica monografía de Javier Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

Pero no sólo eso. La dependencia de la organización respecto de los dictados de sus Estados miembros, con ser grande, en la medida en que el proceso decisorio resulte presidido por la regla de la unanimidad, no debe entenderse absoluta. Pero si campea otra regla para la adopción de actos vinculantes, ni descorriendo el velo de la mencionada ficción jurídica podríamos hacer equivalente la voluntad de la organización con la de sus miembros, dado que éstos pueden quedar en minoría y, aun así, tener que cumplir con los dictados de aquélla. Si no, ¿cómo explicar la decisión adoptada el 7 de marzo de 2000 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en el sentido de privar a la delegación de la Federación Rusa de sus derechos de voto, a causa de las violaciones de los derechos humanos cometidos por ese país en Chechenia? o, ¿cómo explicar, entonces, la retirada de Estados Unidos de la UNESCO en 1984, sino por la imposibilidad de imponer a la organización sus puntos de vista, sus prioridades políticas?

La clave se encuentra, como expuso hace ya tiempo Manuel Pérez González (6), en uno de los escasos trabajos que la doctrina ha dedicado a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, en la manera en que se haya concebido la organización, sea como un ente jurídico independiente de los Estados que la componen, sea como un ente instrumental. Pero, a despecho de lo planteado por Prosper Weil, ambas opciones existen, y son posibles, y no se trata de una mera ficción jurídica.

El activismo de las organizaciones internacionales, y decirlo resulta ya un lugar común, se transmite también al ámbito de la responsabilidad internacional. Claro está que la práctica originada por tales sujetos es bien rala, escasísimos los pronunciamientos jurisprudenciales y sumamente dificultosa la tarea de armonizar las reglas en un mundo como el de las instituciones internacionales caracterizado por la falta de uniformidad, por el polimorfismo, que deviene un imposible la formulación de una teoría general de la organización internacional.

Pero los cambios a los que me he referido, societarios e incluso normativos, son reales, se están produciendo a una velocidad insospechada y con unas consecuencias que van más allá de la simple multiplicación de los sujetos (Estados y organizaciones internacionales) que están habilitados para crear y aplicar derechos y obligaciones internacionales y reclamar internacionalmente su cumplimiento. Los cambios son tan profundos que han abocado al Derecho internacional a una fase de compleja madurez, en palabras de T. Franck, que lo alejan del mero gobierno de las relaciones entre Estados y lo convierten en una intrincada red normativa compuesta por una miríada de derechos y deberes que traspasan las fronteras y perforan el velo estatal (7); red creada y aplicada, exigido su cumplimiento y restauradas sus violaciones en un mundo multidimensional en el que las relaciones estatales no es que hayan desaparecido, ni siquiera retrocedido, se han transformado parcialmente, parcialmente han cambiado a nuevos escenarios, donde se encuentran en franco maridaje con/dentro de otros sujetos, en concreto, las organizaciones internacionales. Se ha sostenido tradicionalmente que su aparición no ha

(6) M. PÉREZ GONZÁLEZ, «Les Organisations internationales et le Droit de la responsabilité», en *RGDIP*, 1988, p. 66.

(7) Cfr. T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 5-6.

cambiado la estructura de la sociedad internacional, que ésta sigue estando aposentada en el dato estatal, que a los Estados se debe su vertebración. Pero el aporte de las organizaciones internacionales es nítido y contundente. Ha cambiado la textura de la sociedad internacional, ha cambiado al mismo Estado. Han cambiado las organizaciones internacionales también, pues han tenido que abrirse a la participación en su seno, en calidad de miembros, de otras organizaciones; apertura ésta propiciada por el ya mencionado hiperactivismo exterior de la Comunidad Europea que, en tanto que titular de competencias transferidas por sus Estados miembros, ha impuesto su presencia en organizaciones ya existentes (como la FAO) o la ha negociado en las de nueva creación (como la OMC).

Ésta no es una nueva idea, ni mucho menos. En el ámbito iusinternacionalista este discurso se caracterizaba mediante la conocida y recurrente invocación de las dimensiones relacional e institucional de la sociedad internacional, como hiciera R. J. Dupuy en 1963 (8), y como tan brillantemente desarrolló entre nosotros, allá en 1969, Juan Antonio Carrillo Salcedo (9). No se trata aquí de propugnar un cambio de esta afortunada imagen, y menos ahora; tal vez deba explicarse en otros términos, complementarios, que la desarrollan; se trata, más bien, de profundizar en las consecuencias, cuantitativas y cualitativas, que de ella se derivan, en agotar su hilo argumental, lo que tal vez exija que interpretemos la sociedad internacional en clave de continuidades y discontinuidades, como viene caracterizada la modernidad (10).

Nadie puede negar que la agenda internacional de los Estados guarda un importante hueco a las relaciones *bis a bis*. Y que éstas, cuando alguien de ese binomio argumenta que el otro violó una obligación internacional, discurren por los conocidos derroteros de la reclamación internacional por la que el lesionado exige del infractor una adecuada reparación. Cuando se constata la existencia de una controversia, el marco para la solución de la misma sigue siendo, en este caso, bilateral. Continuidad, por tanto, de las formas de relación bilateral más puras, entre Estados, como las que se ponen de manifiesto, por ejemplo, en la demanda (11) que recientemente presentó Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia solicitando una declaración concerniente a la delimitación de la/s frontera/s marítimas con Honduras, y reservándose la posibilidad de requerir de ese país la adecuada reparación por la obstaculización que los pesqueros nicaragüenses hubieran podido sufrir de parte de navíos hondureños en las aguas reclamadas. Continuidad, también, en la demanda de Paquistán (12) ante la misma instancia jurisdiccional contra la India por la violación de determinadas obligaciones internacionales derivadas de la Carta de Naciones Unidas, del Derecho Internacional consuetudinario y de

(8) R. J. DUPUY, *Le Droit International*, París, 1963, p. 121.

(9) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Ed Tecnos, Madrid, 1969.

(10) *Vid.*, al efecto, las observaciones que, en otra escala sociológica, realiza Anthony GIDDENS en *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Ed., Madrid, 1993, pp. 17-20 y sobre todo, el diagnóstico para la sociedad mundial que aparece en la pág. 157.

(11) La fecha de la demanda es de 8 de diciembre de 1999, inserta en *el asunto sobre la delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*.

(12) Presentada ante la Corte el 21 de septiembre de 1999, donde ha quedado abierto *el asunto del incidente aéreo de 10 de agosto de 1999*, entre Paquistán y la India.

determinados tratados internacionales, causada por el derribo de un avión paquistaní llevado a cabo por aviones de la fuerza aérea india. En estas situaciones fluyen los modos tradicionales de relación interestatal bilateral, intemporales, y me estoy refiriendo al tipo de ilícitos cometidos y a que desembocan en una relación bilateral que vincula al infractor y al lesionado. Salvo por la *novedad* del recurso a una instancia judicial a fin de que resuelva esta controversia. *Novedad*, que no estriba en la existencia de la Corte, claro está, sino en que recientemente (y con moderación) los Estados han encontrado renovados ánimos para acudir a su jurisdicción. En ambos casos se conjugan los flujos que derivan de las dimensiones relacional e institucional de la sociedad internacional.

Pero estas relaciones bilaterales, y la dimensión de responsabilidad que ahora nos interesa, van en retroceso, aunque ligero, prolongado. No se trata, no defiendo, que el camino conduzca a su erradicación, en la misma medida en que la utopía de un gobierno mundial es completamente descartable. No me encuentro entre aquellos que constatan la desaparición a corto o medio plazo del Estado, desplazado por otras formas de organización del poder político asentadas en la fusión de soberanías a escala supranacional. Es más, coincido plenamente con el Secretario General de Naciones Unidas cuando constata precisamente lo contrario en su Informe del Milenio (13), destacando la necesidad de fortalecer a los Estados débiles para que puedan desempeñar un papel en la sociedad internacional y diagnosticando, por tanto, la pervivencia del Estado como base de dicha sociedad.

Descontado esto, pretendo colocar el énfasis en que las relaciones bi o multilaterales entre Estados encuentran, con mayor frecuencia que en el pasado, nuevos marcos de cooperación por su participación en múltiples organizaciones internacionales. En este caso, continuidad, también, en el juego permanente de las relaciones estatales que se desarrollan en el seno de las organizaciones internacionales. Éstas no son un fenómeno reciente del panorama internacional, han florecido con el siglo que se va agotando, exigiendo de los Estados que libremente decidieron participar en dichas instituciones internacionales un esfuerzo constante de concertación, unos nuevos modos de relación. Pero, la discontinuidad también se manifiesta, e inclusive por el mismo motivo; porque, en términos cuantitativos y cualitativos, el incremento de las mismas y las exigencias que de ello se derivan para los Estados han menguado o cambiado el sentido, al introducir un nuevo contexto, junto a las relaciones bilaterales que los Estados, aisladamente, sostienen entre sí. De hecho, han cambiado sus funciones. Como advierte Fernando Vallespín (14), el aumento de la complejidad social solicita *otro* Estado que, en lo que se

(13) Sostiene Kofi Annan, al referirse a un hipotético y futurible *gobierno mundial* que «en opinión de algunos, el término sigue invocando imágenes de un gobierno mundial, de unos colosos burocráticos centralizados que pisotean los derechos de la población y los Estados. Nada sería menos deseable. Los Estados débiles representan hoy día uno de los principales obstáculos a un gobierno eficaz tanto en el plano nacional como internacional. Por el bien de su propia población y en aras de nuestros objetivos comunes, debemos ayudar a fortalecer la capacidad de esos Estados para gobernar en lugar de debilitarlos aún más. Además, el concepto mismo de jerarquías centralizadoras es de por sí un anacronismo en nuestro mundo fluido, sumamente dinámico y sembrado de redes, un resto anticuado del pensamiento decimonónico». Dado a conocer el 3 de abril de 2000 para su presentación a la Cumbre del Milenio, la sesión extraordinaria que la AGNU tendrá el próximo septiembre.

(14) Cfr. F. VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 144-149.

refiere a lo que este autor denomina la gobernación global, sea apto para imbricarse y participar en los regímenes internacionales y transnacionales que la caracterizan, para negociar y llegar a acuerdos con viejos y nuevos actores; realidad ésta que aparece bien y profusamente explicada por la teoría de las relaciones internacionales, en particular por las aproximaciones institucionalistas.

Éstas han formulado el concepto de *régimen internacional* como útil paradigma explicativo, que ha sido definido como «los principios, normas, reglas y procedimientos de adopción de decisiones en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores en un área dada de las relaciones internacionales» (15). Algunas corrientes institucionalistas han restringido el concepto, refiriéndolo a instituciones, esto es, «explícitas reglas, acordadas por los gobiernos, que pertenecen a un particular conjunto de cuestiones en las relaciones internacionales» (16), lo que supone una aproximación, descontadas las diferencias de lenguaje que caracterizan a ambas disciplinas, con las categorías propias del Derecho internacional, como la de organización internacional. Pero para el análisis que vengo proponiendo, resulta más provechoso el recurso a la categoría de régimen internacional. De hecho, en el seno del proceso de codificación de la responsabilidad internacional se han constatado la existencia de soluciones normativas específicas, que implican una especialización del régimen general y que han sido bautizadas, precisamente, como *regímenes autónomos*. Pero la acepción *régimen*, en este caso, resulta mucho más restrictiva que la utilizada por la teoría institucionalista de las relaciones internacionales, al igual que el concepto de régimen internacional resulta, en todo caso, mucho más amplio que el de organización internacional.

Centrándonos ahora en ésta, y en la repercusión de su existencia y proliferación para el ámbito normativo de la responsabilidad internacional, que es mi único objetivo, en términos cuantitativos puede comprenderse bien el impacto de las organizaciones internacionales si se atiende aunque sea sólo al considerable número que existe. Según estadísticas de la Unión de Asociaciones Internacionales se acercarían a cinco mil (17). Considérese el esfuerzo que exige para la Administración de un Estado participar tan siquiera en un uno por ciento de ellas, pero además, considérese también cómo influye eso en el grado de observancia espontánea de las reglas internacionales que constituyen el sustrato material de la vida de la organización. El cultivo de la política de concertación, la multiplicación de las instancias de diálogo y negociación entre los Estados que ello representa, cambia (o debe cambiar, al menos) la visión global sobre la sociedad internacional.

Aunque haya sido tangencialmente comprendida y expresada de una forma peculiar, sirva como botón de muestra de esta percepción común, la opinión de un diplomático (18), bien fajado en el trato internacional, que entiende que el orde-

(15) S. KRASNER, «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables», en R. J. BECK, A. CLARK AREND y R. D. VANDER LUGT (ed), *International Rules. Approaches from International Law and International Relations*, Oxford University Press, 1996, p. 167.

(16) R. O. KEOHANE, «Neoliberal Institutionalism: A Perspective on World Politics», en R. O. KEOHANE (ed), *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory*, Boulder, Colorado, 1989, p. 4.

(17) *Vid.*, en www.uia.org

(18) Cfr. C. ALONSO ZALDÍVAR, *Variaciones sobre un mundo en cambio*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pp. 61-62.

namiento mundial incluye tres dimensiones destacadas: una económica, codificada en acuerdos como los de la OMC, en estatutos como los del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, así como en reglas que prescriben los modos de funcionamiento de los mercados; otra, constituida por el Derecho internacional público, que es bien «una serie de reglas que ordenan las relaciones entre los Estados desde la base del consenso y del interés recíproco» (según la visión positivista), o bien «el resultado global de las políticas que cada país desarrolla independientemente» (según la tesis del realismo más crudo). Y una tercera, derivada de la existencia de las organizaciones internacionales. Con independencia de que no compartamos esta concepción, si lo que pretende desde una óptica práctica como la que reflejo es describir el ordenamiento internacional, el análisis que destila vuelve a poner el énfasis en la relevancia del aporte institucional para la vertebración de la sociedad internacional. A eso sí que me sumo.

Hasta tal punto me sumo que no me resulta difícil compartir la opinión de Abram Chayes y Antonia Handler Chayes (19) que sostienen que, abriendo el foco desde las organizaciones internacionales a lo que denominan *multilateral regulatory agreements*, la vida internacional (¿sólo la internacional?) de los Estados ha quedado tan trastocada que

«sovereignty, in the end, is status –the vindication of the state’s existence as a member of the international system. In today’s setting, the only way most states can realize and express their sovereignty is through participation in the various regimes that regulate and order the international system. Isolation from the pervasive and rich international context means that the state’s potential for economic growth and political influence will not be realized. Connection to the rest of the world and the political ability to be an actor within it are the more important than any tangible benefits in explaining compliance with international regulatory agreements.»

