



Introducción¹

El debate respecto de los crímenes del estado ha venido in crescendo desde 1976, cuando el Prof. Ago tal como lo era entonces introdujo el art. 19 en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (ILC) sobre Responsabilidad de los Estados.

Ese tan criticado artículo no deja de tener su mérito. Porque, aún cuando se llegó a la conclusión final de que los términos Estado y crimen no debían marchar juntos², aquel texto nos ha conducido a otro estadio en la comprensión de las obligaciones erga omnes y ius cogens. Luego de su anunciación en el fallo de la Barcelona Traction y de haber sido examinadas en relación con los tratados en la Convención de Viena de 1969, ha llegado el momento de considerar los efectos de su quebrantamiento.

Estas obligaciones están ligadas a una noción ignorada en el estudio del derecho internacional hasta no hace mucho tiempo: la noción de orden público de la comunidad internacional. Por otro lado, la comprensión del rol de las obligaciones erga omnes en la vida de la comunidad internacional y en los posteriormente estudiados, crímenes de los Estados puede ayudarnos a clarificar un debate respecto de estos crímenes, debate que ha sido caracterizado por una serie de descafeinadas discusiones³.

Los ámbitos civil y penal de la responsabilidad

Es básico para nuestra investigación saber distinguir de manera rigurosa entre una violación ordinaria del derecho y una penal.

Sucede que ciertos actos que implican una violación del derecho son considerados más graves que otros; algunas conductas ilegales son más desafiantes que otras para los altos valores de la sociedad. En general, tales conductas merecen la reprobación de la comunidad, que las denomina crímenes y les asigna penas expresivas de esos sentimientos reprobatorios.⁴



Embajador retirado. Vicepresidente primero del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas. Ex miembro y Presidente de la Comisión de derecho internacional de la ONU. Profesor visitante de derecho internacional público en la Academie de droit international de La Haya. Profesor en el Instituto del Servicio Exterior de la Nación, la UCA y Belgrano. Ex-Consejero legal de la Cancillería argentina

¹ Los números de los artículos del Proyecto de la Comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de los Estados corresponden a la primera lectura.

² El autor de este artículo admite haber cambiado su opinión en este sentido respecto de la sostenida al tiempo de participar en los debates de la ILC.

³ Ted L. Stein, *Observations on Crimes of States*, en *International Crimes of States*, editado por Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese y Marina Spinedi, Berlin, New York, 1989, p. 194. (Traducción nuestra)

⁴ Ver E.H. Aftalion y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Bs.As., 1994, p. 999/1024.

Bajo el presente derecho internacional está claro que los Estados, por definición, no pueden ser sujetos de sanciones criminales semejantes a aquellas instituidas por los ordenamientos penales internacionales

Consecuentemente, una primera aproximación al derecho penal (en general) muestra que esta es la rama del derecho que trata de los delitos y de las penas, dos términos que son correlativos, uno presupone al otro: a una pena corresponde un crimen; no hay crimen sin pena.

Una reflexión más profunda conduce a concluir que ambos términos son relativos al tiempo y al espacio, y que no se puede enunciar un concepto absoluto o puro de crimen. Raffaele Garofalo intentó formular una definición universal de crimen dejando a un lado las normas penales: el reato naturale, es decir, lo que podría llamarse el crimen natural. Tales serían, en la concepción de Garofalo⁵, actos contrarios al sentimiento fundamental y altruista de la compasión (homicidio, violación, etc.) y la honestidad (robo, fraude, etc.), actos que herirían los sentimientos instintivos del hombre como ser social. Pero las interpretaciones históricas respecto de qué es la compasión o la honestidad han cambiado radicalmente a

5 *Criminologia*, Torino, 1885, p. 30.

6 *Ciertamente, las sanciones penales pueden estar inspiradas, no sólo en el propósito de castigar al ofensor, sino también en el de corregirlo y reeducarlo para su reinserción en la sociedad o como disuasivo para potenciales ofensores. Las sanciones penales no sólo tienen que ver con la defensa de los altos valores de la sociedad, sino también con la persona del criminal. Sin embargo, el rasgo más distintivo de las sanciones criminales sigue siendo el aspecto punitivo.*

7 *Primer Informe sobre Responsabilidad de los Estados, por James Crawford, Relator Especial. Addendum, Doc. A/CN.4/490/Add.2pp. 2/6.*

lo largo de los siglos: recordemos los sacrificios rituales, o la costumbre de matar al padre ya anciano, que fueron admitidas por los ordenamientos primitivos. Sin mencionar la brujería, la sodomía, la herejía o la blasfemia, consideradas en tiempos pasados como los crímenes más atroces y aceptados muchas veces actualmente en el marco del respeto a la libertad de conciencia y a la intimidad.

