

# LA SUSTITUCIÓN DEL CONCEPTO DE CRIMEN INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE ARTÍCULOS: ¿SÓLO UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA?

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Sevilla*

## I. INTRODUCCIÓN

Las incertidumbres y esperanzas presentes en el ordenamiento internacional en los albores del siglo XXI quedan de manifiesto de forma especial en el sector de la responsabilidad internacional, pues como señaló Pierre Marie Dupuy, “situada en el epicentro de cualquier sistema jurídico, la responsabilidad no sólo proyecta los rasgos básicos de identidad del sistema, sino también da cuenta de los momentos de transformación que lo atraviesan”<sup>1</sup>.

Un sector fundamental del Derecho internacional en el que cobra un protagonismo principal la adopción definitiva por la Comisión de Derecho Internacional, en el verano de 2001, de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>2</sup>. Esta adopción ha sido posible tras el logro de conciliar posturas enfrentadas en torno a los hasta ahora llamados crímenes internacionales; la solución de compromiso alcanzada ha conllevado la consolidación definitiva de una relación jurídica de responsabilidad caracterizada por la universalización, en clara superación del bilateralismo tradicional.

Las interrogantes aún presentes en el texto adoptado son muchas y de difícil respuesta<sup>3</sup>; detrás de todas ellas está presente el surgimiento de un nuevo tipo de

---

<sup>1</sup> P.M. Dupuy, “Le faut générateur de la responsabilité internationale des Etats”, *RCADI*, t. 188, 1984-V, p. 21.

<sup>2</sup> Han sido necesarios más de 50 años para que el Proyecto de artículos pueda ver finalmente la luz; el resultado ha sido la aprobación por la Asamblea General de la Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 en cuyo Anexo se recoge el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>3</sup> La respuesta en el ámbito doctrinal no se ha hecho esperar; al igual que sucedió con la aprobación del Proyecto de 1980 y el Proyecto de 1996 han tenido lugar la celebración de Seminarios, con la participación de algunos eminentes internacionalistas, dedicados al análisis del trabajo finalmente adoptado

responsabilidad internacional en el que cobran vida propia conceptos como normas imperativas, obligaciones *erga omnes*, crimen internacional. La consolidación de las realidades englobadas en estos nuevos conceptos contribuyen a la superación del relativismo del Derecho internacional, afirman la posible existencia de una *actio popularis* en el Derecho internacional contemporáneo, y constituyen un hecho trascendental llamado a introducir importantes transformaciones en el Derecho internacional.

La complejidad de las realidades presentes y de los conceptos utilizados para denominarlas determina que el presente trabajo esté centrado en el análisis de la evolución del concepto crimen internacional en el marco del Proyecto de artículos.

## II. DEL CONCEPTO "CRIMEN INTERNACIONAL" AL CONCEPTO "VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL"

Dos problemas esenciales ocuparon el Quinto informe del Relator especial Roberto Ago en 1976: por un lado, determinar si es preciso o no reconocer que, cualquiera que sea el contenido de una obligación internacional existente a cargo del Estado, la violación de esa obligación internacional constituye siempre un hecho internacionalmente ilícito; por otro lado, determinar si es preciso llegar a la conclusión de que, cualquiera que sea el contenido de una obligación internacional existente a cargo del Estado, la violación de esa obligación da siempre lugar a una misma y única categoría de hechos internacionalmente ilícitos y, en consecuencia, justifica la aplicación de un régimen único de responsabilidad, o si, por el contrario, cabe distinguir sobre esta base tipos diferentes de hechos internacionalmente ilícitos y regímenes diversos de responsabilidad internacional.

La respuesta al primero de los problemas no precisaba una investigación ni larga ni minuciosa; una vez establecido que un Estado está sometido a una obligación internacional de un contenido determinado, y que ha violado esa obligación, el hecho de que esa violación constituye un hecho internacionalmente ilícito no se ha puesto jamás en duda. La jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina son unánimes al respecto.

Mucho más difícil se mostraba por el contrario la respuesta al segundo de los problemas, en cuyo germen se contenía toda la problemática que iba a acompañar a la larga elaboración del Proyecto de artículos. *De hecho puede considerarse un problema aún abierto* pues si por un lado está aceptada la existencia de distintos tipos de hechos internacionalmente ilícitos, las consecuencias de esta distinción siguen siendo uno de los temas polémicos del Derecho internacional; fundamentalmente, porque como consideró Ago es necesario señalar que lo que se buscaba al plantear

---

en el seno de la Comisión. Entre ellos cabe citar "The ILC's State Responsibility Articles", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, n° 4, pp. 773 a 890; "Assessing the work of the International Law Commission on State Responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, n° 5, pp. 1053 a 1256; P.M. Dupuy, "Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan", *Revue Générale de Droit international public*, t. 107/2003/2, pp. 305 a 347.

esa pregunta era la posibilidad de una diferenciación de alcance normativo y no un valor puramente descriptivo. No tendría sentido proponer y reconocer una distinción *entre categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos si esta distinción no debiera entrañar la aplicación de regímenes distintos de responsabilidad internacional.*

La trascendencia del problema planteado por Ago conlleva el análisis de una cuestión esencial, entre otras, centrada en temas esenciales: la calificación genérica de dichos ilícitos, el análisis de sus principales características, y la determinación de las distintas categorías.

La diferenciación entre tipos distintos de hechos internacionalmente ilícitos es una realidad especialmente evidente sobre todo a partir de la finalización del IIª Guerra Mundial. Distintos factores determinaron el surgimiento progresivo del convencimiento de que una posible violación de determinadas obligaciones no puede ser considerada y tratada como una violación como las otras, sino que representa necesariamente un hecho internacionalmente ilícito mucho más grave, una transgresión que debe calificarse de otra manera y que implica por lo tanto el sometimiento a un régimen distinto de responsabilidad<sup>4</sup>.

La necesaria distinción en la categoría global de hechos internacionalmente ilícitos está relacionada con la diferencia de contenido de las obligaciones internacionales y con el hecho de que, si bien todas son importantes y han de respetarse, a algunas de ellas se les reconoce hoy un valor más esencial que a otras para el conjunto de la sociedad interestatal y su acatamiento debe estar garantizado por una responsabilidad más severa para quienes las incumplan.

El principal problema que presenta la determinación de distintas categorías es la calificación de tales ilícitos. En este sentido, Ago consideró consagrada en la práctica la expresión "crimen internacional"; el concepto propuesto configuró el art. 19 del Proyecto de artículos aprobado en primera lectura según el cual:

"1. (...)

2. *El hecho internacionalmente ilícito resultante de la 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.*

3. *Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como el que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia*

<sup>4</sup> Ago mencionó tres circunstancias como pruebas directas de ese convencimiento: la consagración de la existencia de normas imperativas, el principio de la responsabilidad penal individual y el hecho de que la Carta de Naciones Unidas atribuya consecuencias especialmente determinadas a la violación de ciertas obligaciones internacionales, R. Ago, *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/291 y Add.1, *Anuario...* 1976, pp. 34 ss.

y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

3. (...)”.