Existan o no en una organización internacional, o en el concepto más amplio de régimen internacional, si lo endosamos, mecanismos para exigir el cumplimiento de las prescripciones, de las reglas primarias de dichos sistemas normativos, el grado de cumplimiento de los Estados partícipes resulta muy elevado; eso sí, descontada la estirpe de los acuerdos vacíos de compromisos jurídicos, categoría acuñada para la práctica convencional comunitaria por Ramón Torrent (20), pero que muy bien podría extenderse a otros ámbitos espaciales de la actividad internacional. Para explicarnos por qué tales sujetos encuentran serias razones en cumplir con las reglas que prescriben, debemos trascender los tradicionales análisis que las ubican en la existencia de un cierto grado de coacción para trasladarlas al análisis de las razones que redundan para su cumplimiento. Reducir todos nuestros esfuerzos para afirmar la coactividad de un ordenamiento o sistema jurídico al sempiterno tema de las sanciones, siguiendo concepciones austrianas, asumir la contundente doctrina kelseniana que confía la normatividad del Derecho internacional a la aplicación de

(19) A. CHAYES y A. HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995, p. 27.

(20) R. TORRENT, *Derecho y práctica de las relaciones exteriores de la Unión Europea*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, p. 215.

las sanciones propias de este ordenamiento (la guerra y las represalias), se condice mal con un ordenamiento solidamente asentado sobre bases voluntaristas en el que, desde 1945, está expresamente prohibido el recurso no ya a la guerra, tan siquiera a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales, sea cual sea la motivación que anime al beligerante. Y en el que la función que cumplen las represalias pacíficas en el marco de la responsabilidad internacional no es la de sancionar al infractor, sino la de exigir la reparación debida al lesionado.

Quizás haya aquí una tradicional confusión de planos, entre la normatividad y la coactividad del Derecho, como ya avisara R. J. Dupuy, al afirmar que la ausencia de sanciones no implica la ausencia de reglas jurídicas (21). Y más en, como hemos dicho, un sistema tan rabiosamente consensualista como el internacional. Por eso, y aunque no sea el momento de continuar por el siguiente camino, resulta en cambio mucho más provechoso concebir el cumplimiento del Derecho Internacional en términos de análisis de las normas como razones para la acción, como una base independiente que justifica la conformación de la conducta del sujeto involucrado (22).

II. BREVE ESBOZO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La responsabilidad internacional es, con gran diferencia, el capítulo más visitado del Derecho Internacional. Una de las razones de esta seducción, del magnetismo que para los iusinternacionalistas desprende, se sitúa, según Prosper Weil (23), en que aquí, precisamente aquí, aquéllos respiran un característico perfume de juridicidad, triscan en un terreno familiar, rodeado de conceptos y vocablos terminológicos a los que están acostumbrados. Imagen paradójica, pues es ésta una visión precisamente no compartida por otros juristas que, tradicionalmente, han colocado al Derecho internacional en las márgenes del fenómeno jurídico si no, incluso, más allá. Este diagnóstico, tratándose de la responsabilidad internacional, adquiere unos ribetes de rotundidad manifiestos. No hay más que recordar lo que Carlos Nino afirmara sobre el particular y que, a buen seguro, habría revisado de tener ocasión (24). Pero no voy a introducirme en viejas querellas, siguiendo en esto la vía que Joseph Raz aplica a los casos fronterizos y su consiguiente consejo de «admitir sus credenciales proble-

(21) R. J. DUPUY, «Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage a la *soft law*», en SFDI, *L'élaboration du Droit International Public*, Colloque de Toulouse, Ed. Pédone, París, 1975, p. 147.

(22) F. KRATOCHWIL, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 95-129.

(23) P. Weil, «Le Droit International en quête de son identité», en *R. des C.*, 1992, vol. 237, p. 329.

(24) En su *Introducción al análisis del Derecho* (Ariel Derecho, 9.ª ed., Madrid, 1999, reflejo de la 2.ª ed., escrita en 1980), Carlos S. NINO sostenía que uno de los casos de responsabilidad indirecta es la responsabilidad colectiva y que: «En el derecho internacional subsiste la responsabilidad colectiva, pues cuando un jefe de Estado comete un acto antijurídico según las normas internacionales –por ejemplo, un vejamen a un diplomático extranjero o la invasión del territorio de otro Estado– las sanciones del derecho internacional, que según Kelsen son las represalias o la guerra, pesan sobre todos los habitantes del Estado agresor» (en p. 188). Quizás no sea necesario comentario.

máticas, enumerar sus semejanzas y desemejanzas con los casos típicos, y dejar así la cosa» (25), puesto que, en buena medida, ni obedecen al estado actual de la Teoría del Derecho ni al evidente y profundo progreso que el proceso de complejización del Derecho internacional acusa en estos momentos.

Y, sin embargo, la consideración anterior está bien traída a colación, su recuerdo es pertinente, porque el recurso a la analogía, o con más exactitud el acarreo de la utilización de conceptos provenientes del Derecho interno en el ámbito del Derecho internacional se ha colocado, en la actualidad, en el centro del debate sobre responsabilidad internacional de los Estados, al impugnarse por sus resabios penalistas, inaceptables en su aplicación a los Estados, conceptos como el del crimen de Estado, indiscutido hace algunas décadas desde que fuera introducido en 1976 por Roberto Ago, cuando pilotaba los trabajos de la CDI encaminados a codificar las reglas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados. Aunque esta historia del trasvase de términos y conceptos jurídicos propios de la órbita del Derecho interno en dirección al Derecho internacional es bien antigua.

Si se conserva una visión primitivista, en precario o a distancia del Derecho internacional, quedarán ocultos gran parte de los desarrollos innovadores de un ordenamiento que dista ya mucho de ser primitivo, puramente interestatal, únicamente bilateral. Estos cambios han embatido con fuerza sobre el sector de la responsabilidad internacional, del que, si sostenemos una imagen omnicompreensiva, debemos alejarnos de la idea, eso sí, parcialmente cierta, del carácter eminentemente descentralizado del Derecho internacional, de su inorganicidad, de la incertidumbre propia de su escasa institucionalización, de que todo sea dejado en manos de los Estados, en su apreciación unilateral de la eficacia de los mecanismos reguladores de la responsabilidad internacional. Esta imagen explicativa, hoy en día, adolece de una parcialidad manifiesta.

La evolución sufrida por las normas reguladoras de la responsabilidad internacional ha sido drástica, pero incompleta. Es un proceso abierto, con demasiados frentes de discusión para que pueda atisbarse un panorama global y acabado del conjunto normativo. En otro lugar (26) hemos presentado un análisis comparativo del punto de partida y del punto de llegada de dicha evolución. A tales páginas me remito, pero aquí, a modo de esquema, intentaré una presentación concisa de sus principales postulados.

En origen, y a lo largo de un período que podemos extender hasta mediados de este siglo, la concepción de la responsabilidad internacional, originada en una miriada de decisiones judiciales y arbitrales, interesadas en los daños causados a extranjeros, venía caracterizándose por los siguientes rasgos:

- a) ser una relación bilateral, entre Estado infractor y Estado lesionado;
- b) originada por la causación de daños a extranjeros;
- c) basada en la falta del Estado infractor;
- d) cuya función era meramente reparadora, resarcitoria de los mencionados daños.

(25) J. RAZ, *Razón práctica y normas*, p. 174. Incidentalmente Raz califica al Derecho internacional como un sistema normativo, aunque sea dudoso que se pueda calificar de sistema institucionalizado.

(26) *Vid.*, A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DíEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, McGraw-Hill, pp. 409-417.

Un salto temporal que nos coloque en el momento presente de la evolución normativa sufrida por la responsabilidad internacional, nos dejará ver que sus rasgos distintivos traslucen un panorama radicalmente distinto del anterior. No sin incertidumbres, cabe decir que la responsabilidad internacional reúne hoy las siguientes características:

a) Se ha liberado de su dependencia de origen con la causación de daños y, más aún, de daños a extranjeros. Su origen se sitúa en la comisión por un sujeto de derecho internacional (no sólo los Estados) de un ilícito internacional, en la infracción de una obligación internacional, medie o no daño alguno.

b) También aparece desvinculada de la falta del sujeto infractor; para que surja basta con la objetiva comisión del ilícito, no contaminada ésta por la concurrencia de un comportamiento doloso o culposo del sujeto: es, en este sentido, una responsabilidad objetiva, en tanto que causal.

c) Atendiendo a la importancia de la obligación violada, la relevancia de los intereses puestos en causa por ésta ha llevado a distinguir dos tipos de ilícitos: los delitos y los crímenes internacionales. Además, ha adquirido autonomía, desarrollándose con una pujanza extraordinaria, la responsabilidad penal internacional de los individuos. Como se habrá advertido, es precisamente sobre la relación entre estos dos polos, a lo que me referiré en el grueso de este trabajo.

d) El tradicional bilateralismo caracterizador de la relación de responsabilidad quiebra, aunque sólo sea en ocasiones; la multilateralización que entonces puede palpase, extendiéndose el campo de los sujetos lesionados por un ilícito, trae causa bien de que éste ha supuesto la violación de una obligación inserta en un tratado multilateral, bien cuando por la índole de su gravedad, se ha cometido un crimen internacional. En el primero de los casos, junto al Estado directamente lesionado se alinean, en calidad de indirectamente lesionados, los otros Estados partes en el tratado multilateral; en el segundo de los casos, cuando se comete un crimen internacional, digamos ahora, sólo en hipótesis, que se lesionan intereses y derechos subjetivos *uti singuli*, los del Estado afectado, pero también los intereses de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

e) Finalmente, aun conservando como fundamento único la comisión de un ilícito (y esto resulta harto discutido doctrinalmente), la responsabilidad internacional se ha diversificado en distintos regímenes. Es éste uno de los rasgos que más ha cambiado y que más profundamente continuará transformando el cariz de la responsabilidad internacional.

Y por ello, merece que extendamos más esta reflexión. En efecto, junto al *régimen general de responsabilidad*, si pudieramos llamarlo así, esto es, la nueva relación jurídica que se genera entre el sujeto que infringe una obligación internacional y aquél otro a quien le debe su cumplimiento, una relación que se agota en lo bilateral y que se gobierna, a falta de exitosa codificación internacional, por normas de carácter consuetudinario, encaminadas a permitir que el lesionado obtenga la adecuada reparación, se sitúan y proliferan los *regímenes autónomos*. Son éstos los que van a ir modificando el panorama global de la responsabilidad internacional, sometiendo a un progresivo y pronunciado adelgazamiento el campo operativo del régimen general y, también, exacerbando la tensión relacional entre los Estados, en tanto que partícipes a doble título, de ambos regímenes.

W. Riphagen definió los regímenes autónomos como subsistemas, es decir, como «una serie ordenada de normas de comportamiento, normas de procedimiento y disposiciones relativas a la condición jurídica, que constituyen un circuito jurídico cerrado para un campo particular de relaciones de hecho» (27). Refiriéndose a las consecuencias estructurales que para la integridad del sistema de responsabilidad internacional se derivan de la existencia de los regímenes autónomos, Bruno Simma los ha definido como «un subsistema destinado a excluir más o menos totalmente la aplicación de las consecuencias jurídicas generales de los hechos ilícitos, en particular la aplicación de las contramedidas a que normalmente puede recurrir la parte lesionada» (28). Un buen ejemplo lo suministra la Comunidad Europea, pero no se trata del único. Desde la perspectiva que nos ocupa, la innovación que acarrea la existencia de regímenes autónomos se centra en desplazar al régimen general de responsabilidad, en sustituir la autotutela descentralizada e inorgánica que lo preside por la acción de mecanismos centralizados, verticales, institucionales, de persecución de las infracciones y restauración de la legalidad violentada.

En el mismo sentido, los numerosos mecanismos de *control internacional* establecidos por tratados multilaterales, constitutivos o no de organizaciones internacionales, provocan también un fuerte impacto sobre la responsabilidad internacional, bien visto por P. M. Dupuy. Para el citado autor, la institucionalización que manifiesta el control internacional, que bien merecería calificarse bajo la categoría de los regímenes autónomos, se traduce en que la responsabilidad internacional queda internalizada, en el mejor de los casos, o directamente resulta innecesaria, al optar por la negociación y la persuasión sobre el incumplidor en vez de por los mecanismos coactivos y unilaterales propios de la responsabilidad internacional general (29). La sanción como modo coactivo de exigir el cumplimiento en estos ámbitos institucionalizados se encuentra en franco retroceso. Tal énfasis se ha puesto en la relevancia de este tipo de soluciones alternativas que hay quien las ha cobijado bajo la rotunda y, tal vez excesiva, rúbrica de la *nueva soberanía*. Aunque no le falta razón al argumentar que

«sovereignty no longer consists in the freedom of states to act independently, in their perceived self-interest, but in membership in reasonably good standing in the regimes that make up the substance of international life. To be a player, the state must submit to the pressures that international regulations impose. Its behavior in any single episode is likely to affect future relationships not only within the international system as a whole. When nations enter into an international agreement, therefore, they tend to alter their mutual expectations and actions over time in accordance with its terms. The need to be an accepted member in this complex web of international arrangements is itself the critical factor in ensuring acceptable compliance with regulatory agreements» (30).

(27) *ACDI*, vol. I, p. 213, par. 16.

(28) B. SIMMA, «Self-contained Regimes», en *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 115-116.

(29) P. M. DUPUY, «International Control and State Responsibility», en ...

(30) A. CHAYES y A. HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty...*, *ob. cit.*, p. 27.

Así que resulta en exceso reduccionista adjudicar al sistema de responsabilidad *in toto* las señas de identidad que corresponden en exclusiva al régimen general, con ser éste importante, haber insuflado su espíritu o filosofía a los otros o, y ésto resulta a veces discutible, ser subsidiario de los mismos. Este problema ha sido visto en los trabajos codificadores llevados a cabo por la CDI *in illo tempore*. De hecho, en el proyecto de artículos que aprobara en primera lectura en 1996, se contenía una expresa referencia a su carácter de *lex generalis*; pero, debido a que tal recuerdo se ubica en el artículo 37, resulta únicamente aplicable a la segunda parte del proyecto, dedicada a articular el contenido, los grados y la forma de la responsabilidad internacional. ¿Se entendería que la supletoriedad no puede predicarse, en cambio, de la primera parte del proyecto, la que trata del origen de la responsabilidad internacional? Algunos Estados lo han entendido así, y lo han dejado traslucir en sus comentarios al proyecto de la CDI. Por ejemplo, la India sostiene que el régimen general de responsabilidad contenido en el proyecto, todo él, debe jugar un muy pequeño papel o, directamente, ninguno, en presencia de regímenes autónomos.