El rasgo que distingue las sanciones penales de las civiles es, entonces, su carácter aflictivo. Las acciones civiles sólo persiguen la obtención de aquello que no puede ser recuperado por otros medios (por ejemplo indemnización por los daños sufridos); que son esencialmente formas de reparación⁶. Una penalidad puede ser una multa o alguna otra forma de aflicción, que afecte los intereses económicos de la persona condenada; también puede privar a la persona de su libertad o de su vida. Tiempo atrás era común infligir castigos corporales, como los azotes y en algunos sistemas legales, hasta la mutilación.

El café descafeinado

En derecho internacional hay una circunstancia que complica el problema y esto es el significado que el término criminal ha adquirido durante el desarrollo del presente tema en el marco de la Comisión de derecho internacional. Debemos examinar tal cuestión en forma preliminar.

El Primer Informe Crawford⁷ concluye, después de examinar la práctica de los Estados, la del Consejo de Seguridad y la jurisprudencia, que un crimen de Estado, en el sentido clásico del término, no está consagrado en la normativa del derecho internacional positivo.

Este enunciado está confirmado en *Fiscal v. Blaskic*, en el cual la Cámara

de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para la ex Yugoslavia afirmó:

Bajo el presente derecho internacional está claro que los Estados, por definición, no pueden ser sujetos de sanciones criminales semejantes a aquellas instituidas por los ordenamientos penales internacionales.⁸

En realidad, esto no debe sorprendernos. Desde el comienzo del debate en la Comisión de derecho internacional⁹ y en el exhaustivo análisis de la cuestión en la reunión de Florencia de 1984, se afirmó repetidamente que los Estados no tienen responsabilidad criminal por la comisión de los denominados crímenes de los Estados. Esto significa que en derecho internacional, las conductas de los Estados tipificadas en el art. 19 del Proyecto no tienen un correlato de medidas punitivas. También significa que los padres fundadores de los crímenes de los Estados nos ofrecen, en el art. 19, una suerte de café descafeinado al negar virtualmente a esos crímenes la calidad de tales. ¿Por qué, entonces, hablar de crímenes?¹⁰

Se ha dicho, en orden a la justificación del término "crimen", que el mismo fue usado en múltiples instrumentos internacionales, pero obviamente tal uso fue más político que jurídico. Por otro lado, el empleo de la palabra "crimen" en las Resoluciones de la Asamblea o en otros instrumentos internacionales - calificando ciertos actos de los Estados y en particular los actos de agresión - es insuficiente para, a partir de ello, hablar de un "uso" internacional que justifique la desnaturalización de un término del calibre del que nos ocupa. Aquel vocablo tiene connotaciones tan importantes que la noción de "criminalidad", aún después de la advertencia de su significado diferente en el ámbito del derecho internacional, vuelve subrepticamente cuando se examina el tema.

La frase, tan repetida, de que la responsabilidad internacional no es de índole civil ni penal sino "internacional", con todo respeto, no parece ayudar a clarificar el problema ni a agregar algo a nuestro conocimiento del asunto. Tal frase parece aludir a la naturaleza sui generis de la responsabilidad internacional; fueron ofrecidos como ejemplos de esa peculiaridad algunos rasgos como la cesación del acto y las seguridades y garantías de no repetición¹¹ (Ver página siguiente). Sin embargo, la cesación no es desconocida en los de-

8 *Prosecutor v. Blaskic*, cit. Pp.697/698. (Traducción nuestra)

9 Es elocuente la nota 473, en el Informe de la CDI a la Asamblea General sobre su 28º período de sesiones (Anuario...1976, volumen II, Segunda parte, p.102 Parece evidente que no debe hablar de una responsabilidad internacional penal del Estado con relación a la aplicabilidad de penas a la persona de algunos de sus órganos, ya sea en un país o en otro. Además, aun cuando se quisiera representar, más correctamente, como una responsabilidad internacional penal del Estado que se traduciría en la aplicación de medidas claramente represivas y aflitivas, es dudoso que sea útil trasladar al derecho internacional categorías jurídicas que son propias del derecho interno. Para los efectos que aquí se consideran, lo esencial no es tanto saber si la responsabilidad que acarrea para el Estado la violación de obligaciones de un determinado contenido es o no una responsabilidad internacional 'penal, sino si es o no una responsabilidad 'diferente' de la que nace de la violación de otras obligaciones internacionales del Estado.