Difícilmente cabe prever que Ago fuese consciente de la repercusión que tendría la utilización de la expresión crimen internacional. A partir de su consagración en 1976 han sido muchas las distintas críticas formuladas al respecto<sup>5</sup>, entre las que la de mayor trascendencia ha sido la pretendida criminalización de la responsabilidad internacional que ha querido verse en la utilización del concepto crimen internacional<sup>6</sup>. Esta crítica, presente a lo largo de todo el trabajo de la Comisión<sup>7</sup>, ha sido el fundamento último para la retirada del concepto en el Proyecto de artículos planteada por el último de los Relatores especiales James Crawford.

En su primer informe, Crawford presentó un examen de las posibles aproximaciones a la distinción entre delitos y crímenes internacionales, entre las que cabían cinco opciones: a) mantener tal cual el proyecto de 1996; b) simplemente reemplazar

<sup>5</sup> Entre los detractores del concepto crimen internacional cabe señalar la opinión de Rosenstok cuya crítica parte de una consideración política: la noción de crimen de Estado no tiene base ni en la práctica estatal ni *opinio iuris* es desarrollo progresivo puro. El art. 19.2, continúa diciendo, no define el crimen de Estado: su párrafo 2 es tautológico y el párrafo 3 presenta dos problemas graves desde el punto de vista de la técnica jurídica: se separa de la estructura del Proyecto, que sólo trata las normas secundarias, pues ejemplifica el tipo de obligaciones sustantivas cuya violación constituye el “crimen”; en segundo lugar, es contrario al principio de legalidad que en Derecho penal obliga a que se tipifiquen las conductas taxativamente. No caben ni los ejemplos ni la analogía, R. Rosentock, “An international criminal responsibility of States?”, *International Law on the Eve of the XXI Century*, United Nations, Nueva York, 1997. En el lado opuesto, entre los defensores del concepto de crimen de Estado cabe señalar la opinión de otro miembro de la Comisión como ha sido el profesor Pellet, para quien la distinción entre crimen y delito responde a una necesidad indiscutible: no se puede asimilar un crimen como el genocidio con una violación ordinaria del Derecho internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio internacional. Ésta afecta únicamente a los Estados partes, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto, A. Pellet, “Can a State commit a crime? Definitely, yes!”, *EJIL*, 1991, vol. 10 n° 2, pp. 425 a 434.

<sup>6</sup> La bibliografía sobre esta pretendida criminalización de la responsabilidad internacional del Estado ha sido especialmente abundante, entre ella destaca K. Marek, “Criminalizing State Responsibility”, *Revue Belge du Droit International*, vol. 14, 1978-1979, pp. 460 a 485; P.M. Dupuy, “Action publique et crime international de l’Etat. À propos de l’article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité”, *AFDI*, XXV, 1979, pp. 539 a 554; M. Gounelle, “Quelques remarques sur la notion de ‘crimen international’ et sur l’évolution de la responsabilité internationale de l’État”, *Le droit international. Unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Ed. A. Pedone, Paris, 1981, pp. 317 a 320; F. Malekian, *International Criminal Responsibility of States. A Study on the Evolution of State Responsibility with Particular Emphasis on the Concept of Crime and Criminal Responsibility*, Estocolmo, 1985.

<sup>7</sup> Ciertamente si en 1976 cuando AGO propuso el término crimen, éste fue aceptado con aplausos masivos en el seno de la Comisión, ese apoyo comienza a debilitarse no mucho después cuando se hizo necesario empezar a analizar las consecuencias de esta revolucionaria figura; en este sentido, entre los autores que defendieron la eliminación del concepto crimen internacional se encuentran entre otros, J. Crawford, “Revising the Draft Articles on State responsibility”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 344; Ch. Dominicé, “The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations”, *EJIL*, vol. 10, 1999, n° 2, pp. 358 a 359; P.M. Dupuy, “Implications of the Institutionalization of International Crimes of State”, en J. Weiler, A. Cassese y M. Spinedi, *International Crimes of State. A critical analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlín, New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 170 a 185. Por otro lado, se opusieron a la eliminación del concepto crimen internacional entre otros G. Abi-Saab, “The uses of Article 19”, *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 344 y “The concept of ‘International Crimes’ and its place in contemporary International Law”, *A critical analysis...*, *op. cit.*, p. 146; B. Graefrath, “International Crimes – A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences”, *A critical analysis...*, *op. cit.*, pp. 161 a 169.

el término crimen; c) llevar hasta sus últimas consecuencias un régimen (distinto y específico) de la responsabilidad penal de los Estados, es decir, "criminalizar" la responsabilidad de los Estados hasta sus últimas consecuencias; d) suprimir el art. 19 y los arts. 52 y 53, dejando reducida la noción de crimen internacional únicamente a los cometidos por individuos; e) sustituir la terminología, de un modo similar al indicado en la opción 2, añadiendo un régimen agravado de responsabilidad, si bien privada de connotaciones penales o punitivas.

Con base en este planteamiento la Comisión aceptó una solución basada, como era de esperar, en la quinta de las opciones previstas: aquella que proponía reformular el art. 19 eliminando la terminología del crimen de Estado, y al mismo tiempo, complementar el proyecto de manera que existiera un régimen suficientemente agravado de responsabilidad para ciertas violaciones. Crawford desde un primer momento manifestó un especial interés en la distinción entre obligaciones bilaterales y multilaterales; así, motivo de importante confusión a lo largo de todo el Proyecto de artículos, el Relator diferenció tres situaciones distintas respecto a las obligaciones multilaterales: las obligaciones internacionales *erga omnes*, esto es, las debidas a la comunidad internacional en su conjunto; las obligaciones *erga omnes*-inter partes (obligaciones integrales), y las obligaciones multilaterales o generales<sup>8</sup>.

En esta línea, la Comisión optó en 1998 por sustituir el concepto de crimen internacional por un desarrollo sistemático de conceptos fundamentales como obligaciones (*erga omnes*), normas imperativas (*ius cogens*), y una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional.

De esta forma, Crawford propuso y el Comité de Redacción aceptó en el art. 41, del Proyecto aprobado en segunda lectura en agosto de 2000, referirse a las "violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales"<sup>9</sup>. La nueva expresión fue objeto de un arduo debate en el seno de la VI Comisión de la Asamblea General: un número reducido de delegaciones<sup>10</sup> mostró su desacuerdo al ver en ella simplemente otra expresión para el crimen internacional. El fuerte rechazo por parte de este grupo minoritario, pero especialmente poderoso, a la nueva expresión determinó los cambios de redacción introducidos en la formulación del definitivo y actual art. 40 dedicado al ámbito de aplicación de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general (en adelante, violaciones graves) según el cual:

"1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable".

<sup>8</sup> J. Crawford, *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507, pp. 43 a 53, párr. 97 a 118.

<sup>9</sup> Proyecto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, *Responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/L.600, 21 de agosto de 2000, pp. 1 a 22 (en adelante Proyecto 2000).

<sup>10</sup> La Comisión en su 55º período de sesiones había indicado que agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre el texto completo del Proyecto 2000, en particular en relación con cualquier aspecto que fuera necesario examinar más detenidamente, a fin de completar la segunda lectura en 2001. Estas respuestas aparecen reproducidas en *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 12 a 97.

La inseparable identificación entre la distintas expresiones utilizada queda de manifiesto tanto en el pronunciamiento de Crawford<sup>11</sup> como en recientes trabajos de la doctrina internacionalista<sup>12</sup>.