Uno de los síntomas de la debilidad de las normas reguladoras del régimen general, respecto de las alternativas que frente a él se plantean (regímenes autónomos, control internacional implementado *ex* tratados internacionales) estriba en su carácter consuetudinario o, dicho de otro modo, en el fracaso de los esfuerzos por codificarlas en un *corpus* normativo sistematizado, en un tratado codificador con soluciones aceptables para la generalidad de los Estados. Y no habrá sido por falta de tiempo. En efecto, la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de actos ilícitos fue uno de los catorce temas escogidos en 1949 por las Naciones Unidas para la codificación y desarrollo progresivo de sus reglas. En 1956, la CDI inició sus trabajos y ¡cuarenta años después!, aprobó sólo en primera lectura un proyecto de artículos, consumidos en el ínterin los esfuerzos ímprobos de cuatro Relatores especiales que llegaron a presentar al plenario para su discusión hasta veintinueve informes. En 1997 la CDI adoptó un calendario provisional que preveía un plazo (¿perentorio?) de cinco años para efectuar una segunda lectura del proyecto antes de elevarlo a la AGNU, decidiendo centrar sus trabajos en tres temas en especial: los crímenes internacionales, las contramedidas y el arreglo de controversias. Para este período se designó un nuevo Relator especial, el australiano James Crawford, Profesor de la Universidad de Cambridge, que hasta la fecha a presentado ya dos informes, el primero de los cuales milita en favor de la supresión de la figura de los crímenes internacionales.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y RESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Cuando en 1976 presentó Roberto Ago a la CDI su propuesta para que se acogiese en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de actos ilícitos el desdoblamiento del régimen general en dos categorías de ilícitos, atendiendo a la naturaleza de la obligación violada, la emergencia de una de dichas categorías, la del crimen internacional, asentaba para el

entonces Relator especial uno de sus pies de apoyo en los progresos desarrollados en el ámbito de la responsabilidad penal del individuo cuando éste actuaba en calidad de órgano del Estado (31). Y ello a pesar del muy conocido *dictum* del Tribunal de Nuremberg según el cuál «son los hombres y no las entidades abstractas las que cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción del Derecho Internacional» (32).

La elección de la expresión *crimen internacional* para describir ilícitos internacionales de mayor gravedad, atendiendo a su naturaleza, comportó un indudable riesgo de deriva hacia conceptos propios del derecho penal, o de importación desde esta disciplina de categorías que difícilmente podían encontrar acomodo y una buena acogida en el Derecho internacional. De ahí que tanto el Relator especial como la CDI se preocuparan de subrayar que no pretendían penalizar la responsabilidad internacional del Estado, siendo su objetivo bifurcar la responsabilidad internacional, una responsabilidad diferente a las que se concitan en el derecho interno, en dos regímenes atendiendo a la gravedad de los ilícitos cometidos por los Estados. A partir de ese instante, debería quedar clara la autonomía de los dos *ítems*, atinente el uno a la responsabilidad de los individuos (ésta penal internacional), referido el otro a la de los Estados (ésta ni civil ni penal, sino internacional), pudiendo ambos conceptos coincidir cuando la conducta del individuo en cuestión pudiera atribuirse al Estado. Pero la coincidencia no anulaba ninguna de ambas responsabilidades que, de darse, actuarían por acumulación. Así que, permítaseme la licencia de aventurar que, mientras que en 1976 la responsabilidad penal internacional del individuo intervino como *comadrona* en el parto del concepto de crimen de Estado, a fines de los noventa, los ulteriores y loables desarrollos de tal responsabilidad penal se han situado, para algunos, en una posición diferente, digamos que aconsejando la desaparición del concepto de crimen, un *nasciturus* que todavía no ha logrado dar los primeros pasos.

De la coexistencia y autonomía de ambas responsabilidades es buena prueba el camino paralelo que han recorrido, a los efectos de la codificación de sus reglas, en el seno de la CDI. Si en 1996 se adoptó, en primera lectura, el proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de actos ilícitos, ese mismo año la CDI adoptó otro proyecto que afecta también a la responsabilidad internacional, el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad. Como ha sido dicho recientemente (33), no se trata de un *corpus* omnicompreensivo, sino de una relación de los crímenes más graves y no controvertidos (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra), definidos por normas generales de Derecho Internacional y que, al ser incluidos en el Código, ganan en consistencia, por el efecto declarativo o cristalizador que se produce. Quisiera destacar ahora que el artículo 4 del citado proyecto reza como sigue: «Responsabilidad de los Estados. El hecho de que el

(31) Justificación que ha quedado reflejada en el Comentario al artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados, par. 16.

(32) N. U., *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg – Historique et analyse*, memorandum du Secrétaire général, A/CN. 4/5, 3 mars 1949, p. 44.

(33) A. REMIRO, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 52.

presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del Derecho Internacional». Es más, en el comentario que la CDI ha adosado al mencionado artículo 4 se señala, con una lógica rotunda que «es posible, y de hecho probable [...] que una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como “agente del Estado”, “por cuenta del Estado”, “en nombre del Estado”, o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal». Y aún más, en ese mismo comentario la CDI aprovecha para recordar, como ya subrayó al hilo de su comentario al artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados, que el castigo de los individuos que son órganos del Estado «no pone fin ciertamente a la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyan en tales casos». Añade ahora que «el Estado puede, pues, seguir siendo responsable sin que pueda eximirse de su responsabilidad invocando el procesamiento o el castigo de los individuos autores del crimen».

Como es sabido, los desarrollos y el fortalecimiento de los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad criminal internacional del individuo han avanzado recientemente un buen trecho y, por ello, se han convertido no sólo en el contrapunto de la responsabilidad internacional de los Estados, sino en una de las armas que, precisamente, esgrimen algunos Estados, algunos miembros de la CDI, el propio Relator Especial de este tema del programa y algún sector doctrinal para *descriminalizar* tal responsabilidad, para dar carpetazo a la figura del crimen internacional de los Estados. Por ello, antes de analizar el estado actual de la codificación de las normas sobre responsabilidad internacional y la propuesta revisión del crimen internacional, resulta conveniente que pasemos revista a los mencionados logros de la responsabilidad criminal de los individuos, sólo desde la perspectiva indicada.

La persecución de tales crímenes, de la responsabilidad penal del individuo, se ha activado pulsando una doble modalidad: bien mediante la creación de tribunales penales internacionales o bien a través de la actuación de las jurisdicciones nacionales en ejercicio del principio de jurisdicción universal, extremo éste que viene perfectamente ejemplificado en el *asunto Pinochet*.

En el primero de los casos, la creación de tribunales ha sido más fructífera cuando ha venido de la mano del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, en dos ocasiones, los ha establecido: una vez en el marco del conflicto de la antigua Yugoslavia (res. 808, de 22 de febrero de 1993), la otra para la persecución de los crímenes cometidos en Ruanda (res. 955, de 8 de noviembre de 1994). La legalidad y competencia de estos tribunales, su dependencia de un órgano político como el Consejo de Seguridad, ha sido cuestionada en diferentes direcciones. Incluso los propios tribunales han tenido ocasión de responder a tales alegatos impugnadores, y así lo han hecho en los *asuntos Tadic*, de 10 de agosto de 1995 (Tribunal para la antigua Yugoslavia), y *Kanyabashi*, de 18 de junio de 1997 (Tribunal para Ruanda). La idoneidad de soluciones *ad hoc* como éstas se encuentra sometida a excesivas contingencias de muy diversa índole, como ha expresado el primer Presidente del Tribunal para la antigua Yugoslavia:

la excesiva dependencia de la cooperación de los Estados para la persecución y arresto de los inculpados; la opción que los Estados siguen apresando a las figuras de menor importancia y no a los líderes; los elevados costes financieros y logísticos; las dificultades que los tribunales encuentran en aplicar, en defecto de codificación tanto sustantiva como procedimental, el Derecho internacional consuetudinario. Por todo ello, más bien parece que su constitución obedece a impulsos voluntaristas puntuales, contextualizados, manifestación de la mala conciencia internacional por no haber intervenido en las crisis de las que traen causa con mayor premura que las primeras piezas de una política recurrente del órgano de la ONU.

La mejor alternativa a esfuerzos tan puntuales y políticamente arbitrarios (¿tribunales para Liberia, la República Democrática del Congo o Chechenia?) sería un Tribunal penal internacional de carácter permanente. La CDI aprobó en 1994 un estatuto de Tribunal, en fase de proyecto. Desde entonces se ha avanzado considerablemente, pues la Conferencia de Roma, celebrada en julio de 1998 significó la adopción de tal estatuto, habiendo sido firmado por 125 Estados, aunque, eso sí, a 25 de abril de 2000, ratificado sólo por 8 (34), por lo que se prevé un prolongado lapso de tiempo hasta que se active su entrada en vigor, tras el depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 126 del Estatuto).

Los limitados alcances de la operatividad de esta vía no se circunscribe a la incertidumbre acerca del momento en que se cumplan los requisitos que permitan la entrada en vigor del Estatuto y, por ende, la constitución del Tribunal. El panorama resulta bastante más sombrío, pues la formulación del estatuto se revela restrictiva en diversos sentidos, entre otros, los siguientes: la Corte sólo conocerá de crímenes que tengan lugar tras la entrada en vigor de su estatuto (arts. 11, 22.1 y 24.1); el crimen de agresión gozará, además, de una moratoria suplementaria de siete años (art. 5.2, 121 y 123); los Estados partes podrán aplicar un plazo similar de siete años a los crímenes de guerra ocurridos en su territorio o cometidos por sus nacionales (art. 124); a salvo de denuncia auspiciada por el Consejo de Seguridad, la competencia de la Corte se despliega si es parte en el Estatuto el Estado del territorio donde se cometió el crimen o el de la nacionalidad del imputado; finalmente, la competencia de la Corte es subsidiaria respecto de la de los tribunales nacionales.

Muchas de estas limitaciones trataban de desactivar la manifiesta enemistad que los Estados Unidos mostraron en la Conferencia de Roma contra las extensiones de la jurisdicción de la Corte, por si pudieran algún día, posibilitar la persecución de algunos de sus nacionales. Una de las propuestas avanzadas por este país para conformar las reglas relativas a la jurisdicción del Tribunal no deja de ser *meritoria* y viene a cuento de lo que aquí nos ocupa. Sostuvo que «si el Estado de la nacionalidad del acusado no parte en el Estatuto declarase que éste había cometido el crimen en cumplimiento de un deber oficial, la Corte excluiría el asunto de su jurisdicción». Esta opción era alternativa a la exigencia de que la Corte ejerciese *in casu* su jurisdicción siempre que contase con el consentimiento del Estado *locus*

(34) Estados tan significativos como Fidji, Ghana, Italia, Noruega, San Marino, Senegal, Trinidad y Tobago.

delicti y del Estado de la nacionalidad del acusado. Ambas posibilidades fueron rechazadas, pero la primera alternativa, de haber sido retenida, implicaría que, mediando el reconocimiento por el Estado de un crimen, desaparecería la responsabilidad individual, para afirmarse la del propio Estado. Lo cual no sería la peor solución (no es, desde luego, la mejor, que sostiene la autonomía de ambos tipos de responsabilidad internacional), si no fuera porque, precisamente, los Estados Unidos vienen defendiendo con gran firmeza que la figura del crimen internacional, del crimen de Estado, no es de *lege lata*, no corresponde al estado actual de desarrollo del Derecho Internacional general y que, por ello, debe desaparecer del proyecto de artículos que actualmente, y desde hace ya unas cuantas décadas, discute la CDI.

La otra vía por la que, en la más inmediata contemporaneidad, se ha impulsado la persecución de los crímenes internacionales imputables a individuos, es la de los tribunales nacionales, actuando sobre la base de títulos habilitadores que permiten proyectar extraterritorialmente competencias normativas y judiciales de un Estado, como el principio de universalidad. Tanto se ha vertido sobre ellas en la actualidad, que me excuso de volver a hacerlo aquí. Pero, según se ha podido advertir, tampoco ha sido un camino de rosas para sus impulsores y, descontando lo valioso del precedente asentado, se suscitan otros riesgos, bien vistos, como siempre, por Antonio Remiro, del eterno desplazamiento de la responsabilidad del mundo desarrollado (que juzga) al mundo en desarrollo (que es juzgado en la persona de sus tiranos) o de distraer la atención de focos de mayor interés y gravedad (35).

Por tanto, ceremonias de confusión aparte, dos cuestiones deben retenerse: primera, que los avances de la responsabilidad penal internacional de los individuos, más bien modestos, si acaso operativos en un futuro que se antoja nada próximo, no pueden constituirse genéricamente en bandera para desactivar la responsabilidad agravada de los Estados, en demoledor ariete contra la figura del crimen internacional, trazando una paradoja circular, después de haber contribuido a asentarlo en 1976; y, segundo, que aunque tales progresos fueran mucho mayores y hoy en día estuviese ya constituido el Tribunal penal internacional, y su jurisdicción fuese mucho más amplia que la que tiene reconocida en su Estatuto, la afirmación de la responsabilidad criminal internacional del individuo, en el caso en que sea órgano del Estado o actúe por cuenta de éste, no vacía de contenido la propia responsabilidad internacional del Estado. Ambas gozan de una evidente autonomía, incluso en los casos en los que se trate de los mismos actos ilícitos, de los mismos crímenes. En este sentido se ha pronunciado, además, la Corte Internacional de Justicia en su s. de 11 de julio de 1996, relativa al *asunto sobre la aplicación de la Convención de prevención y castigo del crimen de genocidio*; y también lo ha hecho el Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, en su s. relativa al citado *asunto Tadic*. Y, lógicamente, no podría ser de otro modo. ¿O sí?

(35) A. REMIRO, *El caso Pinochet...*, ob. cit., p. 252.

IV. LOS CRÍMENES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS, SEGÚN EL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL, DE 1996

Recordemos que la noción de crimen internacional fue propuesta, en el marco de los trabajos de la CDI sobre codificación de la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de actos ilícitos, por el Relator especial Roberto Ago, en su quinto informe, de 1976. Su propuesta de establecer un doble régimen de responsabilidad se basaba, a grandes rasgos, en tres grandes ideas-fuerza: la distinción en Derecho internacional entre normas dispositivas y normas imperativas, acuñada en el proceso codificador del Derecho de los Tratados; los progresos acaecidos en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo que actúa en calidad de órgano del Estado; y la acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el marco del capítulo VII de la Carta, reaccionando ante la existencia de situaciones que amenazan a la paz y seguridad internacionales.

La definición de crimen se sostenía, y sostiene, en tres elementos: la violación de una obligación internacional; que esta última debe ser esencial para los intereses de la comunidad internacional; y que, lo que supone un cierre un tanto inapropiado, un pensamiento circular, la violación debe ser calificada como crimen por la comunidad internacional. En efecto, la CDI definió el crimen internacional en la archisabida fórmula que recoge el artículo 19.2 del proyecto: «el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional». Sobre ella se ha vertido una ingente literatura (36).