10 Se ha dicho que la Alemania nazi fue tratado como un Estado criminal al igual que Irak al final de la Guerra del Golfo. (Alain Pellet, en su interesante y reflexivo artículo *Vive le crime en Le droit international a l' aube du XXI siècle*, p. 304). Sin embargo, la mejor oportunidad para tratar a Alemania y a Japón como Estados criminales se presentó durante los juicios de Núremberg y Tokio, y nada de esto sucedió: sólo los individuos fueron juzgados y condenados. Algunas entidades, como la Gestapo o la S.S. fueron declarados criminales. Pero ni la división y ocupación de Alemania ni la ocupación de Japón pueden ser consideradas sanciones criminales desde que fueron justificadas por los aliados como medidas políticas y de seguridad. En cuanto a Irak, las medidas tomadas en su contra por el Consejo de Seguridad intentaron reparar los daños causados. La Resolución 674, del 29 de octubre de 1990, recuerda a Irak que bajo el derecho internacional es responsable por los daños y perjuicios respecto de Kuwait y de terceros Estados y de sus nacionales y corporaciones como resultado de su invasión y ocupación ilegal de Kuwait (párrafo 8). Las Resoluciones 687 (1991) y 692 (1991) proveen al establecimiento de un fondo destinado a solventar las compensaciones y una Comisión para administrar dicho fondo. Tales medidas no son punitivas sino que buscan la reparación por el daño causado.

rechos internos y se puede hacer efectiva mediante una orden judicial. Las garantías y seguridades de no repetición no son otra cosa que el procedimiento para hacer efectiva la suspensión de la acción dañosa y en ningún caso deben ser consideradas sanciones penales. Como habremos de ver, tales "crímenes" estatales son violaciones de ciertas obligaciones por actos continuos, lo que explica su conexión con la cesación.

Las reacciones legales y descentralizadas de los Estados afectados contra estos "crímenes",¹² ha sido igualmente citada como constituyendo otra característica peculiar de la responsabilidad internacional. Pero la autodefensa de los derechos también se encuentra receptada por los derechos internos en ciertas condiciones; el carácter descentralizado de la comunidad internacional otorga más espacio para este tipo de reacciones pero no se configura con ello una diferencia substancial.¹³

El origen de la confusión

Brevemente, el debate respecto de los crímenes estatales giró alrededor de una discusión desorientada, tal como surge del texto que se transcribe a continuación:

"La génesis del art.19 radica en el compromiso entre dos enfoques completamente diferentes respecto al tema

11 *Pellet, op. cit.p. 302*

12 "...réactions licites de la part de la ou des victimes.", *ibid.*

13 *Una responsabilidad sui generis (ni civil, ni penal, sino internacional) no parece compatible con una responsabilidad dual como preconiza esa doctrina y, consecuentemente, con la existencia de crímenes de Estado, aún cuando se acuda al artificio de decir que tales crímenes en realidad no lo son.*

14 *"Observations on Crimes States", en Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese y Marina Spinedi, op. cit., p. 195. Traducción nuestra.*

general de la responsabilidad de los Estados.

"Algunos Estados opinaban decididamente que la Comisión debía concentrarse en las normas de responsabilidad por la violación de un cierto subsistema de normas primarias del derecho internacional, principalmente aquellas vinculadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El concepto de "crímenes de los Estados" surgió como una manera de que estos Estados aceptaran una definición del tema de la responsabilidad estatal centrado, en cambio, en la elaboración de normas generales de responsabilidad propiamente dicha (las llamadas normas secundarias). El concepto de "crímenes de los Estados" fue inicialmente adoptado como un medio para resolver el impasse político respecto del tema de la responsabilidad del Estado. El contenido del concepto no fue, sin embargo, elaborado hasta sus últimos detalles, puesto que ya no era más necesario desarrollar la definición para resolver el problema político existente hasta entonces. El resultado neto fue un compromiso político respecto a una categoría conceptual cuyo contenido legal y cuyas funciones fueron dejadas completamente vacías."¹⁴

Este párrafo parece reflejar la verdad histórica.