La sustitución del art. 19 en los términos expuestos no solucionó los distintos problemas, por el contrario en opinión de distintos Gobiernos el fantasma de los crímenes internacionales sigue revoloteando el Proyecto<sup>13</sup>; la polémica planteada por el antiguo art. 19 va más allá de la cuestión terminológica, alcanza al contenido encerrado dentro de determinados conceptos. Los problemas planteados por la utilización del concepto crimen internacional vuelven a manifestarse con la utilización de expresiones análogas. Entre estas expresiones destacan la anticipatoria propuesta del Profesor Carrillo, presentada ante el Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho internacional, de sustituir el concepto de crimen internacional por el de *hecho ilícito contra la comunidad internacional en su conjunto*<sup>14</sup>.

Sin duda alguna, la significación de la noción de crimen internacional empleada en el Proyecto de artículos de la Comisión excedió la cuestión de terminología. Su genuino y hondo significado radica en ser un desarrollo del Derecho de la responsabilidad internacional situado en la línea de evolución del Derecho internacional que destaca la dimensión normativa de la comunidad internacional; de esta forma, *el debate sobre la significación de la noción de crimen internacional o cualquier otra noción equivalente, no consiste tanto en su definición sino en otros aspectos esenciales como son el tipo de responsabilidad que generan, las consecuencias jurídicas de estos hechos ilícitos especialmente graves, o el papel de los distintos Estados que aparecen en la nueva relación de responsabilidad.*

### III. DELIMITACIÓN NORMATIVA DE LAS VIOLACIONES GRAVES

La principal ruptura del Proyecto de artículos respecto al *iter* seguido en relación al antiguo art. 19 la encontramos en la ubicación de los ilícitos de especial gravedad.

<sup>11</sup> *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507, p. 7, párrafo 374.

<sup>12</sup> La significativa equivalencia entre los conceptos de crimen internacional y de violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas queda de manifiesto en el dato de cómo los partidarios y detractores del primero coinciden, en líneas generales, con los partidarios y detractores del segundo concepto; en este sentido puede verse P.M. Dupuy, "General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimensions of Obligations and Codification of the Law of Responsibility", *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, p. 1061; A.L.Sicilianos, "The Classification of Obligations and the Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility", *idem.* p. 1130 a 1137; E. Wyler, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", *idem.* pp. 1147 a 1161; A. Pellet y P. Daillier, *Droit international public*, LGDJ, 7ª ed., 2002, p. 770.

<sup>13</sup> Resulta significativo señalar como los países que han rechazado desde un primer momento la noción de crimen internacional son los mismos países que presentan objeciones a la Tercera Parte del Capítulo II dedicado a las violaciones graves. Entre estos países destacan Estados Unidos, Reino Unido y Japón. Véase *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 48, 52 y 56.

<sup>14</sup> El Instituto Hispano Luso Americano aceptó la propuesta del profesor Carrillo de una nueva terminología distinguiendo entre comportamientos ilícitos de un Estado y hechos ilícitos contra la comunidad internacional. Conclusiones de la Comisión Tercera: "Hechos o actos ilícitos internacionales contra la comunidad internacional. Una posible aportación iberoamericana al desarrollo progresivo del derecho a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos o actos ilícitos", *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 6, 1981, párrafo 1, p. 329.

Mientras que el art. 19 estaba situado en la primera parte dedicada al “origen de la responsabilidad internacional”, el emplazamiento definitivo sitúa este tipo de violaciones no en el origen de la responsabilidad sino en las consecuencias que puede generar la comisión de los mismos.

El enfoque finalmente adoptado por la Comisión no reconoce la existencia de ninguna distinción entre “crímenes” y “delitos” del Estado a los efectos de la primera parte; por el contrario, como ya hemos señalado, opta por un desarrollo sistemático de conceptos fundamentales, como obligaciones (*erga omnes*), y normas imperativas (*ius cogens*). La opción seguida por la Comisión obedece a la necesidad de tener en cuenta los distintos desarrollos producidos en torno a la toma de conciencia de valores de naturaleza superior imprescindibles para la propia existencia de la sociedad internacional. En el ámbito de estos desarrollos cobran una especial relevancia distintas aportaciones de la Corte Internacional de Justicia<sup>15</sup>, las contribuciones doctrinales<sup>16</sup> en la materia, y el trabajo de la Comisión en torno al Proyecto de artículos que nos ocupa y en relación con la Convención de Viena en materia de Tratados<sup>17</sup>.

El reflejo normativo de esta opción se plasma en la existencia del definitivo art. 40 dedicado a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general.

En este sentido, el ámbito de aplicación del Capítulo III de la Segunda parte queda limitado a una serie de supuestos de alcance especialmente restrictivo: *en primer lugar, sólo caen dentro del art. 40 las violaciones graves excluyendo violaciones de menor índole; en segundo lugar, esa serie de violaciones deben afectar a obligaciones nacidas de normas imperativas de Derecho internacional general, por lo tanto quedan excluidas las violaciones graves del resto de los ilícitos internacionales; en tercer lugar, por último deben ser normas imperativas de Derecho internacional general, dejando fuera la posibilidad de un ius cogens convencional en el marco del Derecho internacional regional.*

El planteamiento expuesto respecto a la delimitación del art. 40 será objeto de ciertas matizaciones, de contenido un tanto confuso, al constatar la no identificación

<sup>15</sup> Especialmente significativos resultan los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en tres asuntos claves en la materia que nos ocupa: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, ICJ, Reports, 1970; *East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ, Reports, 1995; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, ICJ, Reports, 1996.

<sup>16</sup> De la numerosa bibliografía a que ha dado lugar el tema que nos ocupa hay que añadir a la ya mencionada las siguientes obras: V. Starace, “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l’égard de la communauté internationale”, *RCADI*, t. 153, 1976, p. 263; E. Vilariño, “Consideraciones respecto a la configuración del crimen y delito internacional”, *REDI*, 1982, p. 357; J. Cardona Llorens, “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional...”, *op. cit.*, p. 103; N.H.B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000.

<sup>17</sup> La relación existente entre el proyecto de codificación de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y la elaboración del Proyecto de artículos es objeto de un análisis particular por la profesora M. Spinedi, “From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility”, *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, pp. 1099 a 1027; igualmente, ambos proyectos son objeto de una valoración especial por el profesor P.M. Dupuy, *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États...*, *op. cit.*, p. 306.

de este planteamiento en relación a la capacidad de invocación de la responsabilidad y la facultad de adopción de contramedidas<sup>18</sup>.

## A) Criterios de Identificación

La aceptación de ilícitos de especial gravedad en el marco del Proyecto de artículos, queda especialmente reflejada en la utilización de idénticos criterios para la identificación de una violación grave dentro del ámbito de aplicación del art. 40 y la existencia del antiguo crimen internacional. Ciertamente los criterios establecidos para la determinación de la existencia de una violación grave no obedecen a una regulación *ex novo*, por parte de Crawford; por el contrario estos requisitos aparecían igualmente en relación al antiguo concepto de crimen internacional para su identificación.