No es, desde luego, una muy afortunada fórmula definitoria; un tanto tautológica, según el Relator Especial J. Crawford, y lo mismo puede advertir cualquier observador avisado, aunque tan tautológica y circular como la propia definición de normas imperativas que se encuentra en el artículo 59 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, con la que, como se dijo, se encuentra emparentada. El Relator Especial entiende, además, que la técnica definitoria seguida es también deficiente, pues si a la definición de crimen internacional se podía llegar por dos vías, una procedimental, centrada en describir cómo debe ser calificado un hecho criminal, y otra, consecuencialista, atinente a las consecuencias que se le anuden, la opción que la CDI tomó no sigue ninguna de dichas vías, no precisa un procedimiento a seguir para la determinación de un crimen, ni establece consecuencias específicas de un régimen singular de responsabilidad tras la comisión de un crimen. Quizás, porque lo que pretendían Roberto Ago y los demás miembros de aquél entonces en la CDI era, sin más, establecer un simple régimen agravado, en comparación al general que se aplica a los demás ilícitos, a los delitos internacionales (37).

(36) Por todas las obras, en lo que se refiere a la doctrina española, véase la reciente monografía de Rosario BESNÉ MAÑERO, *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

(37) Cfr. G. ABI-SAAB, «The Uses of Article 19», en *EJIL*, vol. 10 (1999), núm. 2, p. 351.

Como una manifestación evidente de la confusión que provocaba la definición, y también porque se trataba de la codificación de normas secundarias y no primarias, la CDI pareció verse obligada a ilustrarla añadiendo una lista ejemplificativa, y abierta, de potenciales crímenes internacionales, que también ha cosechado un buen puñado de críticas. En principio, porque como bien ha reflejado algún autor, resulta más que inapropiado para el desempeño de una labor codificadora, deslizarse por ellas con la técnica de los ejemplos (38). En su actividad de demolición del artículo 19, el Relator Especial ha avanzado tres argumentos, bastante plausibles, que, a su parecer, perjudican gravemente el concepto acuñado por la CDI: en primer lugar, la lista es aleatoria, puesto que se refiere a violaciones que pueden constituir un crimen, pero que no necesariamente lo constituyen; en segundo lugar, la lista es diluida, puesto que para que el ilícito sea un crimen se hace depender, en ocasiones, de las disposiciones vigentes de Derecho internacional en un momento determinado; y, tercero, la lista utiliza parámetros distintos para la calificación de un hecho como crimen recurriendo, en ocasiones, a la norma primaria violada, en otras, a la gravedad e intensidad de la violación.

No está de más recordar que, al adoptar la noción de crimen internacional, en 1976, la CDI concluyó señalando (en su comentario al art. 19) que se trataba *de lege lata*, de la codificación de Derecho internacional general. Además, subrayó que la intención no había sido la de interpretar o completar la Carta de Naciones Unidas y que era preciso distinguir con claridad entre los conceptos de crimen internacional y de crimen de Derecho internacional.

También es preciso tener en cuenta, con P. M. Dupuy, que el concepto de crimen internacional ni siquiera ha sido una innovación de Roberto Ago, posteriormente asumida por la CDI, dado que ya existía un cierto predicamento sobre dicha noción desde épocas anteriores, desde el Protocolo de Ginebra de 1924, que calificaba como crimen internacional la guerra de agresión. De tal hilo, surgió con posterioridad el ovillo ahormado, entre otros actos, por la Res. 3314 (XXIX), sobre definición de la agresión, y antes, la propia Res. 2625 (XXV), la Declaración de principios, ambas adoptadas por la AGNU.

Establecido el concepto de crimen, resulta imprescindible, para que tenga operatividad, perfilar un régimen jurídico que le sea propio. La CDI lo hizo en la segunda parte del proyecto de artículos extendiendo en los casos de comisión de crímenes el concepto de Estado lesionado a todos los Estados (art. 40.3); levantando en el caso del Estado autor de un crimen ciertas restricciones que limitan las demandas de reparación (art. 52); y, finalmente, construyendo en favor del Estado que ha sufrido un crimen obligaciones de solidaridad que incumben a todos los demás Estados (art. 53). La modestia del régimen es tan evidente, hasta tal punto que el Relator especial, nada amistoso con la noción, al menos de su subsistencia en el marco de la codificación sobre responsabilidad, entiende que se ha producido un claro *décalage* entre la noción retenida en el artículo 19 y el régimen perfilado en esta segunda parte que, inclusive, llegaría a implicar una traición al espíritu mismo del artículo 19, a la filosofía que supuso la acuñación de tan innovadora figura.

(38) Cfr. A. PELLET, «Can a State commit a Crime? Definitely, Yes!», en *EJIL*, vol. 10 (1999), núm. 2, p. 430.

La aproximación seguida por la CDI ha sido, en verdad, no la de perfilar un régimen propio para los crímenes, sino la de añadir consecuencias al régimen general de los delitos. La técnica seguida del *delictus plus* es un índice más de lo poco enconcordado de la voluntad en afirmar la categoría del crimen de manera autónoma, como si pareciera suficiente con erigir un símbolo admonitorio, confiar en sus efectos preventivos sin más. Circular más allá de dicha ambición resultaba imposible en la segunda parte del proyecto de artículos, dado lo encontrado de las posiciones mostradas por los Estados en la VI Comisión de la AGNU; ahora, incluso, parece que aquél paso dado en la primera parte no puede ser seguido por todos.

Quedan fuera de este régimen de *menos que mínimos* la posibilidad de establecer contra el Estado autor de un crimen un sistema de reparaciones punitivas o, y ésto es más importante, la ausencia de un procedimiento específico para la determinación de la comisión de un crimen. Y pudo haberlo, como advierte A. Pellet (39), si hubiera prosperado una propuesta similar al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, por la que se establecía la jurisdicción obligatoria de un tribunal arbitral o de la CIJ para las controversias relativas a la existencia de un crimen internacional. Tal posibilidad se dejó entonces para la segunda lectura del proyecto. Ahora corren para ella mucho peores vientos. Entonces, en 1996 parecieron apresurar la aprobación del proyecto, y de ahí otra explicación para la parquedad de lo que en él se encuentra en relación con el crimen, desechándose las más ambiciosas propuestas de los Relatores Especiales Riphagen y Arangio-Ruiz, que ahora no es el momento de comentar (40).

Pero, seamos sensatos, huyamos de la retórica: a la postre, ¿para qué sirve la figura del crimen internacional? Rosalyn Higgins nos situaba hace ya tiempo (41) ante una doble perspectiva, si queremos hacer fortuna del concepto de crimen que, por lo dicho en el epígrafe anterior, nos suena familiar. Sea que coloquemos a los hechos merecedores de la calificación de crimen subsumidos en la categoría de ilícitos a los que interesa el principio de jurisdicción universal. Lo cual, debemos coincidir con la jurista británica, no es una vía muy fructífera, en la medida en que ésta apunta a la persecución de individuos y no de Estados. Sea que nos sumemos a identificar la reparación apropiada que debe el Estado autor de un crimen con un castigo, o con un castigo que complete una compensación monetaria. También es fácil coincidir con Rosalyn Higgins y constatar que ni la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta tiene por finalidad la aplicación de sanciones penales a los Estados autores de crímenes, ni los medios de reparación tradicionales con que cuenta el Derecho internacional se encuentran preparados para otorgar consecuencias más serias a la comisión de ilícitos particularmente graves, dada la falta de verticalidad de la sociedad internacional. La autora sostiene que los desarrollos que permite la figura del crimen encuentran mejor acomodo en el marco que propicia la persecución de individuos, sean particulares o se trate de órganos del Estado y que, como dijimos, está en progreso indudable en los

(39) *Ibid.*, p. 429.

(40) *Vid.*, al respecto, Jaime FERRER LLORET, *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, *ob. cit.*, pp. 75-96.

(41) R. HIGGINS, *Problems & Process. International Law and How we used it*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 167.

últimos tiempos, y no ya en sede de codificación. Por eso, habrá que examinar si tal vez sea de recibo expurgar del proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados el crimen internacional del artículo 19.

V. ¿QUÉ HACER CON EL CRIMEN INTERNACIONAL? LAS PROPUESTAS DEL RELATOR ESPECIAL

La actual y central ubicación de la figura del crimen internacional en el proyecto que elabora la CDI, incluso su mera existencia, ha acabado por constituir un auténtico *imbroglio* del que resulta complicado salir, como reconocen tanto sus detractores como sus defensores. No hay acuerdo posible sobre casi ninguna de las cuestiones que le afectan, lo que resulta inclusive más dramático al recordar, como ya hemos hecho en estas páginas, que la CDI sostuvo en 1976 su naturaleza de derecho positivo. No hay acuerdo posible, por tanto, sobre si es resultado de la codificación o del desarrollo progresivo del Derecho Internacional; sobre si, en caso de no ser *de lege lata*, es oportuna su inserción en el proyecto o debe ser simplemente obviado o abordada su regulación en un instrumento internacional aparte; o si, reconocido como propuesta *de lege ferenda*, ésta es aceptable en el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional de la responsabilidad. Y, caso de recibirse en el proyecto de artículos, no sería menor la dificultad de perfilar el régimen especial conectado a la comisión de un crimen internacional. ¿Quién se encargaría de constatar *in casu* que se ha cometido un crimen? ¿Habría que conceder el poder sancionador de los Estados autores de un crimen a un órgano centralizado? ¿Estaría abierta la reacción coactiva frente al autor del crimen a los terceros Estados, a título de contramedidas?

El primer informe del Relator especial ha versado en gran medida sobre el crimen internacional, atendiendo a los requerimientos de la CDI que, junto con las contramedidas y el arreglo de controversias, lo designó como una de las piezas esenciales a revisar en la segunda lectura del proyecto de artículos. En él, el profesor James Crawford ha analizado, antes de efectuar su propia recomendación a la Comisión, cinco opciones posibles, a las que iremos aludiendo en nuestro análisis, sin seguir necesariamente el hilo argumental de su informe. Las opciones barajadas son las siguientes: 1) el mantenimiento del crimen y de su regulación tal y como se encuentra reflejada en el proyecto de artículos aprobado en 1996 en primera lectura; 2) la sustitución del concepto de crimen por el de *hecho ilícito de excepcional gravedad*, para eludir las connotaciones penales del primero; 3) el establecimiento de un régimen que suponga la criminalización auténtica de la responsabilidad del Estado; 4) la exclusión de la figura del crimen del proyecto de artículos, devolviendo a éste a su unicidad, en lo que se refiere a la configuración de un único régimen general de responsabilidad internacional; y, 5) la descriminalización de la responsabilidad del Estado, remitiendo el tratamiento del crimen internacional en tema independiente de la agenda de la CDI o por otra instancia internacional. La opción del Relator especial se encamina en esta última dirección, recomendando que se expurgue del proyecto de artículos la figura del crimen internacional y se encamine en otra dirección porque, en la actualidad, reconocerlo

supondría asumir que nos encontraríamos en una etapa más elevada de desarrollo del Derecho internacional, y porque no hace justicia a tal figura la morigerada reglamentación que aparece en el proyecto de artículos de 1996.

V.1 La naturaleza de la responsabilidad internacional: ¿civil, penal o internacional?

La mera existencia del crimen salpica la naturaleza misma del régimen general sobre la responsabilidad internacional. De hecho, desde que se insertó su figura en el proyecto de artículos parece haberse puesto en cuestión cuál es la función que cumple aquélla. Por ello, debemos abordar el siguiente interrogante: ¿Cuál es *la naturaleza de la responsabilidad internacional*? De la respuesta depende, sólo en cierta medida, si el crimen internacional es un cuerpo extraño en el marco más amplio de la responsabilidad. La acusación-tipo que le lanzan sus detractores proviene de los resabios penalistas que destila, inadecuados para una responsabilidad cuyo carácter, enfatizan, es civil, y no penal. Para ellos, la criminalización del Estado sería, por lo tanto, inadmisibile, una rareza que rompería todo el sistema. En este sentido se ha expresado, en sus observaciones al proyecto de arts. de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, por ejemplo, Francia, favorable a la supresión de la figura del crimen, puesto que la función punitiva que cumpliría se desconoce en el Derecho internacional de la responsabilidad, centrado como éste está, en cambio, en lograr que el Estado lesionado por la violación de una obligación internacional obtenga una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca el estado de cosas previo al ilícito internacional. Para Francia, la responsabilidad internacional no es civil, ni penal, sino que es *sui generis* (42). En la misma línea se posicionan otros países como Estados Unidos (43), el Reino Unido o Irlanda, que encuentra en la responsabilidad criminal del individuo un obstáculo para hacer inadmisibile la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales (44). En realidad, lo que este grupo de Estados pretende afirmar es el

(42) En concreto, las observaciones francesas sobre el artículo 19 recibidas por la CDI expresaban lo siguiente: «Moreover, the set of draft articles – particularly article 19, a subject which France deals with in greater detail below – gives the unquestionably false impression that the aim is to «criminalize» public international law. For the Commission, the punitive function appears to characterize international responsibility. However, such a function has hitherto been unknown in the law of international responsibility, which has emphasized making reparation and providing compensation. France does not believe that an internationally wrongful act should expose the wrongdoing State to punitive legal consequences»; en A/CN.4/488, p. 53.

(43) Recuerdan los Estados Unidos que «State responsibility, as Professor Brownlie has pointed out, is “a form of *civil* responsibility”. Where a State imposes injuries on another, it bears responsibility to make reparation, the «essential principle» of which is that it must, «as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if the act had not been committed».

(44) Sostiene otro argumento, por el que: «While much of the evidence does indeed relate to wrongful acts for which criminal responsibility exists under international law, this responsibility attaches to individuals, not to States. It is one thing for States to undertake to criminalize in their domestic law certain conduct on the part of individuals and to bring persons unsuspected of such conduct to justice. It is quite another thing for States to accept criminal responsibility themselves for such conduct. Even when the conduct of the individual may be attributed to the State, it does not necessarily follow that the responsibility of the State for the conduct is itself criminal in character»; *ibid.*, p. 56

carácter civil de la responsabilidad internacional y, por ende, excluir cualquier atisbo de aproximación a su criminalización.

Sin embargo, lo que resulta realmente discutible es el carácter meramente civil de la responsabilidad. Siguiendo la autorizada opinión de Alain Pellet, miembro de la CDI, la confusión proviene de circunscribir la relación jurídica que surge tras la comisión de un acto ilícito, esto es, la responsabilidad internacional, a la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales de su actuar ilícito. Con ser ésta esencial, no es la única obligación que nace para el infractor del ordenamiento internacional. Éste debe ineludiblemente, cesar en la comisión del ilícito y otorgar garantías de no repetición. Para el autor francés, de ello se derivan tanto aspectos civiles como penales para la responsabilidad internacional, en la línea de lo trazado por el antiguo Relator especial Gaetano Arangio-Ruiz, concluyendo que

«ni civile, ni pénale, mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des Etats a peu à voir avec la communauté nationale» (45).