La doctrina del "hecho del Estado"

Tratemos de mostrar los fundamentos de por qué a los entes ideales, como el Estado, no se les puede o no se les debe imputar actos criminales, una situación que se expresa en latín con la máxima: *societas delinquere non potest*. En orden a ello la doctrina del "hecho del Estado" debe ser reexaminada.

La responsabilidad estatal en el derecho internacional está basada en

La teoría de la imputación, que parece un instrumento de ficción conveniente en relación con una responsabilidad de tipo civil, es inadecuada en el ámbito penal. En el campo civil funciona porque el individuo-órgano es eliminado del problema cuando el acto es imputado al Estado: en tal caso hay una conducta y una imputación simple de esa conducta a un solo sujeto. En el segundo, no es así cuando el individuo-órgano del Estado es castigado pero no sigue una consecuencia penal para el Estado; el propósito del mecanismo de imputación se ha frustrado desde que se imputa al Estado la conducta pero no las consecuencias penales. Si, por otro lado, es uno de aquellos crímenes del derecho internacional a consecuencia de los cuales los individuos son castigados, la atribución del crimen también al Estado amenaza con terminar siendo una nueva edición del milagro de la multiplicación de los panes: una sola conducta que se imputa a más de un sujeto.

18 *Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part One, p. 216, note 68.*

19 Cabe puntualizar: hay que tener presente que imputación no debe confundirse con responsabilidad.

20 Teniendo en cuenta a los individuos, el término "imputación" tiene un significado distinto; no "atribuye" al individuo en cuestión una cierta conducta. Es una cuestión de prueba: debe probarse que cierta conducta que constituye un crimen ha sido en realidad seguida por el imputado. En el caso del Estado, lo que debe probarse es que la conducta seguida por cierta persona en realidad puede atribuirse al Estado, por la relación que aquella persona guarda con éste. En suma, respecto a los entes colectivos, los actos de una persona son imputados a otra.

21 Esto es así porque al derecho internacional no le cabe establecer cuales son los órganos de los Estados o su competencia: esto le corresponde a las leyes internas. La libertad de elección es un elemento importante de la soberanía, tal como ha sido reconocido por innumerables instrumentos internacionales, entre ellos la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Respecto de este punto, Condorelli ha expresado que: "...el carácter inalienable del derecho proclamado de tal forma (y que podríamos llamar derecho a auto-organizarse o de la "auto-organización")", Luigi Condorelli, "Imputation a l'Etat d'un fait internationalement illicite. Solutions classiques et nouvelles tendances", *Recueil des cours, tome 189, 1984-VI, p.28.*

¿Societas delinquere non potest?

Reflexionando un poco más; los actos de los individuos-órganos difícilmente puedan ser imputados, en un sentido literal, al Estado.¹⁹ Una persona y su conducta no pueden ser separadas la una de la otra: los motivos psicológicos tanto como la manifestación exterior de tal conducta son inseparables de la persona que los adoptó y, consecuentemente, no puede ser transferida a otra persona, física o ideal.²⁰

La atribución de un acto al Estado es, en última instancia, la imputación de una conducta individual a una entidad colectiva y la transformación de tal conducta de individual en colectiva, es decir: en la conducta de la comunidad del Estado. Esa transformación da origen a una correspondiente forma colectiva de responsabilidad, la responsabilidad del Estado o, si se prefiere, de la comunidad de individuos que el Estado representa. Atribuir el acto de un individuo al Estado es sólo un mecanismo legal que hace recaer en éste las consecuencias de los actos de los individuos que son sus órganos. Lo que aparece a la vista, por así decirlo, es la conducta de una persona individual actuando como órgano del Estado y ciertas consecuencias que recaen sobre éste último por razón de la conducta del órgano.

Los Estados deciden respecto de su propia organización.²¹ Por medio de una operación legal, la comunidad del Estado como un todo es responsable por el acto del individuo-órgano que viola las obligaciones del Estado. De hecho, los Estados no tienen conducta propia: dadas ciertas condiciones establecidas por el derecho internacional son responsables por los actos u omisiones de ciertas personas.²² Ver página siguiente

Imponer sobre ciertas personas la responsabilidad por los actos de otras sin imputar a las primeras las conduc-

tas de las últimas es un conocido mecanismo legal. El Estado tiene, en todos los casos, una responsabilidad indirecta, es decir: responsabilidad por los actos de alguien, como la responsabilidad de los padres, en múltiples sistemas jurídicos, por los daños causados por sus hijos menores, o la de los empleadores por los daños causados por los empleados bajo ciertas circunstancias. Pero ni los padres, ni los empleadores van a la cárcel en el caso de que sus hijos o sus empleados cometan un crimen; simplemente son responsables por los daños.