### 1. *Obligaciones Contraídas en virtud de Normas Imperativas de Derecho Internacional General*

La expresa mención del concepto de norma imperativa en el art. 40 del Proyecto de artículos determina la importancia de este Capítulo III de la Segunda parte<sup>19</sup>. La categoría de norma imperativa, definida en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cobra toda su importancia en el ámbito del Derecho internacional actual por dos razones: en primer lugar, es una de las expresiones normativas del orden público internacional; en segundo lugar, su reconocimiento conlleva una de las más importantes quiebras de la autonomía de la voluntad de los Estados.

La consagración de este término en el Derecho internacional plantea dos interrogantes esenciales: ¿qué sentido tiene el Derecho imperativo en un ordenamiento jurídico como el Derecho internacional? y ¿cuáles son los requisitos aplicables a toda norma calificada de *ius cogens*? Respecto a la primera cuestión, la noción de *ius cogens* viene a introducir un nuevo elemento estructural en el medio colectivo en el que los Estados viven y desarrollan su actividad y en su ordenamiento jurídico el Derecho internacional<sup>20</sup>.

En relación con los criterios configuradores de una norma de *ius cogens*, la definición dada en el art. 53 de la Convención de Viena, ampliamente aceptada por los Estados, permite establecer los requisitos básicos de esta categoría de normas: las normas imperativas tienen una vigencia universal y general por ser expresión del consenso general, son normas de Derecho internacional general; son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto que no admiten

<sup>18</sup> La capacidad para invocar la responsabilidad internacional del Estado y la facultad de adoptar contramedidas aparecen reguladas en el Proyecto de artículos en la Tercera Parte dedicada a los "Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado".

<sup>19</sup> El concepto de norma imperativa aparece en el Proyecto de artículos en tres ocasiones distintas: art. 26 relativo al cumplimiento de las normas imperativas, art. 40 relativo a la delimitación de la aplicación del Capítulo III de la Segunda Parte, y art. 50 relativo a las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas.

<sup>20</sup> J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ªed., Tecnos, Madrid, 1976, pp. 274 ss.

acuerdo en contrario; su determinación exige una convicción interestatal reforzada y colectiva; por último, las normas imperativas pueden ser modificadas por otras normas que satisfagan los elementos de toda norma imperativa<sup>21</sup>.

La consagración de la categoría de normas imperativas está estrechamente relacionada con la aparición de la expresión obligación *erga omnes*<sup>22</sup>. Esta aparición ha sido fundamentalmente obra de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia la cual ha reconocido la existencia de esta serie de obligaciones derivadas de las normas imperativas. Este reconocimiento se ha hecho tanto a través de situaciones que por su naturaleza se consideran oponibles a todos los Estados, generando consecuencias jurídicas *erga omnes*<sup>23</sup>, como a través del reconocimiento de situaciones jurídicas con eficacia extintiva universal<sup>24</sup>.

En base a este planteamiento, la Corte Internacional de Justicia proclamó en su famoso *obiter dictum* de la sentencia de 5 de febrero de 1970 relativa al asunto de la *Barcelona Traction*, que:

“Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*”.

En opinión del TIJ este tipo de obligaciones se caracteriza por dos rasgos esenciales: en primer lugar, se contraen ante toda la comunidad internacional; en segundo lugar, incorporan valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales) siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento<sup>25</sup>.

La relevancia de la afirmación realizada en el asunto de la *Barcelona Traction*, está determinada por el reconocimiento de la existencia y autoridad de un Derecho

<sup>21</sup> L. Hannikainen, *Peremptory norms (Ius Cogens) in International Law: Historical development, criteria, present status*. Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1998, 781, p. 3; en la misma línea, M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations "Erga Omnes"*, Oxford, Clarendon press, 1997, pp. 58 ss.

<sup>22</sup> Al igual que su compañera de viaje la consagración de las obligaciones *erga omnes* ha dado lugar a una abundante obra doctrinal, entre las más importantes puede destacarse: V. Starace, “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale”, *op. cit.*, pp. 263 a 318; J. Juste Ruiz, “Las obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional público”, *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 219 a 233; R. Casado Raigón, “Las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional contemporáneo”, *RJE. La Ley*, 1985, pp. 1033 a 1041; A. Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes...*, *op. cit.*; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations "Erga Omnes"*, *op. cit.*

<sup>23</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (Avis Consultatif)*, CIJ, *Recueil*, 1949, p. 185.

<sup>24</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) non-obstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité (Avis Consultatif)*, CIJ, *Recueil*, 1971, p. 56.

<sup>25</sup> Junto al concepto de obligación *erga omnes* recogido en el famoso *obiter dictum* de la sentencia *Barcelona Traction* cabe señalar el sentido etimológico del mismo según el cual, y prescindiendo de cualquier intento de contextualización, cualquier obligación que se asume “frente a todos” es una obligación *erga omnes*, sin exigir que la misma incorpore valores esenciales, es decir, emane de una norma imperativa.

del que derivan obligaciones de los Estados respecto del conjunto de la comunidad internacional. En palabras del Profesor Carrillo "los viejos principios del Derecho internacional tradicional basado en la yuxtaposición de Estados soberanos y en la reciprocidad de sus derechos y obligaciones, quedan así alterados y modificados en el Derecho internacional contemporáneo"<sup>26</sup>; en esta línea, las obligaciones *erga omnes* conforman un eslabón entre las normas imperativas y el reflejo de éstas en el régimen jurídico de la responsabilidad de un Estado por las violaciones.

La estrecha relación entre los conceptos de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, junto al antiguo concepto de crimen internacional ha sido objeto de distintas valoraciones doctrinales con un elemento común a todas ellas: aunque los tres conceptos estén estrechamente relacionados no se confunden. Toda norma imperativa genera una obligación *erga omnes*, pero todas las obligaciones *erga omnes* no derivan de normas imperativas<sup>27</sup>; igualmente, no toda violación de una norma imperativa supone un crimen internacional, tan sólo las violaciones graves. Por tanto, como señala Annacker las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* son dos nociones íntimamente ligadas pero diferentes<sup>28</sup>.

En esta misma línea, la Comisión ha señalado como a pesar de ser las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* aspectos de una idea básica única hay alguna diferencia en cuanto a la importancia que se le asigna: mientras que las normas imperativas se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de obligaciones *erga omnes* el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento<sup>29</sup>.

La interpretación conjunta del concepto de norma imperativa y del concepto de obligaciones *erga omnes*<sup>30</sup> debe relacionarse a su vez con un tercer criterio, ya señalado, para identificar el ámbito de aplicación del art. 40: debe tratarse de violaciones graves.

## 2. Violaciones graves considerando su escala o carácter

La violación de obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general no es suficiente para la aplicación de un régimen de responsabilidad distinto al de la responsabilidad internacional tradicional: estas violaciones han de ser violaciones graves. Desde un primer momento en el tema que nos ocupa, la Comisión

<sup>26</sup> J.A. Carrillo Salcedo, *El Derecho internacional en perspectiva histórica...*, op. cit., p. 175.

<sup>27</sup> El Profesor Ragazzi plantea la relación entre obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens* formulando la siguiente interrogante "Do obligations *erga omnes* invariably derive from norms of *ius cogens*?", en su trabajo *The concept of International Obligations "Erga Omnes"*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 58 ss.

<sup>28</sup> C. Annacker, "The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", *Australian Journal of International Law*, 46, 1994, pp. 131 a 166.