Como advierte con diáfana intención Georges Abi-Saab (46), a los efectos de eludir la analogía doméstica y de comprender en sus términos exactos la terminología utilizada por Roberto Ago en 1976, lo que hay que evitar es

«not to install a mirror-image system of penal law addressed to States, but simply to attach graver consequences to violations constituting “international crimes”, and to emphasize that such violations cannot be reduced to a mere bilateral relation between the victim and the perpetrator of the act».

Idea que había expuesto años antes Juan Antonio Carrillo Salcedo, asumiendo que la responsabilidad penal de los Estados no es algo inconcebible pero que la intención de la CDI no seguía tales derroteros al acuñar el concepto de crimen internacional, sino aludir a una

«institución jurídica muy distinta: la de los hechos internacionalmente ilícitos en los que la relación jurídica de responsabilidad no se limita al ámbito bilateral del Estado víctima y del Estado al que el ilícito internacional es atribuible. Lo que ocurre es que el artículo 19 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados parece romper la dicotomía a la que antes me referí, ya que aunque se refiera a la relación jurídica de responsabilidad tiene una innegable dimensión sancionadora, punitiva, inherente a la relación jurídica de responsabilidad que deriva de los crímenes internacionales, en la medida en que las consecuencias de estos últimos no se limitan a la cesación de la violación y la reparación sino que, por el contrario, van más allá» (47).

(45) A. PELLET, «Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats», en *AFDI*, 1996, p. 22.

(46) G. ABI-SAAB, «The uses of Article 19», *ob. cit.*, p. 345.

(47) J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 121-122.

La línea argumental del profesor Carrillo Salcedo conecta con otro tema crucial, tradicional fuente de conflictos, cual es la dimensión sancionadora de la responsabilidad y, en general, el papel de la sanción en Derecho internacional. En la medida en que tal conexión emerge al establecerse el régimen aplicable tras la comisión de un crimen internacional, la trataremos al abordar esta cuestión, aunque advirtamos de antemano, como hemos defendido en otras ocasiones, individual y colectivamente, en comunión parcial con la posición en este punto de la CDI, que el concepto de sanción en Derecho internacional opera con más precisión en el seno de las organizaciones internacionales, cuyo actuar coactivo viene posibilitado por la existencia de un entramado institucional vertical (la relación organización/Estado miembro infractor de sus reglas) para la aplicación objetiva e imparcial de las normas que componen el régimen jurídico de la organización.

Volviendo a las observaciones de los Estados, debemos apuntar que la misma argumentación francesa, pero para endosar un resultado diferente, puede encontrarse en las posiciones de otros Estados, favorables a la asunción de la categoría de los crímenes internacionales. Es el caso, por poner un botón de muestra, de la República Checa, que entiende que la distinción entre ilícitos más graves y menos graves sí puede encontrarse, bien que de manera fragmentaria, poco sistemática, o indirecta, en el derecho positivo y en la práctica de los Estados, y que la responsabilidad internacional no es civil ni penal, sino *específica*, internacional (48) Los países nórdicos son todavía más militantes, al admitir la responsabilidad del Estado por la comisión de crímenes, incluyendo la posibilidad de que los autores deban pechar con *punitive damages* o medidas que afecten a la dignidad del Estado (49).

Pero el argumento penalista ha calado hondo, incluso entre aquellos que defienden la necesidad de un doble régimen de ilícitos, habida cuenta el grave desacuerdo que refleja. Una solución para erradicar estos desafectos sería la de eludir la palabra crimen y buscar una fórmula alternativa para describirlo, aséptica, neutra, como, por ejemplo, actos ilícitos internacionales de excepcional gravedad (República Checa), violaciones graves (países nórdicos), o actos ilícitos contra la comunidad internacional en su conjunto (IHLADI) (50) a propuesta de J. A. Carrillo Salcedo (51).

Sin desmerecerla, en la medida en que sirviera para conservar la propuesta que late tras la noción de crimen internacional, a mi parecer, esta solución nomina-

(48) En concreto, sostiene: The term «crime» is criticized because it evokes an «atmosphere», a criminal law context – even though, according to the Commission, use of the term «crime» is without prejudice to the characteristics of responsibility for international crimes. An exchange of views on possible connotations serves no purposes when we have before us the actual draft articles spelling out the consequences of what the International Law Commission refers to as «international crimes». There is nothing to indicate that the articles proposed by the Commission are based on criminal law concepts; on the contrary, the articles can be interpreted as fully supporting the view endorsed by the Czech Republic: that the law of international responsibility is neither civil nor criminal, and that it is purely and simply international and therefore «specific»; en A/CN.4/488, p. 52

(49) *Ibid.*

(50) Resolución de 1980 del Instituto Hispano-luso-americano.

(51) J. A. CARRILLO SALCEDO, *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la Responsabilidad internacional de los Estados*, Publicaciones de la Secretaría General del IHLADI, Madrid, 1979.

lista no ahorraría el meollo de la cuestión que, convengamos en ello, no se encuentra tanto en la etiqueta que se le imponga a la conducta ilícita más grave, cuanto si hay que reconocer un régimen dual, y cuál será éste. Y, en todo caso, en la operación de sustituir algo se perdería en el camino, aunque el régimen apegado a la comisión de un crimen quedara como está ahora, sin excesiva profundidad, la manifestación de un gran *décalage*, en la expresión utilizada por el Relator especial, para connotar la ambición que implicó acuñar la idea del crimen y la pacatez con que se perfiló su régimen. Lo que se perdería lo ha expresado magníficamente Alain Pellet, al sostener que

«this terminological problem is not terribly important: the word “crime” is defensible; it has acquired its legitimacy since 1976 and is very widely used. However if the analogy with domestic law seems really excessive and repulsive, it may be abandoned. But the reality will remain: [...] a genocide cannot be compared with a breach of a trade agreement; it is, by its very nature, different in kind. Call it “breach of a preemptory norm” or “violation of an essential obligation”, call it “butterfly” or “abomination”, the facts remains: we need a concept [...] and a name for this concept! (52).

Al margen de las connotaciones penalistas, la palabra crimen añade un plus importante de significado a la categorización de ilícitos particularmente graves de los que abomina la comunidad internacional; se ha convertido en su signo, en una representación de su existencia, en un símbolo de la preocupación por bienes jurídicos universalmente compartidos, allí se encuentra el origen de su legitimación. Abandonar un concepto tan rotundo, décadas después de haber sido acuñado, constituye a su vez el símbolo del decaimiento de tal legitimación. Mantenido, ¿tendría su repercusión beneficiosos efectos preventivos? Dependerá de su acompañamiento, del régimen jurídico regulador de las consecuencias que acarrear para el Estado autor de un crimen. Pero si se trata de arrojar lastre para conservar el rumbo en la navegación, o incluso seguir navegando [...] El Relator especial, al presentar a la CDI las opciones posibles a propósito de la figura del crimen, apunta entre otras, esta posibilidad de cambio de etiquetado en favor del *hecho ilícito de excepcional gravedad* para eludir sus connotaciones penales (53), reconociendo el apoyo que encuentra en las observaciones de ciertos gobiernos. Pero advierte que tal operación, en el caso de que implique una categoría distinta de una progresión en gravedad del vulgar ilícito, arriesgaría con constituir una modificación puramente formal, «el crimen que no osa decir su nombre». No cabe sino expresar el acuerdo con el Relator sobre este punto. De seguir tal opción, el debate abandonaría el nominalismo para trasladarse a la discusión de la substancia del régimen.

Ahora bien, ¿acaso no podríamos situarnos en la posición diametralmente opuesta a la que manifiestan los partidarios de la descriminalización de la responsabilidad del Estado? ¿Es completamente inaceptable dejarnos arrastrar por la gravedad de determinadas violaciones y exigir del Derecho una respuesta contundente, que alcance no sólo a las personas, órganos del Estado, que han sido

(52) A. PELLET, «Can a State commit a Crime?..», *ob. cit.* p. 434.

(53) Premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490/Add.3, par. 1058.

responsables de las mismas, sino también al propio Estado, imponiéndole medidas de carácter punitivo? Cabe que se defienda la oportunidad de criminalizar la responsabilidad internacional del Estado, en aras de introducir un régimen análogo al del derecho penal de los ordenamientos internos que, como expresa el Relator Especial, se tome en serio la propuesta contenida en el artículo 19. Habría, por tanto, que pergeñar la criminalización del Estado perfilando, de seguir una de las propuestas del profesor Crawford, un régimen que cumpliera las siguientes condiciones: establecimiento de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*; determinación de un procedimiento de investigación de los crímenes por cuenta de la comunidad internacional; otorgamiento de garantías procedimentales, de derechos para ejercer su defensa, en beneficio del Estado acusado; y formulación de un sistema que permitiera al Estado acusado purgar sus actos.

Se manifiesta claramente que el propio Relator Especial no cree en la virtualidad de esta propuesta que abandona a su suerte, aunque no parezca inocente su presentación. Por la argumentación se desliza la idea de que tomar en serio el artículo 19 tiene una única salida, precisamente ésta, criminalizar la responsabilidad internacional del Estado, incorporar los sagrados conceptos perfilados por el Derecho penal. Y como esto resulta inaceptable, ¿alguien podría compartirla sin desvirtuar los mecanismos tradicionales por los que ha discurrido la responsabilidad internacional? No es difícil dar con la respuesta. Sin embargo, conviene subrayar que esta opción, la criminalización de la responsabilidad internacional del Estado, la opción auténticamente penalista, que según algunos en situaciones extremas no tiene por qué resultar inconcebible (piénsese en el tratamiento deparado a la Alemania derrotada tras la Segunda Guerra Mundial, o a Iraq tras su intentona kuwaití), no es la que pensó la CDI. Así lo advirtió Marina Spinedi, asistente de Roberto Ago, al analizar la historia del artículo 19:

«It is very clear from the analysis of the proceedings of the International Law Commission [...] that the Commission had no intention to link the wrongful acts that it called international crimes with consequences of a type unknown to international law currently in force. The Commission wished to indicate in Draft Article 19 [...] that there are wrongful acts regarded by the international community as more serious than all others because they affect essential interests of the Community. As a consequence, these wrongful acts entail a regime of responsibility different from that attaching to other wrongful acts [...] the differences relate to the forms of responsibility and to the subjects that may implement it. This does not mean, however, that the Commission had the intention to attach to these acts forms of responsibility similar to those provided in the penal law of modern domestic legal systems» (54).

Y, además, ¿qué miedo se esconde detrás de las argumentaciones que formulan los Estados contrarios a la noción de crimen? No puede ser, me resisto a pensarlo, la buena salud de la dogmática jurídica trasplantada al Derecho internacional. Son, desde luego, las resistencias de los poderosos a los avances de

(54) M. SPINEDI, «International Crimes of State: The Legislative History», en J. H. H. WEILER, A. CASSESE y M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, 1989, p. 52.

la institucionalización en la sociedad internacional, no la gestionada por órganos políticos, porque éstos ya existen y en ellos, dichos Estados se encuentran bien instalados; se trata de la institucionalización jurídica, la que puede dar, en ocasiones, disgustos, como en 1986 (s. de la CIJ en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*).

V.2 Crimen internacional, ¿de *lege lata* o *lege ferenda*?

El segundo argumento que se proyecta contra la figura de los crímenes internacionales reside en que tal concepto no encuentra acomodo ni justificación en la práctica internacional, que no es expresión del derecho positivo. Si la Comisión tiene que codificar y desarrollar progresivamente el Derecho internacional, la primera opción que manejan sus detractores consistirá en negar que la figura del crimen es *de lege lata* y, una vez logrado este objetivo, advertir que no es aconsejable, que no puede constituirse como una propuesta *de lege ferenda*. Recuérdese que la CDI, al aprobar el artículo 19, sostuvo precisamente que la formulación del concepto respondía a una práctica estatal y de organizaciones internacionales suficientemente desarrollada (55). Los Estados contrarios repiten, sin embargo, en sus observaciones que no existe tal fundamentación. Es el caso de Austria (56) o del Reino Unido (57). La consideración de Estados Unidos es más rotunda todavía: el concepto ni tiene fundamento en el Derecho internacional consuetudinario de la responsabilidad internacional de los Estados, ni sirve para el desarrollo progresivo de este Derecho, ni es viable en la práctica (58). Finalmente, las observaciones de Irlanda (59) guardan interés, dado que pretenden desmontar el propio comentario de la CDI, al exigir que la práctica analizada sea la estatal, y no la contenida en decisiones judiciales y arbitrales o las construcciones doctrinales. Y para Irlanda, *grosso modo*, aquélla es deficiente porque o bien apunta a actos ilícitos que impliquen la responsabilidad internacional de individuos y no de Estados; o bien pretende identificar y encontrar prueba de la categoría de los crímenes en la existencia de obligaciones *erga omnes*, lo que resulta erróneo, pues la Corte no establece en ninguna parte de su sentencia en el asunto de la Barcelona Traction (1970) vínculo

(55) En concreto, en el comentario al artículo 19, sostuvo que: «After mature consideration, the Commission chose this designation because it has come into common use in the practice of States and in contemporary learned works and because it is frequently employed in resolutions adopted by organs, first, of the League of Nations and, later, of the United Nations, as well as in important international instruments, including the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, the “Definition of Aggression” adopted by the General Assembly [resolutions 2625(XXV) and 3314(XXIX) respectively], and the conventions on genocide, apartheid, etc.».

(56) El país centroeuropeo realiza una auténtica profesión de fe a favor de desechar cualquier atisbo de desarrollo progresivo del Derecho internacional, al advertir que «given the fact that the notion of State crimes has thus far not been accepted in State practice and given also the need to formulate rules meeting the requirements of day-to-day practice, this notion of crimes should be abandoned»; en A/CN.4/488, p. 49.

(57) *Ibid.*, p. 65.

(58) *Ibid.*, p. 55.

(59) *Ibid.*, pp. 60-61.

alguno entre la violación de una obligación *erga omnes* y la imputación de una responsabilidad criminal al Estado que la haya cometido.

El profesor J. Crawford, Relator Especial, comparte en gran medida el alegato, y sustenta su autorizada opinión en que en el tiempo de la adopción del artículo 19 ninguna decisión judicial había admitido que los Estados pudieran ser penalmente responsables, constituyendo la única fuente indirecta la mencionada sentencia de la CIJ en el *asunto de la Barcelona Traction*. Con posterioridad a dicho *dictum*, la jurisprudencia analizada por Crawford hasta el presente, según él, no arroja réditos en favor de la figura del crimen, aunque «appuient assurément l'idée que le droit international comprend différents types de normes, et n'est pas limité à l'idée "classique" des normes bilatérales» (60). Sin perjuicio de compartir tal conclusión con el Relator Especial, en dos de las cinco decisiones judiciales aducidas difícilmente podían haber sustentado *in casu* la comisión de un crimen internacional, en la medida en que o se indagaba la imputabilidad del Estado por la comisión de ilícitos vinculados a la infracción de derechos humanos a título individual (desaparición de un ciudadano hondureño (61); o se orillaba la determinación de dicha responsabilidad, cuanto más su mayor o menor gravedad, tanto más si se violaba una obligación internacional de excepcional importancia (asesinato de Orlando Letelier) (62).

Pero quizás resulte todavía más llamativo que el Relator especial anote y comente, en dos de los restantes asuntos, referencias de los tribunales que los resuelven que se abonan pretendidamente a una descalificación de una hipotética responsabilidad penal del Estado. En efecto, en el *asunto Le Procureur c. Blaskic* la Cámara de apelación del Tribunal penal para la antigua Yugoslavia sostuvo que, en los términos del Derecho Internacional en vigor, es evidente que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales parecidas a las previstas en los sistemas penales internos (63). Y en el *asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio* (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia), a pesar de que la CIJ sostuvo que la responsabilidad de un Estado por el acto imputable a sus órganos no se encuentra excluida en principio por el artículo IV de la Convención, que apunta en principio a la comisión de un acto de genocidio por gobernantes o funcionarios (64), James Crawford advierte que la referencia realizada por la Corte no debe ser entendida

«comme visant la responsabilité pénale de l'Etat, mais bien l'imputation directe d'un génocide à un Etat en tant que tel. On notera qu'aucune des par-

(60) Premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490/Add.2, par. 62.

(61) Corte interamericana de derechos humanos, as. Velásquez Rodríguez c. Honduras (*Indemnización*), en IACHR série C, N.º 7 (1989), p. 52.

(62) *Asunto Re Letelier and Moffit* (1992), resuelto por una comisión internacional conformada entre Chile y Estados Unidos. Añade el Relator que en el caso en cuestión «Le paiement serait effectué *ex gratia*, mais le montant serait évalué "conformément aux principes du droit international applicables comme si la responsabilité était établie"»; Premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490/Add.2, par. 63.

(63) En *ILR* 607, vol. 110, pp. 697-698.

(64) CIJ, Recueil 1996, p. 595.

ties à cette affaire n'a argué que la responsabilité en question serait de nature pénale» (65).

Stricto sensu, hay que estar de acuerdo con el Relator especial. Casi nadie, ni la práctica de los Estados, ni la jurisprudencia internacional, ni la doctrina, admite la idea de una responsabilidad penal del Estado, acuñada a imagen de la responsabilidad penal de derecho interno. Pero, como se ha advertido con anterioridad, hacer equiparables responsabilidad penal y responsabilidad internacional del Estado por la comisión de crímenes internacionales exige fiar mucho del término crimen para desvirtuar el sentido originario de dicha responsabilidad.

En los debates efectuados en la CDI sobre el informe del Relator Especial, algunos de sus miembros han sostenido que la distinción establecida por el artículo 19 no había sido seguida por la jurisprudencia internacional. En efecto, podría aducirse que ningún Estado ha acudido a la CIJ recientemente alegando haber sufrido un crimen internacional y, en hipótesis, de hecho, podría haber sido así si se repasasen las violaciones de obligaciones internacionales que, en algunos de los últimos asuntos, los Estados por ellas invocan: en los *asuntos relativos a la licitud del empleo de la fuerza* (Yugoslavia c. Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, España, Estados Unidos,) el país balcánico alega en sus demandas, entre otros motivos, la violación flagrante de la obligación de no recurrir al empleo de la fuerza contra otro Estado. En los *asuntos de las actividades armadas sobre territorio del Congo* (R. Democrática del Congo c. Ruanda, Burundi y Uganda), las demandas congoleñas, registradas en la Secretaría el 23 de junio de 1999, solicitan de la Corte que declare culpable a Ruanda, Burundi y Uganda de sendos actos de agresión, tal y como es ésta definida en el artículo 1 de la res. 3314 de la AGNU, y como infracción del artículo 2.4 de la Carta; además, de la violación continua de las convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 y de la violación masiva de los derechos humanos más elementales. Y en el *asunto del incidente aéreo de 10 de agosto de 1999* (Paquistán c. India), Paquistán solicitó de la Corte que juzgara y condenara los actos de la India como constitutivos de una violación de diversas obligaciones derivadas de la Carta y del Derecho Internacional consuetudinario.

Si queda claro que cualquiera de las violaciones citadas es subsumible en el concepto de crimen, lo está mucho menos por qué debería pedirse (y qué ganarían con ello) a los Estados por ellas directamente lesionados la carga de levantar la bandera del crimen internacional, cuando: 1) ello implicaría involucrarse en un debate conceptual que, por lo menos, nos ha hecho descubrir que, en lo que se refiere exclusivamente a la *denominación de origen* «crimen», las cosas están ahora mucho menos claras que cuando en 1976 la CDI proclamó que tal figura era *de lege lata*; 2) resulta, además, más que discutible el régimen jurídico aplicable en estos casos, si es que existe alguno, dado que la regulación contenida al respecto en el proyecto de arts. sobre responsabilidad es producto, esto sí, según creo, del desarrollo progresivo del Derecho Internacional; 3) de existir este régimen, ¿acaso, según está perfilado, no involucraría más bien a otros Estados, los indirectamente lesionados, regulando su reacción frente al Estado autor del crimen, y no

(65) Premier rapport sur la responsabilité des États, A/CN.4/490/Add.2, par. 63

al Estado directamente lesionado, cuyo más inmediato interés se encuentra en obtener la cesación del ilícito, la reparación y en conseguir garantías de no repetición del mismo?; y, 4) con lo que, consecuentemente, la Corte de la Haya sólo incidentalmente tendría oportunidad de pronunciarse al respecto.

En efecto, si aquéllos lo hicieran, si los Estado lesionados invocaran en demandas ante la Corte la comisión de crímenes internacionales, tanto mejor para la emergencia de una futura práctica, para la consolidación de la figura, para el desarrollo progresivo del Derecho internacional, en suma, en los casos en que la instancia jurisdiccional asumiese el reto de, al menos, pronunciarse y afirmarse que las citadas violaciones merecen el duro calificativo de crimen internacional. Pero, de nuevo, al no existir un régimen de *lege lata* aplicable a estos ilícitos de singular gravedad, la calificación de un ilícito como crimen no pasaría de ser un *obiter dictum*. Lo que también resulta más que dudoso, visto el comportamiento seguido por el órgano judicial de Naciones Unidas en circunstancias parangonables y cuyo desmenuzado análisis ahora no podemos afrontar, de las que es una buena medida su pacata actitud negando la operatividad de las obligaciones *erga omnes* frente a la regla del consentimiento de su jurisdicción, en su sentencia de 30 de junio de 1995, relativa al *asunto de Timor Oriental* (Portugal c. Australia) (66). Como conclusión, advertir indiciariamente en la jurisprudencia internacional la asunción del concepto de crimen *eo nomine* sería sorprendente, incluso admirable, un ejercicio ni siquiera similar al de la aparición del concepto de las obligaciones *erga omnes* en la s. de 1970 en el *asunto de la Barcelona Traction*, más ambicioso todavía, en tanto que rayano con una función pretoriana judicial.

Pero la idea central que se combate por los detractores del crimen internacional puede resultar confusa, pues lo que sí se encuentra en la práctica estatal y, por supuesto en la jurisprudencia internacional, no es tanto la aceptación de la figura del crimen, cuanto la consideración de que existen diferentes categoría de ilícitos, atendiendo a la naturaleza de la obligación internacional violentada. Buscar la palabra crimen internacional en la práctica estatal resulta dificultoso, sin duda, aunque no imposible. No se encontrará, desde luego, en la jerga diplomática de los países occidentales, incluso cuando, allá en la década de los ochenta se dedicaron a adoptar medidas de presión económica con finalidad *sancionadora* contra determinados países por supuestas violaciones del Derecho internacional. La base justificativa utilizada en la adopción de tales medidas contra la Unión Soviética por su intervención en Afganistán (1979) y su implicación en Polonia (1982), contra Irán (1979) por la toma como rehenes del personal diplomático y consular estadounidense en Teherán, contra Argentina tras su intervención militar en las islas Malvinas (1982), contra Siria y Libia por sus presuntas implicaciones en actividades del terrorismo internacional (1986) fue la quiebra por dichos Estados del ordenamiento internacional y la necesidad de coadyuvar en su defensa.

(66) *Vid.*, A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DíEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, p. 29, y, entre muchos, el trabajo de Carlos D. ESPÓSITO, «El asunto de Timor Oriental ante la Corte Internacional de Justicia», *ADI*, vol. XII, 1996, pp. 617-639. En cuanto a las obligaciones *erga omnes*, véase Maurizio RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Debe deducirse, no cabe otra interpretación, que tales violaciones, para merecer una respuesta de tal envergadura por parte de terceros Estados, no debían ser simples ilícitos que despertaran el interés de la parte por ellos lesionada, sino que, en la medida en que las obligaciones internacionales por dichos países incumplidas parecían salvaguardar intereses esenciales de la comunidad internacional, tales Estados se erigían en sus defensores descentralizados, sustitutos de la acción paralizada de las instancias internacionales. Al menos esa fue entonces su argumentación (67). La práctica sancionadora de terceros Estados en respuesta a la comisión de ilícitos de especial gravedad sólo podía encontrar acomodo en que se calificase como la respuesta a ilícitos cuya especial gravedad expande el número de los Estados lesionados para afectar a todos, a la sociedad internacional.

¿Qué opina al respecto el Profesor Crawford? Que aunque existe cierta práctica estatal, ésta no pasa de ser embrionaria, y la que existe, se encuentra en su mayor parte circunscrita al crimen de agresión, siendo en este caso, en opinión del Relator especial, irrelevante, dado que la Carta de las Naciones Unidas se bastaría para determinar sus efectos (*vid.* art. 39). Punto de vista un tanto discutible, dado que el Consejo de Seguridad no actúa como órgano aplicador del Derecho internacional, interesado por la constatación de los incumplimientos más relevantes, como el crimen de agresión. La naturaleza política de su actividad, en el marco de los poderes que le confiere el capítulo VII de la Carta, puede constatarse por el escasísimo número de veces en que constata la existencia de una agresión, aunque palpablemente, a los ojos de un atento observador ésta se haya producido. El ejemplo canónico al respecto lo suministra la invasión iraquí de Kuwait, y la ausencia en las resoluciones del Consejo de la calificación de tal actuación como un acto de agresión. Resulta peculiar que el Relator especial se detenga precisamente en este punto, al asumir que

«de manière peut-être plus significative, les mesures prises par le Conseil de sécurité depuis 1990 n'ont pas entendu "incriminer" les Etats, même en cas de violation flagrante de normes fondamentales [...] L'Iraq a à toutes fins utiles été traité comme un "Etat criminel" durant la période qui s'est écoulée depuis qu'il a envahi le Koweït, mais les résolutions du Conseil de sécurité le concernant n'ont pas utilisé la terminologie de l'article 19. Les résolutions adoptées depuis 1990 au titre du Chapitre VII ont toujours utilisé la formule "menace à la paix ou rupture de la paix", et non l'expression "acte d'agression". La notion de "menace à la paix ou rupture de la paix" a été progressivement étendue à des situations de caractère essentiellement humanitaire (par opposition à interétatique). Mais ces résolutions n'ont pas fait fond sur la notion de "crime international" au sens de l'article 19, malgré de nombreuses références à l'action pénale contre les crimes au regard du droit international et du droit interne» (68).

Al ser la función del Consejo de Seguridad ajena a la aplicación del Derecho internacional, al estar centralizada su actividad en coadyuvar al, o restaurar el,

(67) *Vid.*, al respecto, mi trabajo *Cooperación política y Comunidades europeas en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, UAM, Madrid, 1991.

(68) *Ibid.*, par. 65.

mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, pueden encontrarse explicaciones a la falta de incriminación de los Estados (Iraq, Libia, Sudán, Haití, ...) que sufren sus medidas. No son necesarias para la aprobación de la resolución, incluso puede preverse que el recurso al concepto de agresión dificultaría ulteriores aproximaciones al país afectado. En las resoluciones que las aprobasen, la referencia al artículo 19 del proyecto sobre responsabilidad internacional no pasaría de ser un muy (más que muy) improbable *obiter dictum*. Pero es que, además, ¿puede alguien imaginar al representante de los Estados Unidos, país que encabeza la enemiga contra el concepto de crimen, junto con el de Francia y Gran Bretaña, cocinar un proyecto de resolución que mencione que un Estado ha cometido un crimen internacional?

Llegados a este punto, se impone manifestar mi parecer sobre el carácter de *lege lata* o *lege ferenda* del crimen internacional. Con cierto desánimo no puedo más que sumarme a la segunda de las alternativas y, por lo tanto, asumir cualquiera de las tres siguientes opciones, o las tres a la vez: que el pronunciamiento favorable de la CDI en 1976 a la consideración del crimen como parte del derecho vigente fue un tanto prematuro; que, desde entonces, la práctica internacional ha sido inconsistente, no generalizada, y no ha consagrado dicho status en favor del crimen; o que lo ha perdido, si es que en algún momento anterior lo adquirió, a causa de la labor deconstructiva que entusiásticamente han realizado determinados Estados. No obstante lo dicho, mi posición debe limitarse exclusivamente a sostener que el concepto de crimen no es *de lege lata*. En cambio, me parece indiscutible que hay un consenso generalizado en la sociedad internacional en favor de la existencia de hechos ilícitos de especial gravedad, consenso que desde luego alcanza a los más conspicuos opositores de la figura del crimen. Basta con leer sus observaciones al proyecto de arts. de la CDI. Convengamos que la sombra del derecho penal es alargada.

De admitir que la figura del crimen internacional no es *de lege lata*, las opciones que se abren para su tratamiento son diversas: en primer término, queda por decidir si debe desecharse cualquier progreso por esa vía, al estilo de lo que pretenden las tesis de los más significados países occidentales, y reconducir por tanto la codificación de la responsabilidad internacional a su unicidad en torno al ilícito internacional, sin cualificar éste por su gravedad; olvidado este deslíz, y optándose por la más estricta codificación, el éxito del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional estaría más cercano. Esto es indudable. Así se pronuncia, por ejemplo, con pesar, Derek W. Bowett, que fue miembro de la CDI desde 1991 a 1996, porque para él

«there were too many difficulties at the time to make it prudent to incorporate crimes into the draft, and his view was that it might be better to delete Article 19 and confine state responsibility to “ordinary” delicts, rather than risk a controversy that might place the entire draft in jeopardy. However the Commission thought otherwise and it is now for the Member States of the UN express their views» (69)

(69) D. W. BOWETT, «Crimes of States and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility», en *EJIL* 9 (1998), p. 173.