<sup>29</sup> Informe de la Comisión..., doc. A/56/10, pp. 303 a 304.

<sup>30</sup> Es necesario subrayar la ausencia de la expresión obligaciones *erga omnes*, como fue utilizada en la sentencia de la *Barcelona Traction*. En opinión del Relator especial era mejor usar un idioma normal que la expresión latina, tanto más cuando la CIJ en varias ocasiones ha utilizado la expresión *erga omnes* para indicar algo distinto con lo cual se corre el riesgo de confusión (de esta manera en el *Asunto de los ensayos nucleares* la Corte se refirió a la declaración del Presidente de Francia en el sentido de haber sido hecha públicamente y *erga omnes*), J. Crawford, *Cuarto Informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 20, párr. 49.

puso de manifiesto la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de importancia esencial no adquiriera proporciones que permitan calificarlo de crimen. Esto sólo será posible si se demuestra la gravedad de la violación<sup>31</sup>.

En efecto, *no toda violación de una norma imperativa constituye un ilícito de especial gravedad, sino tan sólo las violaciones graves de normas esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto*<sup>32</sup>.

El criterio de la gravedad ya estaba recogido en la propuesta que en 1969 presentó Ago, en el texto del art. 19 adoptado por la Comisión en 1980, reiterado en 1996, y finalmente retenido en el Proyecto de 2000; igualmente se ha consolidado en la versión última del Proyecto de artículos. A pesar de esta reiteración<sup>33</sup> la interrogante fundamental que el término grave presenta ha sido una constante en la larga elaboración del Proyecto de artículos: ¿cuándo estamos ante una violación grave?, ¿quién determina que se ha cometido una violación de tal característica?

Respecto a la primera interrogante (¿cuándo estamos ante una violación grave?) es manifiesto el especial recelo mostrado por los Estados ante la ambigüedad de la expresión; en este sentido, se pone de manifiesto la inexistencia de un medio objetivo de determinar el límite entre el cumplimiento “manifiesto y sistemático” y, por lo tanto, “grave” y “otros” incumplimientos de obligaciones<sup>34</sup>.

La consideración de la gravedad está determinada en el ámbito del Proyecto de artículos por el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable. Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. Por su parte, el término flagrante se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Ambos términos no son mutuamente excluyentes, por el contrario las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes.

La concreción de estos requisitos podemos encontrarla en textos de contenido sustancialmente distintos, pero sin duda alguna con elementos tangenciales al de la responsabilidad de los Estados. Entre estos textos destaca el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este último delimita en su Preámbulo la aplicación *ratione materiae* del Estatuto a los crímenes más graves de trascendencia para la comuni-

<sup>31</sup> *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), p. 119, párr. 66.

<sup>32</sup> J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...* *op. cit.*, p. 164.

<sup>33</sup> El requisito de la gravedad ha sido uno de los elementos que ha sufrido modificaciones en el texto finalmente adoptado respecto al proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000; así este último establecía que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento manifiesto o sistemático de la obligación por el Estado responsable, con el riesgo de causar un daño sustancial a los intereses fundamentales protegidos por la obligación*”, las ambigüedades e imprecisiones de tal formulación fueron puesta de manifiesto por un grupo de Estados. El resultado final ha sido un texto de redacción más simple, pero de contenido posiblemente igual de incierto, así el definitivo art. 40.2 establece que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*”.

<sup>34</sup> *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...* doc. A/CN.4/515, Australia, p. 50, Estados Unidos de América, p. 51; especialmente crítico se mostró la delegación mexicana al preguntarse ¿cuándo estamos, por ejemplo, ante una violación grave?, a pesar de los distintos intentos de aclaración siguen quedando zonas de sombra. Porque ¿cuándo se da una transgresión “sustancial” a los intereses fundamentales protegidos por la violación?, o ¿cómo se definen esos intereses fundamentales?, México..., doc./A.CN.4/515/Add.1, p. 7.

dad internacional en su conjunto. Este texto refleja el criterio de la gravedad en la introducción de umbrales que permiten distinguir y calificar dichos ilícitos; de esta forma, el criterio de la gravedad se identifica con la comisión sistemática, a gran escala, y con ataques generalizados.

La segunda interrogante (¿quién determina que se ha cometido una violación grave?) tiene una respuesta de perfiles igualmente difusos al estar estrechamente relacionada con otras preguntas igualmente básicas: ¿quién califica a determinadas obligaciones como esenciales?, ¿quién dice que estamos ante una norma imperativa?

Cabe señalar que en la regulación actual del art. 40, no aparece referencia alguna a la necesidad de que la misma haya sido reconocida como tal por la comunidad internacional en su conjunto, referencia que sí estaba presente en el antiguo art. 19. *Esta ausencia conlleva la desaparición de uno de los elementos de referencia en los que se podía basar una diferenciación entre una violación grave de una norma imperativa y el resto de posibles ilícitos derivados de la violación de una norma de tal categoría.* En este sentido, en el marco del antiguo art. 19 era necesario el pronunciamiento de la comunidad internacional en su conjunto para la calificación de una violación grave como crimen internacional; por el contrario, en la regulación actual el pronunciamiento de la comunidad internacional no aparece expresamente mencionado, su papel viene delimitado en la consideración del carácter imperativo de una norma.

La posible respuesta a estas interrogantes en el ámbito del Derecho internacional actual la encontramos en la existencia de determinados ilícitos cuya comisión lleva implícita el criterio de la gravedad: *ilícitos que atentan contra valores esenciales reconocidos como tales por la comunidad internacional, por violar normas que expresan exigencias de orden moral, político, económico y jurídico, indispensables para la existencia misma de una sociedad internacional y de un sistema jurídico internacional.*

## B) Categoría de ilícitos

La utilización e interpretación de conceptos nuevos y revolucionarios (normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, crimen internacional, violaciones graves) en una materia tan trascendental como es la responsabilidad internacional hacen necesario establecer cuales son los ilícitos que cumplen, en principio, los criterios para ser identificados como ilícitos de especial gravedad. Ciertamente la existencia de los requisitos mencionados no permite cubrir una de las grandes lagunas que presenta el concepto de norma imperativa como es la indeterminación de su contenido<sup>35</sup>; esta indeterminación ha caracterizado la propia evolución del concepto de norma de *ius cogens* desde el principio de su consagración. En este sentido, una interrogante fundamental se plantea ¿cuáles son estas obligaciones que protegen intereses esenciales de la comunidad internacional y cuya violación constituye *per se* una categoría especial, incluso dentro de la categoría de normas imperativas?, ¿en qué obligaciones estaba pensando la Comisión al aprobar la redacción del art. 40?

<sup>35</sup> En este sentido, la crítica señalada por el profesor Schewlb pone de manifiesto que la Convención de Viena de 1969 se limitaba a constatar la existencia de normas imperativas, pero no determinaba cuáles eran, es decir, no delimitaba el contenido del *ius cogens*, con lo que venía a plantear más que a resolver un problema, E. Schewlb, "Some aspects of International *Ius Cogens* as formulated by the International Law Commission", *AJIL*, 1967, vol. 61, pp. 963 ss.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en parte texto inspirador del resultado final del Proyecto de artículos, no aporta ejemplos sobre la categoría de normas de *ius cogens* definida en su art. 53 dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional<sup>36</sup>. La razón última de esta omisión tiene su fundamento en un problema permanente en la realidad de las normas imperativas: la dificultad en alcanzar un consenso respecto a la categoría de ilícitos encuadrable en esta categoría de normas<sup>37</sup>.