Una vía intermedia, que apunta el Relator especial como plausible, sería la de intentar la codificación del crimen internacional fuera de este ámbito, de este tema de la agenda de la CDI, adecuando un sitio específico para ello. En otras palabras, sería condenar al crimen al limbo, aunque tal vez sea lo más adecuado para un *nasciturus* de tan proveya edad. La manifiesta oposición mostrada por los Estados occidentales ocluiría cualquier intento de desarrollo progresivo fuera o dentro de este tema de la agenda de la CDI, fuera o dentro de la CDI, fuera o dentro de las Naciones Unidas. Sostener tal posibilidad no deja de ser una piadosa ilusión, o una no muy sutil añagaza con que arrojar lastre en el proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados para que éste quede limitado a la codificación de las normas consuetudinarias. *A la page.*

VI. ¿QUÉ RÉGIMEN PARA EL CRIMEN INTERNACIONAL?

Si la CDI no se decide a excluir del proyecto de arts. la figura del crimen, bien porque no la condene al olvido o bien porque no la remita a otro ámbito codificador, una forma más elegante de enviarla al ostracismo, habrá que afrontar la determinación del régimen propio de los crímenes internacionales. Siguiendo aquí las opciones ofertadas por el profesor Crawford, la primera se alinearía a favor del mantenimiento del *statu quo*, esto es, de la reglamentación plasmada en el proyecto de arts. tal y como fue aprobado en primera lectura en 1996 y que previamente hemos comentado (arts. 19, 40.3, 52 y 53). Se recordará que tal régimen sigue la fórmula del *delictus plus*, cuyas consecuencias, ya lo sabemos, fueron calificadas de anodinas por el Relator especial, de un auténtico fiasco, que no responde a la ambiciosa arquitectura jurídica que, según J. Crawford, parece merecer el crimen internacional.

Pues bien, no todos los miembros de la CDI opinan de la misma manera. Alain Pellet (70), muy al contrario, entiende que la técnica seguida por Gaetano Arangio-Ruiz durante el período 1993-1996 para la formulación de las consecuencias de un acto ilícito internacional se inclinan más sobre los crímenes que sobre los delitos, tal vez porque los ejemplos utilizados por el Relator especial se centran en el crimen más emblemático, el uso de la fuerza. Ello quizá explique, como continúa advirtiendo el profesor francés, que las reglas contenidas en los artículos 41 a 46 del proyecto reflejan más bien consecuencias que deberían limitarse al caso de los crímenes y no contaminar a los delitos, como ocurre con las *punitive damages* de los artículos 40.2 y 45.2.c, y, sobre todo, con la enorme facilidad con que se ha regulado el recurso a las contramedidas.

No es ahora el momento de analizar exhaustivamente todas las alternativas que concita la formulación de un régimen jurídico para los crímenes internacionales. Sin embargo, sí debemos plantearnos dar respuesta a algunas cuestiones claves: 1) ¿qué ilícitos deben ser considerados como crímenes internacionales?; 2) ¿cómo se determina la existencia de un crimen internacional?, y, 3) Cómo se sanciona al Estado autor de un crimen y por quién?

(70) A. PELLET, *Can a State commit a Crime...*, ob. cit., pp. 431-432.

Un régimen, por otra parte, con alguna ostensible carencia, que debería ser completada: la falta de designación de una autoridad competente para decidir cuándo ha sido cometido un crimen internacional. Hubo al respecto una propuesta en la CDI, similar a la contenida en el artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que porfiaba por entregar a la jurisdicción obligatoria de un tribunal arbitral o de la Corte Internacional de Justicia las controversias relativas a la existencia de un crimen internacional. No prosperó, por oscuras razones según nos comunica Alain Pellet (71), miembro de la CDI, y se remitió para su análisis y reconsideración a la segunda lectura. No obstante, el Relator especial la ha soslayado casi completamente, en concordancia con su posición radicalmente contraria a continuar acogiendo al crimen en el proyecto de artículos. Será imprescindible retomarla. La institucionalización del régimen de los crímenes internacionales debe constituir un objetivo primordial, llamado a combatir los evidentes, por demostrados en el pasado, riesgos de una eventual aplicación descentralizada de la competencia para definir cuándo se comete un crimen, cuándo lo ha cometido un sujeto, y qué respuesta coactiva se merece. Si el crimen merece un hueco en la responsabilidad internacional, lo es bajo la garante gestión de una autoridad imparcial.

VI.1 ¿Un código de crímenes internacionales de los Estados?

Lo primero, será preciso advertir cuáles son las obligaciones internacionales cuya violación acarrea un crimen internacional. Recuérdese que la redacción dada al artículo 19 dejaba abierto el problema al reenviar a la comunidad internacional en su conjunto el reconocimiento de las violaciones que deben considerarse como crímenes internacionales. Técnica que no es nueva en el Derecho Internacional, muy al contrario, pues guarda semejanzas tanto con la determinación de las normas de *ius cogens* como con el propio proceso consuetudinario.

En este contexto, se ha esgrimido la necesidad de hacer un hueco a la máxima *nullum crimen sine lege*, aunque vinculada a las posiciones que se predicán de una criminalización de la responsabilidad internacional del Estado, o a las contrarias, las que abominan de una criminalización de la responsabilidad internacional del Estado, estas últimas con el ánimo de mostrar la imposibilidad consustancial al Derecho Internacional de un régimen como el del crimen. ¿Cómo funcionaría éste si los Estados navegaran en la mayor de las incertezas jurídicas al no poder ser conscientes de cuándo su conducta ilícita implica un crimen o cuándo no? El argumento es falso de toda índole. En primer término, porque implica una incorrecta trasposición de categorías del derecho penal interno; en segundo lugar, e incluido en el anterior, porque se apoya en la falsa presunción del carácter penal de la responsabilidad por crímenes; e, incluso, en tercer lugar, porque ni siquiera para la responsabilidad penal internacional de los individuos opera la máxima *nullum crimen sine lege*. Ya lo ha advertido Antonio Remiro Brotons, refiriéndose a la tipicidad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad para señalar que

(71) A. PELLET, *Can a State commit a Crime...*, ob. cit., p. 429.

«no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos, pues la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura en un momento dado, hasta que la codificación y sus trabajos preparatorios permiten su más precisa representación, basándose, a menudo, en tipos relativamente abiertos; sólo en el plano de las reglas particulares inscritas en los tratados por los que se obligan los Estados (y que son, a su vez, elementos de la práctica y expresión de la *opinio iuris* que coadyuvan a la creación de normas generales) la tipicidad internacional se aproxima a la interna (y hasta se subsume en ella, cuando se trata de reglas de aplicación directa)» (72).

Y si abandonamos la responsabilidad penal internacional de los individuos, de cuya naturaleza sí que no cabe duda alguna, en el proceso de determinación de aquellas obligaciones internacionales tan esenciales para la salvaguardia de los intereses de la comunidad internacional que ésta ha calificado su violación como un crimen internacional, el mecanismo que se siga no debe cumplir las mismas exigencias penalistas. Plantear que sólo la codificación de las mismas ayudaría a dar certidumbre y operatividad a la demanda de una responsabilidad del Estado por la comisión de crímenes, y avanzar que sólo sería posible si tal certidumbre se corporeiza en un verdadero código de crímenes internacionales, debidamente plasmado en un tratado, es fruto de una mentalidad penalística. En cambio, desde una concepción internacionalista, ni siquiera invocar la necesidad de la máxima *nullum crimen sine lege*, más aún cuando no se trataría de eso, pues estaríamos de nuevo a vueltas con las estructuras internas del argumento penalista, reenvía a la construcción codificadora de un *corpus* cerrado, sino a un proceso similar a la creación de las normas consuetudinarias, porque eso sería, sobre el que también recaería acumulativamente otro proceso, similar al de la identificación como normas de carácter imperativo. Esto es, que no es una operación desconocida en Derecho Internacional confiar a la comunidad internacional en su conjunto la fijación de los crímenes internacionales. Tal vez sería más adecuado perfilar una autoridad internacional competente para hacerlo, pero resultaría mucho más que impensable, más aún que la más lógica elaboración por parte de los propios Estados de un código de tal índole. En la Comisión así se ha sostenido, al estimar lo difícil de obtener una noción precisa de crimen y sugerirse que sería suficiente con enunciar una definición general sin formular los elementos de los crímenes, porque nada exigiría otra cosa (73).

VI.2 ¿Una autoridad internacional para la persecución del crimen internacional?

La determinación de que un Estado es autor de un ilícito internacional se encuentra, en el estado actual del Derecho Internacional general vigente, sujeta a la apreciación unilateral del Estado víctima, sea cual sea la gravedad de la obligación internacional que aquél haya violado, trátase de una derivada de un tratado de

(72) A. REMIRO BROTONS, *El caso Pinochet...*, ob. cit., pp. 59-60.

(73) CDI, Report 1998, par. 308.

comercio o de una relativa a la prohibición del uso de la fuerza *ex* artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero debe quedar meridianamente claro que, sea cual sea el ilícito cometido, tal apreciación unilateral del estado lesionado nunca se impone, por vía de autoridad a la posiblemente divergente opinión del Estado infractor. Porque éste suele argumentar generalmente que su conducta no es ilícita o que resulta amparada por alguna de las circunstancias reconocidas por el Derecho Internacional como excluyentes de la ilicitud del acto que ha cometido. De ahí, de la disparidad de opiniones que puede manifestarse, es previsible que surja una controversia internacional entre dichos Estados, que versará sobre la comisión del ilícito, sobre la necesidad de que cese dicha conducta ilícita, caso de que se haya producido, y sobre la obligación de reparar al lesionado. Al servicio del arreglo de la misma, los medios pacíficos de solución que establece el Derecho Internacional. En el ínterin, el lesionado puede recurrir a la adopción de contramedidas, siempre pacíficas, proporcionales y destinadas a obtener sólo la reparación y el cese del ilícito. Sólo que, si con posterioridad, y gracias a un pronunciamiento de un órgano arbitral o judicial, se revela que la apreciación del Estado lesionado acerca de haber sufrido un ilícito resultaba equivocada, las contramedidas que adoptó contra el infractor devendrían en puros actos ilícitos de los que obligadamente debe responder. En el análisis que el Relator especial J. Crawford realiza sobre las contramedidas en su Segundo Informe a la CDI, sostiene que parece haber acuerdo generalizado sobre tal concepción de las mismas (74).

Pues bien, ¿cómo funciona este esquema, que vincula la cuestión del recurso a las contramedidas por el Estado lesionado con la formulación de un sistema de arreglo de controversias adecuado, en el caso de la comisión de un crimen internacional? Como advierte Derek W. Bowett (75), uno de los aspectos más controvertidos en el debate de la CDI previo a la aprobación del proyecto de arts. en 1996 fue, por las inherentes dificultades del tema, si debía institucionalizarse la determinación de la comisión de un crimen internacional o, siguiendo los mecanismos característicos de la tradicional aplicación descentralizada del Derecho Internacional, dejarla al albur de la apreciación unilateral del Estado lesionado. Con ser éste un mecanismo tradicional, clásico, de aquilatada trayectoria, su proyección sobre los crímenes internacionales resulta perturbadora. Téngase en cuenta que, en el caso del crimen, el círculo de Estados lesionados se amplía a la universalidad. Todos los Estados, se entiende, resultan lesionados por el crimen internacional, no sólo el que lo sufre (art. 40. 3 del proyecto).

Con el régimen de los crímenes internacionales se pretende extender protección a un conjunto estricto de obligaciones internacionales cuya custodia llama precisamente a la intervención de la comunidad internacional, la única que ha sido responsable de la calificación apriorística de determinados ilícitos como crímenes. Delegar la determinación de su existencia en el caso concreto a un Estado *uti singuli*, el directamente lesionado, si utilizamos la terminología que aplicara el Relator especial Wilhem Riphagen; o, peor aún, en una miríada de ellos, los indirectamente lesionados, continuando con Riphagen, no supone el fin de proceso alguno orientado a la restauración del Derecho, sino, con seguridad, el nacimiento

(74) *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, A/CN.4/498/Add.4, par. 383.

(75) D. W. BOWETT, *Crimes of States and...*, ob. cit., p. 168.

de nuevas controversias o la escalada de situaciones que pueden llegar a constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. El riesgo de *entregar* la defensa de los valores fundamentales del orden internacional a la acción unilateral o concertada de los países terceros, actuando de consuno con, o independientemente del Estado lesionado, como ha demostrado fehacientemente la práctica occidental de la década de los ochenta, es un cheque en blanco endosado en favor de la defensa de las políticas exteriores de los poderosos. Una solución desigualitaria y sin legitimación alguna como ésta resulta impensable, porque no se habrá pronunciado instancia que pueda encarnar la voluntad de la comunidad internacional en la defensa de sus valores primordiales y, por tanto, nutrir de la necesaria legitimación las acciones que se emprendan para la persecución de los crímenes.

Tan deseable es la institucionalización del régimen del crimen internacional como ardua la tarea de concretarla en una forma aceptable que pueda suscitar el consenso en la comunidad internacional. Lo que tampoco resulta sorprendente cuando se piensa en el lentísimo goteo de ratificaciones que se va desgranando en la aceptación por los Estados de lo que para algunos de ellos constituye, paradójicamente, su alternativa: el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Hablar de institucionalización en la sociedad internacional suscita en algunos un llamado ineludible a los órganos principales de Naciones Unidas, en concreto a la Asamblea General, al Consejo de Seguridad y a la Corte Internacional de Justicia. También tal asociación de ideas se ha suscitado en el seno de la CDI, aludiendo fundamentalmente a la competencia del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta. No en vano una de las situaciones que habilitan al órgano de la ONU a actuar es la agresión, máxima expresión del crimen internacional. Pero, y en ello se encuentra una de las claves, a mi entender, para excluir su participación en la persecución de los crímenes internacionales, ¿cuál es la función del Consejo de Seguridad a la hora de determinar la existencia de una agresión? ¿Acaso su actividad no está orientada hacia el objetivo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales?

Lo hemos dicho, colectivamente, en otro momento:

«que no puede considerarse el Consejo de Seguridad como un órgano que tiene encomendada la aplicación coactiva del Derecho Internacional. Ni en el caso de los delitos internacionales –violaciones que sólo interesan al Estado lesionado–, ni en el de los crímenes internacionales –aunque su persecución y el castigo de los responsables trascienda del interés del sujeto lesionado–. No obstante lo dicho, debe advertirse que, si se examina la práctica del Consejo, las resoluciones adoptadas con fines sancionadores incluyen normalmente en sus considerandos, y no puede ser de otro modo, referencias concretas a los ilícitos imputables a sus destinatarios. Pero no son definitorias, sino meramente indiciarias, de la actividad de un órgano que no funciona con poderes jurisdiccionales» (76).

Así debe explicarse que en contadísimas ocasiones el Consejo de Seguridad recurra a calificar como agresión una situación de las que le abren la puerta para el

(76) A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, ob. cit, p. 461.

ejercicio de los poderes del capítulo VII de la Carta. Así debe explicarse que en la práctica anterior a 1990 no reaccionara ante situaciones que, a los ojos de un observador objetivo (guerra Iraq-Irán, 1980-1988), hubiesen ameritado una vigorosa actuación. Pues estamos ante un órgano político que no reacciona frente a las infracciones (más graves) del Derecho Internacional, sino ante un órgano político responsable del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Y así debe interpretarse que, cuando el Relator especial asevera que la práctica internacional relativa al crimen, derivada de la acción del Consejo de Seguridad, es inconsistente, no es posible aceptar dicha opinión, porque tal práctica está encaminada a una causa completamente distinta y no puede contribuir a la finalidad que pretende rastrear Crawford.

Se ha dicho que la existencia de órganos internacionales que, de acuerdo con criterios jurídicos, determinen la existencia de un crimen internacional y las sanciones aplicables o, más concretamente, la satisfacción por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la CIJ de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, respectivamente, relativas a los crímenes internacionales es un desiderátum (77). Deseo digno de encomio, pero que no es posible compartir, y que exigiría además una reforma de la Carta, al menos en lo que se refiere a la actuación tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad. En cuanto a éste, por lo ya dicho, y en lo que hace a aquélla, porque su labor legislativa no es tal, a salvo del marco que propicia en ocasiones para la comprobación de los dos elementos en que consiste la costumbre internacional.

Cierto es que, en lo que hace a la función legislativa de la Asamblea General, para establecer los crímenes o la ejecutiva del Consejo de Seguridad para determinar su existencia y actuar coactivamente en su persecución, tales poderes podrían conferirse a dichos órganos en el tratado codificador que sobre Responsabilidad se adopte en un futuro. Opción que, mencionada por Derek W. Bowett (78), presenta más inconvenientes que ventajas a sumar a la naturaleza política de dichos órganos, a su carencia de imparcialidad, a su conformación inadecuada para el cumplimiento de dichas funciones de custodia de la legalidad internacional. Entre otros, que el poder conferido sólo alcanzaría a los Estados partes en el tratado, lo que se constituye en un inconveniente francamente perturbador, al perfilarse zonas oscuras en la sociedad internacional, opacas al control de la legalidad de mayor fuerza normativa, la que se nutre de las obligaciones esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

Y, sin embargo, desde otra perspectiva, las propuestas de G. Arangio-Ruiz pretendieron encontrar acomodo a ambos órganos de la ONU en un alambicado procedimiento para que un tercer Estado pudiese aplicar contramedidas al autor de un crimen. Requeriría, en un primer momento, acudir a los órganos políticos, para que la Asamblea General, por mayoría de dos tercios, y el Consejo de Seguridad, por mayoría de nueve miembros, en los que estén representados los cinco permanentes, absteniéndose los interesados allí presentes (se supone que el autor del cri-

(77) Así lo sostiene J. ALCAIDE FERNÁNDEZ en su muy documentada y pertinente obra *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 183, atribuyendo tal deseo a A. REMIRO, *et al*, *Derecho Internacional*, ob. cit., pp. 459-463.

(78) D. W. BOWETT, *Crimes of States and...*, ob. cit., p. 170.

men), diese carta blanca al Estado para que se dirigiese a la Corte Internacional de Justicia. A continuación, el órgano judicial decidiría por sentencia si se ha cometido un crimen y, en caso afirmativo, facultaría al tercer Estado a aplicar las contramedidas al Estado infractor. Tal sistema, afortunadamente desechado, tendría la virtualidad, que no *virtud*, de: 1) comprometer inadecuadamente la actuación de órganos políticos en la aplicación coactiva del Derecho Internacional; 2) exigir una reforma de la Carta, que arrastraría, para el caso concreto de la implicación de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, su anulación del derecho de veto, a semejanza de la regulación (pero sólo relativa a controversias y con las inherentes limitaciones) del capítulo VI de la Carta, y, 3) alargaría tanto los plazos, si hay que esperar a una sentencia de la Corte, que redundaría en su inoperancia, salvo que se estableciesen reformas en el procedimiento del órgano jurisdiccional.

En el seno de la CDI, a la hora de estimar las aportaciones del primer informe de J. Crawford, las opiniones se dividieron en dos grupos, la corriente institucionalizadora y la descentralizadora. La primera puso el énfasis en hurtar a la decisión subjetiva del Estado lesionado la determinación objetiva de la existencia de un crimen, para impedir el juego interesado de los poderosos, y en prever un mecanismo institucional apropiado al efecto. Por su parte, la corriente descentralizadora sostuvo que:

«il était utopique d'envisager une telle procédure ou institution au stade actuel d'évolution de la communauté internationale où n'existaient ni autorité centrale pour déterminer et imputer la responsabilité pénale, ni procédure pour décider avec autorité si un crime d'État avait été commis, ni mécanisme communément accepté pour décider de l'existence d'un crime et de la réaction juridique nécessaire, ni mécanisme investi d'une juridiction pénale à l'égard des États et habilité à imposer des peines, ni enfin une institution capable d'exécuter les décisions de justice pénale en cas de crime d'État. On a déclaré que la justice pénale présupposait l'existence d'un système judiciaire qui décidait si une infraction avait eu lieu et qui déterminait la culpabilité, et qu'il serait extrêmement difficile de transposer la notion pénale de crime dans le domaine du droit international en l'absence des procédures et institutions susmentionnées, situation conforme à l'adage *par in parem non habet imperium*. On a fait observer que le précédent Rapporteur spécial avait tenté de prévoir l'existence d'une autorité indépendante compétente à laquelle aurait été confiée la tâche de qualifier les faits de crime mais que le régime complexe ainsi proposé pour traiter des allégations de crime d'État avait été rejeté par la Commission parce qu'il était inapplicable, qu'il était contraire à la Charte des Nations Unies et qu'il allait au-delà du mandat donné à la Commission» (79).

Diagnóstico contundente, y no precisamente desacertado, al señalar las carencias del sistema descentralizado de aplicación del Derecho Internacional, pero que gusta en enrocarse en el argumento penalista. Si descontáramos éste, lo que no admiten los detractores de la noción de crimen, países y miembros de la CDI, la constatación de tal síntoma exigiría precisamente proveer a la solución de sus

(79) *Raport de la CDI...*, par. 310.

carencias, habida cuenta el salto cualitativo que, respecto del delito, implica el crimen. La institucionalización, en lo que se refiere a la determinación objetiva de su existencia, es más que un deseo, debe ser una exigencia ineludible. Y debemos olvidarnos de la aportación que, al respecto, puedan realizar órganos como la AGNU o el Consejo de Seguridad, porque la actividad que desempeñan, discrecional, ajurisdiccional, política, no casa con la operación de advertir de la comisión de un ilícito, sea éste crimen o delito, que lo mismo da.

Cuestión distinta es que, y va de suyo, el futuro tratado codificador sobre responsabilidad, de existir, no menoscabará los poderes de que goza el Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Las medidas que éste adopte, un embargo comercial por ejemplo, militarán exclusivamente a favor de dicha finalidad y no pueden concebirse como *sanciones* del incumplimiento del Derecho Internacional más significado. Aunque en el lenguaje corriente se utilice tal denominación, inclusive por la doctrina, es opinión que comparto (80) que tal acepción no clarifica la naturaleza y la función que se cumple por el órgano de la ONU al adoptarlas. Otra cosa es que, en ocasiones, dichas medidas hayan sido adoptadas con tal finalidad, punitiva, pero entonces parece más bien que el acto podría ser *ultra vires* (81). En fin, ni siquiera el más correcto pronunciamiento del Consejo de Seguridad que impute la comisión de una infracción de la prohibición del uso de la fuerza a un Estado se encontraría libre de la posibilidad de ser, en las relaciones entre Estado autor del hecho y Estado lesionado por el mismo, sometido a la verificación de su legalidad, cuando proceda, por una instancia jurisdiccional.

Por eso, quizás la mejor de las opciones, como apuntaran algunos miembros de la CDI, y como propusiese también, con algunas variaciones, G. Arangio-Ruiz, sea la trasposición al proyecto de artículos, en el ámbito de la solución de controversias, de un precepto similar al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, a fin de someter a la jurisdicción de la CIJ o a un tribunal arbitral las controversias relativas a los crímenes internacionales. No ha sido una opción que despierte el generalizado entusiasmo de los Estados, al igual que la jurisdicción de la Corte tampoco la despierta genéricamente, a pesar del incremento de los asuntos que se le someten en los últimos tiempos. Pero también algunos Estados se han pronunciado a favor. En contra se ha argumentado que los Estados no admitirían someterse a la jurisdicción obligatoria; que la lentitud del procedimiento ante la Corte, donde el Estado litigante debe esperar cuatro o cinco años para obtener un pronunciamiento judicial, haría inoperante el sistema; y que, puesto que en el caso del crimen el círculo de Estados lesionados se ampliaría hasta cubrir a todos los existentes, pudiendo aparecer ante la Corte cerca de 200 como demandantes, la litigiosidad haría inmanejables dichos asuntos (82).

En el proyecto de artículos aprobado en 1996 por la CDI, el procedimiento de arreglo de controversias, sin mención específica al caso de los crímenes internacionales, discurre con las mayores dosis de voluntariedad, por los vericuetos de la

(80) *Vid.*, A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, ob.cit, p. 934.

(81) *Ibid.*, p. 944-945.

(82) D. W. BOWETT, *Crimes of States and...*, ob. cit., p. 168.

conciliación (arts. 56 y 57) y del arbitraje (art. 58), pero se trasmuta en obligatorio indirectamente, en sede de arbitraje, entre un Estado que haya sido objeto de contramedidas y el/los autor/es de las mismas. El primero de ellos queda facultado a someter unilateralmente la controversia al tribunal arbitral (art. 58.2). Vía indirecta por la que el crimen internacional podría discurrir, pero que, al estar supeditada a la voluntad del Estado presuntamente autor del crimen, plantea serias limitaciones. En un futuro, podría quedar abierta también para los crímenes, si se faculta al Estado lesionado a someter la controversia. Pero en este caso, ¿qué debemos entender por Estado lesionado? Si continuáramos con la acepción recogida hasta el momento presente, acabaría siendo consagrada una *actio popularis*. Descontados los problemas de procedimiento, no debe echarse en saco roto la propuesta, sin perjuicio de considerar preferible el recurso a la Corte Internacional de Justicia. En cambio, y a cambio, quizá fuera imprescindible limitar el recurso a las contramedidas en el caso de los crímenes sólo al Estado directamente lesionado, por lo menos hasta que se hubiese pronunciado el tribunal arbitral. Quizá a partir de un pronunciamiento declarativo de éste, que atribuyese la responsabilidad por la comisión de un crimen, podría ampliarse de nuevo el círculo de Estados indirectamente lesionados que pudieran recurrir a contramedidas contra el autor del mismo, a los efectos de que se cumpliera el laudo arbitral y se reparase al Estado lesionado y, en caso de que se tratase de un ilícito continuo, para que éste cesase.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN (PROVISIONAL)

La alternativa que ha seguido la CDI ha sido la de meter en hibernación al crimen internacional. ¿Definitiva? La opción transmitida al Relator especial ha sido la de progresar por un desarrollo sistemático de nociones como las obligaciones *erga omnes*, las normas imperativas y una eventual categoría que reagrupe a las violaciones más graves de obligaciones internacionales. Opción por la progresividad, como defendiera en una de sus alternativas el Relator especial, que implica, además, la aparición de la teoría, tan de moda por otros pagos, de los círculos concéntricos, o de los tres círculos, acuñada por Giorgio Gaja (83). Según la misma, el círculo más amplio vendría constituido por las obligaciones *erga omnes*, puesto que si la infracción de una norma imperativa implica siempre la de una obligación *erga omnes*, lo contrario no puede afirmarse; de ahí que el segundo círculo contendría a las normas imperativas, y el tercero (dantesco), abarcaría a aquellas obligaciones internacionales esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, cuya violación constituye, según ésta, un crimen internacional.

La labor del Relator especial implicará, en lo que se refiere al tercer círculo, centrarse más bien en la gravedad de la violación y no en la naturaleza de la obligación violada. ¡Dejémosle que trabaje! Claro está que, si reflexionamos sobre la

(83) G. GAJA, «Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three related Concepts», en J. H. H. WEILER, A. CASSESE y M. SPINEDI (eds.), *International Crimes of States...*, ob. cit., p. 151.

posición de la CDI, el último círculo, el de los ilícitos de especial gravedad, ¿no es el del crimen inconfesado, que no es capaz de pronunciar su nombre? ¿Cómo mediremos sólo en función de la gravedad? A mi parecer, un parecer apresurado, reconozco, la teoría de los círculos concéntricos complicaría más todavía el panorama bien complejo al que me he referido en estas páginas, y no es más que una vía escapista del fantasma penalista que, según algunos, se ha aposentado en el proyecto de arts. desde 1976.

Y, con franqueza, si el precio que hay que pagar para conseguir un proyecto de artículos aprobado en segunda lectura, remitido a la Asamblea General, y, eventualmente adoptado por ésta o utilizable como base para un texto a negociar en una Conferencia de Estados, es la desaparición de la figura del crimen, tal vez no merezcan la pena, en estrictos términos de coste/beneficio, los cuarenta años invertidos en la CDI para satisfacernos con la simple codificación de las normas que, por otra parte, si se trata de codificación, ya se están aplicando, dada su naturaleza consuetudinaria. A estas alturas, ¿qué prisa tenemos? Más vale un proyecto que, con prudencia y las necesarias dosis de institucionalización, oferte un régimen razonable sobre el crimen internacional, que un proyecto sin él en aras de dar certidumbre y soporte escrito a las normas consuetudinarias. En este sentido, y perdón por la opinión, más vale un proyecto de ese tipo que la carencia de un tratado codificador. Porque, de optar por éste a la baja, abrir de nuevo la discusión sería altamente improbable. Contribuyamos al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, ofertemos a la conciencia de los Estados una vía de progreso que atienda a los requerimientos de dar respuesta a las atrocidades que contemplamos en la sociedad internacional. Porque éstas no sólo las cometen individuos, también a su servicio se encuentran las políticas de determinados Estados. Si no hay otro remedio, dejemos abierta la discusión otros cuarenta años.