Por su parte, la sentencia *Barcelona Traction* menciona de forma expresa en relación a las obligaciones *erga omnes* la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial<sup>38</sup>.

En la aprobación en primera lectura del Proyecto de artículos la Comisión adoptó, intentando evitar la aparentemente excesiva generalidad del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una serie de ejemplos de crímenes con carácter no exhaustivo, como lo demuestra la inclusión de las palabras "en particular", correspondientes a una serie de esferas o categorías de obligaciones. Estas categorías estaban relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (apartado a); la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos (apartado b); la salvaguardia del ser humano (apartado c); y la protección del medio humano (apartado d). Todas ellas responden a normas de *ius cogens* y su elección por la Comisión se efectuó de conformidad con la jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina más autorizada.

Por su parte, el Proyecto de artículos finalmente adoptado no hace referencia alguna a cuales son los ilícitos que caen bajo el ámbito de aplicación del Capítulo III de la segunda parte; para ello hay que acudir al comentario del Informe adoptado en

<sup>36</sup> Un exhaustivo análisis del planteamiento de la Comisión ante la posible elaboración de una lista de ejemplos encuadrables bajo la consideración de normas de *ius cogens*, puede verse en J.A. Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, op. cit., pp. 263 a 272 y pp. 276 a 277.

<sup>37</sup> Con anterioridad a la adopción de la Convención de la Viena la dificultad de determinar qué normas debían ser consideradas como normas imperativas se puso de manifiesto en el seno del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Este Tribunal fue instado en dos ocasiones por el juez Schücking a entrar en el problema (en el asunto del *Wimbledon*, primero, y en el caso *Oscar Chinn* en un momento posterior); en el segundo de los asuntos indicados se trataba de determinar la validez del Convenio de Saint Germain de 1919 en relación con el Acta General de Berlín de 1885 y, en su opinión disidente a la sentencia del Tribunal, el juez Schücking afirmó que,

"La prescripción del art. 38 del Estatuto (...) no puede querer decir que el juez deba aplicar convenciones sabiendo que no son válidas. Nunca, por ejemplo, el Tribunal aplicaría un convenio cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. Pero, a mi parecer, el juez se encuentra en la misma situación si, a consecuencia de un vicio de origen, un convenio invocado por las partes es, en realidad, nulo y sin efecto. Es la *idea de orden público internacional* que, en mi opinión, debe determinar la actitud del juez en un caso semejante, aun cuando la competencia del Tribunal se funde en un compromiso" (CPJI, sentencia de 17 de agosto de 1923, Série A, núm 1, p. 47).

<sup>38</sup> En el ámbito jurisprudencial igualmente hay que destacar la sentencia de 30 de junio de 1995, *asunto de Timor Oriental* en el cual el TIJ consideró que la afirmación de que el derecho de libre determinación de los pueblos, tal y como ha evolucionado desde la Carta y la práctica de Naciones Unidas, genera efectos *erga omnes* era irrefutable (CIJ, *Recueil*, 1995, p. 102, párr. 29); por otro lado, el TIJ en el *asunto de la aplicación para la prevención y represión del crimen de genocidio*, volvió a referirse al genocidio afirmando que los derechos y obligaciones de la Convención sobre el genocidio son derechos y obligaciones *erga omnes* (CIJ, *Recueil*, 1996, p. 616, párr. 31).

el 2001<sup>39</sup>. Este texto considera inapropiado dar ejemplos de normas imperativas, y *por el contrario señala que las normas a que se refiere el art. 40 dimanarían de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales*; de nuevo, volvemos a uno de los interrogantes presentes en el trabajo que nos ocupa como es la deficiencia institucional para determinar qué debe considerarse intolerable, qué hechos suponen una amenaza a la paz y seguridad internacional, y cuales son los valores humanos que tienen la consideración de valores fundamentales.

El Informe de la Comisión de 2001, con base en el comentario de la Comisión respecto al art. 53 de la Convención de Viena, señala de forma expresa como ejemplos de normas imperativas la prohibición de la agresión, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*<sup>40</sup>. Igualmente, a pesar de su no mención específica en el comentario de la Comisión al art. 53 de la Convención de Viena, también considera aceptado el carácter imperativo de ciertas otras normas entre las que destacan la prohibición de la tortura, las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, y por último, la obligación de respetar el derecho a la libre determinación.

Todas ellas son normas cuyo contenido tiene la consideración de carácter imperativo, de las cuales emanan obligaciones *erga omnes* y cuya violación vulnera principios esenciales de la comunidad internacional; entre estas normas el "núcleo duro de *ius cogens*" o "*ius cogens reforzado*" aparece conformado por la categoría de la prohibición de agresión y la prohibición de genocidio. Ambas categorías hacen referencia a los grandes factores de transformación del orden internacional: su proceso de institucionalización (prohibición del uso o amenaza de la fuerza, con su corolario de obligación de arreglo pacífico de las controversias), y su proceso de humanización (protección de los derechos fundamentales de la persona humana).

#### IV. LA DEFICIENCIA INSTITUCIONAL PARA LA DETERMINACIÓN DE UNA VIOLACIÓN GRAVE

La interrogante anteriormente planteada (¿quién determina que se ha cometido una violación grave?) no tiene respuesta en el Proyecto de artículos. El comentario que acompaña al Informe adoptado por la Comisión en 2001 señala expresamente la ausencia de definición de ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave; en su consideración, los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales, ya se planteen en relación con el Capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo.

<sup>39</sup> Informe de la Comisión..., doc. A/56/10, pp. 10 a 405.

<sup>40</sup> Las referencias a los posibles ejemplos aparecen en distintos puntos del Informe mencionado, así en el comentario al art. 40 se mencionan ilícitos como la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el *apartheid* (Informe de la Comisión..., *supra*, pp. 305 a 306); el comentario al art. 48 hace referencia a la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y a los principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial junto al derecho a los pueblos a la libre determinación (Informe de la Comisión..., *supra*, p. 353); por último, el comentario al art. 50 menciona de forma expresa las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales junto a las obligaciones de carácter humanitario (Informe de la Comisión, *supra*, p. 367).

Esta inhibición en el establecimiento de garantías institucionales acordes con las características de las violaciones graves queda suplida, en parte, con la mención expresa que se hace en el Capítulo III de la segunda parte a las normas imperativas de Derecho internacional general. El concepto de norma imperativa definido en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite dar el lugar que corresponde a la expresión comunidad internacional en su conjunto utilizada en distintos artículos del Proyecto de artículos<sup>41</sup>; de esta forma, la potestad de identificar las violaciones graves se reconoce a quien también dispone de la prerrogativa de identificación de las normas de Derecho imperativo.

La comunidad internacional en su conjunto<sup>42</sup>, como expresión superadora del concepto más restrictivo comunidad internacional de Estados en su conjunto, tiene competencias para determinar si se ha producido una violación grave de una obligación contraída en virtud de una norma imperativa de Derecho internacional general<sup>43</sup>. A pesar de esta afirmación, las interrogantes formuladas no se resuelven, e incluso podríamos decir que se agravan en los momentos actuales del Derecho internacional cargado de incertidumbres: ¿Quién es la comunidad internacional en su conjunto?, ¿la manifestación de voluntad de la comunidad internacional en su conjunto sólo es posible en el ámbito de procedimientos institucionalizados? La respuesta a estas interrogantes nos sitúa ante la normatividad relativa del Derecho internacional.

<sup>41</sup> La expresión comunidad internacional en su conjunto aparece mencionada en distintos artículos sin hacer ninguno de ellos mención al contenido de dicha expresión, así el art. 25 titulado *Estado de necesidad*, el art. 33 dedicado al *Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte*, y los arts. 42 y 48 titulados *Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado* e *Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado* respectivamente.

<sup>42</sup> La delegación española observó en este sentido respecto al proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000 que la expresión comunidad internacional debería precisarse con la referencia a los Estados que la conforman, según se contempla en el art. 53 del Convenio de Viena de 1969. Tal definición resulta tautológica, pero no parece que en la presente evolución del ordenamiento internacional sea posible otra alternativa. *Comisión de Derecho Internacional*, doc. A/CN.4/515, p. 50; en esta línea, distintos Estados sugirieron sustituir las palabras "comunidad internacional en su conjunto" por las de "comunidad de Estados (o comunidad internacional de Estados) en su conjunto. Así por ejemplo, México, en concreto, fundamentaba su petición en este sentido en que la expresión 'comunidad de Estados en su conjunto' es un término mejor delimitado y (...) se deriva de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, op. cit., p. 6. La negativa del Relator especial estuvo basada en que la expresión comunidad internacional en su conjunto es una expresión bien aceptada y que la CIJ utiliza la oración comunidad internacional en su conjunto en el asunto de la Barcelona Traction y se ha utilizado en Tratados multilaterales posteriores, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *Cuarto informe...* doc. A/CN.4/517/Add.I, párrs. 36 y 37. El Presidente del Comité de Redacción al presentar en mayo de 2001 el texto revisado del Proyecto de agosto (2000), explicaba igualmente de forma meridiana que hay una sola comunidad internacional de la que los Estados forman parte *ipso facto* y son sus miembros clave, pero "todos aceptan que además de los Estados existen otras entidades en relación con las cuales pueden darse obligaciones. El Comité decidió así retener la frase *comunidad internacional en su conjunto*". Sr. Tomka, *Responsibility of States for internationally wrongful acts (State Responsibility)*. *Statement of the Chairmen of the Drafting Committee*. Mr. Peter Tomka, pp. 26 a 27.

<sup>43</sup> La expresión comunidad internacional en su conjunto ha sido objeto de importantes estudios por parte de la doctrina internacionalista, entre ella el análisis de la relación entre la comunidad internacional y las reglas imperativas de derecho internacional y la comunidad internacional y las obligaciones *erga omnes*. J.A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États", *RCADI*, t. 257, 1996, pp. 132 a 146; igualmente es objeto de análisis en la obra de R.J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement", *RCADI*, t. 165, 1979-IV, p. 220; P. Weil, "Le Droit international en quête de son identité", *RCADI*, t. 237, 1992-VI, pp. 306 a 312.

Estas cuestiones fueron objeto de un detallado debate en el seno de la Comisión en relación a la calificación de un hecho ilícito como crimen internacional, en el cual se señaló que

“No se trata en absoluto de exigir con ello un reconocimiento unánime por todos los miembros de esa comunidad y de atribuir de este modo a cada Estado un inconcebible derecho de veto. Lo que se pretende es que el carácter de crimen internacional de un hecho internacionalmente ilícito dado sea reconocido no sólo por un grupo determinado (incluso mayoritario) de Estados, sino por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional<sup>44</sup>”.

Por su parte, Ago señaló que

“La Comisión nunca ha considerado que los Estados deban ser unánimes al calificar un hecho internacionalmente ilícito de crimen internacional. Se han dado las mismas explicaciones acerca del concepto de norma imperativa en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados. Las palabras todos los componentes esenciales de la comunidad internacional se refieren no a Estados, sino a los principales grupos de Estados. Ello significa que un hecho internacionalmente ilícito no puede ser considerado crimen internacional, a menos que estén de acuerdo todos los principales grupos de Estados. La palabra todos es esencial, ya que cada grupo principal de Estados debe dar su consentimiento<sup>45</sup>”.

Ciertamente para llegar al concepto de comunidad internacional en su conjunto hay que partir de su formulación negativa: no se está ante un hecho calificado por la comunidad internacional en su conjunto, cuando en dicha calificación no ha participado un conjunto de Estados que representan un grupo de intereses existentes en la comunidad internacional. Pero no cualquier tipo de intereses, como podrían ser los de los Estados archipelágicos o los de los Estados sin litoral que no tienen relevancia específica en este ámbito, sino que han de representar uno de los grupos de intereses relevantes para la configuración del interés fundamental del que deriva la obligación violada.

En nuestra opinión, en el Derecho internacional actual la expresión comunidad internacional debe materializarse *más que nunca* en la existencia de la Organización internacional de Naciones Unidas, pues como ha señalado reiteradamente la doctrina internacionalista únicamente en el seno del sistema de las Naciones Unidas<sup>46</sup> tiene

<sup>44</sup> *Anuario...* 1976, vol. II (2ª parte), comentario al art. 19, p. 118, párr. 61.

<sup>45</sup> *Anuario...* 1976, vol. I, p. 312.

<sup>46</sup> Significativamente la Comisión no ha querido plantear la idoneidad que tres órganos principales de Naciones Unidas presentan para la determinación de una violación grave: en primer lugar, la Asamblea General, en cuanto foro, constituye un lugar idóneo a los efectos de calificación o declaración de una violación al ofrecer la garantía del tablero electrónico de recuento particularizado de votos; en segundo lugar, el papel del Consejo de Seguridad respecto a la competencia para determinar la existencia de una violación grave viene dada por la regulación del art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas en el cual se encomienda al Consejo de Seguridad *la función de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión*. Cuestión de índole diferente es el carácter político de dicho órgano y las posibilidades de funcionamiento ante tal característica. Por último, en tercer lugar, la aparente y defendida idoneidad para determinar la existencia de una violación grave, en el plano estrictamente jurídico, la encontramos en la CIJ como órgano judicial llamado a aplicar criterios estrictamente jurídicos. En este sentido, salvo acuerdo en particular, en materia de responsabilidades los poderes atribuidos normalmente a un órgano judicial son *la determinación de la existencia de todo hecho que, si fuese establecido constituiría una violación de una obligación internacional*. A pesar de ello, dos condicionantes estrechamente relacionados, deben

sentido, *debe tener sentido*, la categoría de los hechos ilícitos contra la comunidad internacional.

Las debilidades presentes en los distintos órganos de Naciones Unidas necesariamente deben corregirse ante la conciencia generalizada de la no validez de las calificaciones unilaterales por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional; esta posible calificación unilateral, rechazada mayoritariamente en el seno de la Comisión<sup>47</sup>, es objeto igualmente de fuertes críticas en el ámbito doctrinal<sup>48</sup> y, jurisprudencial<sup>49</sup>. El especial peligro de estas calificaciones unilaterales está inherente en la propia aceptación de este tipo de violaciones graves, en un sistema especialmente descentralizado e influido tanto por factores de índole político, como por el subjetivismo de los Estados. En este sentido, la labor por la que se determina que se ha cometido un crimen excede de los parámetros clásicos de responsabilidad caracterizados por el bilateralismo y la descentralización<sup>50</sup>. Esta afirmación no contra-

---

tenerse en cuenta para el análisis de esta aparente idoneidad: por un lado, el derecho de legitimación activa para presentar la demanda ante la Corte; por otro lado, el carácter voluntario de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Una vía de superación de los problemas planteados para la determinación de la existencia de una violación grave por parte de un órgano principal de Naciones Unidas fue planteada por el Relator especial Arangio-Ruiz proponiendo como alternativa la combinatoria entre el elemento político y el judicial. La solución, finalmente descartada, consistiría en una evaluación política a cargo de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de las alegaciones del Estado o Estados acusadores con el fin de determinar si esas alegaciones tienen suficiente gravedad para justificar la seria preocupación de la comunidad internacional; este procedimiento político permitiría preparar el terreno para una posible intervención de la CIJ (Arangio, Ruiz, Séptimo informe..., doc. A/CN.4/469/Add.1, párr. 139).

<sup>47</sup> De forma contundente se han pronunciado los distintos Relatores especiales: *RIPHAGEN*, refiriéndose al antiguo art. 19 indicó la necesidad de que esa calificación no pueda quedar al arbitrio de cada Estado (*Sexto Informe...*, doc. A/CN.4/389, p. 19, párr. 31). Por su parte, Arangio-Ruiz al plantear la cuestión de quién determina que se ha cometido un crimen internacional, estableció la distinción entre el caso de la agresión y los restantes crímenes; en el primer supuesto admite que tanto el Estado víctima de la agresión como otros Estados que prestan ayuda al primero pueden determinar la agresión, pero siempre con carácter provisional y en ejercicio del derecho de legítima defensa ya sea individual o colectiva; para los otros crímenes consideró como solución "poco probable" que sea el Estado víctima quien lleve a cabo la labor calificadora ya que "representaría una violación del principio *nemo iudex in sua causa*". En cuanto a la calificación por otros Estados, igualmente le parece una solución "poco convincente" a menos que esos Estados actúen por conducto de algún órgano autorizado reconocido internacionalmente (Arangio-Ruiz, *Sexto informe...*, doc. A/CN.4/461/Add.1, p. 4, párrs. 7 y 8).

<sup>48</sup> Como ejemplo de este rechazo doctrinal puede señalarse el acertado pronunciamiento del profesor Pastor según el cual la determinación de que un Estado ha cometido un crimen internacional no puede dejarse a la apreciación subjetiva y discrecional de las partes interesadas —y hay que recordar que partes interesadas serían todos los Estados que componen la comunidad internacional, de admitirse la *actio popularis*— so pena de hacer de la figura un arma política, semillero de discordias, fricciones y tensiones, J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 542.

<sup>49</sup> La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia rechaza la calificación por parte de un tercer Estado, admitiendo un cierto poder de calificación en relación al Estado directamente afectado. En este sentido, en la sentencia relativa las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* de 1986, este órgano se pronunció taxativamente en contra de la apreciación unilateral, por un Estado distinto del directamente afectado, de la existencia del crimen internacional por excelencia como es el crimen de agresión; de esta forma, sostuvo que,

"Es claro que es el Estado víctima de una agresión armada quién debe hacer una constatación. No existe en derecho internacional consuetudinario, ninguna regla que permita a otro Estado usar el derecho de legítima defensa colectiva contra el pretendido agresor, remitiéndose a su propia apreciación de la situación" (CIJ), *Recueil*, 1986, p. 104, párr. 195).

<sup>50</sup> En esta línea, un sector especialmente significativo de la doctrina internacionalista expresamente rechaza la posibilidad de que el propio Estado víctima esté legitimado para decidir sobre la existencia de

dice que ante las carencias y limitaciones del sistema sea posible por parte de cierta doctrina hablar de soluciones individualistas, o colectivas pero descentralizadas, especialmente cuando las garantías institucionales queden bloqueadas<sup>51</sup>.

La constatación de esta realidad ha determinado, sin duda alguna, el resultado final en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional con un coste quizás demasiado alto para el resultado obtenido: *ante la dificultad de la regulación de determinados aspectos, especialmente relacionados con las violaciones graves, se ha optado por su no regulación, dando la espalda a uno de los principales problemas del Derecho internacional actual que tiende, con fuertes altibajos como lo demuestra el momento presente, al logro de una responsabilidad internacional de carácter "comunitarista"*.

## V. REFLEXIÓN FINAL

El debate sobre la significación de la noción de crimen internacional, o cualquier otra noción equivalente, no consiste tanto en su definición sino en otros aspectos esenciales como son el tipo de responsabilidad que generan, las consecuencias jurídicas de ilícitos internacionales especialmente graves o el papel de los distintos Estados que aparecen en la nueva relación de responsabilidad.

Más allá de la sustitución del concepto crimen internacional, la expresa y reiterada mención del concepto de norma imperativa, a lo largo del Proyecto de artículos, cobra un especial significado en el ámbito del Derecho internacional actual al considerar que, con la introducción de la naturaleza prohibitiva del *ius cogens*, lo que está en juego es la discrecionalidad de los Estados y, particularmente, el alcance actual del principio de la autonomía de las partes en la formación de los acuerdos de la sociedad internacional.

A pesar de los fuertes envites sufridos el concepto de norma imperativa ha ido entrando en la conciencia de la comunidad internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas inspiradas en las nociones de humanidad, justicia y solidaridad frente a la omnipotencia de la razón de Estado en el plano interno y de la voluntad de los Estados en el plano internacional.

La consagración del contenido de conceptos como normas imperativas, obligaciones *erga omnes* o violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas, suponen hoy el verdadero motor, el único motor del elemento estructural de la comunidad internacional y de su ordenamiento jurídico el Derecho internacional.

---

un crimen internacional, P.M. Dupuy, "Observations sur le crime international de l'Etat", *RGDIP*, 1980, p. 484; Ch. Leben, "Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la Société Internationale", *AFDI*, 1982, p. 36; J. Pueyo Losa, "Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, pp. 122 a 124.

<sup>51</sup> G. Abi-Saab, "The Concept of 'international Crimes'...", *op. cit.*, pp. 145-146; G. Gaja, "Obligations *Erga Omnes*. International Crimes and *Ius Cogens*...", *op. cit.*, pp. 155 a 156; P.M. Dupuy, "Implications of the Institutionalization...", *op. cit.*, p. 178; McCaffrey, "The Objectives of a New Regime...", *op. cit.*, p. 251; Ch. Dominicé, "Legal Questions Relating to the Consequences of International Crimes", *International Crimes of States...*, *op. cit.*, pp. 260 a 263; L. Condorelli, "Measures Available to Third States Reacting to Crimes of State", *op. cit.*, pp. 264-265; L.A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite...*, *op. cit.*, pp. 171 y 260 a 213; T.L. Stein, "Observations on 'States Crimes'", *op. cit.*, pp. 198 a 200; B. Simma, "From bilateralism to Community Interest in International Law", *RCADI*, t. 250, 1994-VI, pp. 310 a 311.