Este es tal vez el fundamento de la máxima latina *societas delinquere non potest*: las personas colectivas son siempre indirectamente responsables por los actos de sus representantes y la responsabilidad criminal nunca es o nunca debe ser indirecta.

La responsabilidad colectiva es una forma de responsabilidad indirecta, típica del derecho primitivo²³ y generalmente hace que paguen justos por pecadores.

En el derecho internacional la responsabilidad colectiva es inevitable en múltiples casos debido a la estructura de la comunidad internacional y al correspondiente carácter de su derecho. Pero aún en el derecho de gentes su aplicación está, como debería ser, restringida a lo indispensable y aún así se hacen sentir claramente las reacciones contrarias de diversos sectores.²⁴

En cualquier caso, las consecuencias adversas del hecho de Estado en la porción inocente de la población son resultado no deseado por la ley. Respecto a este punto, debemos aclarar que la responsabilidad colectiva no es equivalente a la responsabilidad criminal: el hecho de que ciertos padecimientos son infligidos a la población de un Estado como consecuencia de una medida que se le aplique no transforma a esa medida en una sanción de tipo penal. En el derecho in-

terno, la decisión de un tribunal tomada en el marco de la responsabilidad civil puede causar a la persona que es su objeto una aflicción considerable, sin convertirse por tal circunstancia en una sanción penal.

¿Qué queremos decir realmente con crímenes del Estado ?

Si las penas son la única forma de distinguir una conducta criminal de una que no lo es, y si las penas reales no existen para los Estados en el derecho internacional (tal como lo proclama la propia doctrina de los crímenes del Estado) ¿de qué hablamos en realidad cuando mencionamos a los "crímenes de Estado"?

En el derecho internacional la responsabilidad colectiva es inevitable en múltiples casos debido a la estructura de la comunidad internacional y al correspondiente carácter de su derecho

Los crímenes del art. 19, siguiendo su segundo párrafo, tendrían lugar en cuatro ámbitos. Ellos son: el uso ilegal de la fuerza por los Estados, los crímenes contra la humanidad (que deben ser distinguidos de aquellos

22 Sólo mencionamos a los "órganos" del Estado en orden a simplificar nuestra línea de argumentación. Por supuesto, hay otras personas cuya conducta puede ser atribuida al Estado - en la teoría de la imputación -, o por las cuales éste último es responsable - conforme nuestro criterio. Tales personas están mencionadas en los arts. 8, 9 y 10 del proyecto de artículos de la Comisión. Los artículos 8 y 9 pueden llevar a formas "objetivas" de responsabilidad del Estado.

23 Como la "venganza privada" por ejemplo.

24 Las protestas contra la creciente mortalidad infantil y las penurias de la población en general de los diferentes Estados que han sido objeto de sanciones por el Consejo de Seguridad que son bien conocidas.

Algunos crímenes contra la humanidad y todos aquellos contemplados por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 pueden conducir - y así ha sucedido en la práctica internacional - a reacciones más bien suaves contra el supuesto Estado transgresor por parte de otros Estados co-contratantes.²⁹ Sin embargo, el Consejo de Seguridad ha extendido su competencia para cubrir algunos casos masivos de violaciones a los derechos humanos (como Somalia o Haití) dada su peligrosidad para la paz y la seguridad internacionales. Esto indica que la comunidad internacional percibe en forma creciente que los derechos humanos son parte de sus intereses fundamentales.

Las posibilidades para la acción de terceros Estados en casos de dominación colonial forzada también han sido objeto de resoluciones del Consejo de Seguridad, y de la Asamblea General, tanto como de normas consuetudinarias basadas en tales resoluciones.

En el campo de la protección ambiental no existe, lamentablemente, un ejemplo de sanciones internacionales ni centralizadas (organizadas por el Consejo de Seguridad o por la Asamblea General) ni descentralizadas. Esto se aplica aún a las acciones de los Estados que afectan a los espacios comunes internacionales (global commons).³⁰

Acciones de policía

Obviamente, entonces, los hechos de los Estados contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional en los ámbitos descriptos, bajo la coordinación de los órganos internacionales o sin ella, se han enfrentado a ciertas reacciones. Esos son los crímenes - suponemos - mencionados en el antiguo art. 19. Dado que su párrafo N° 2 no es exclusivo, también pueden existir crímenes de otra naturaleza.

Todos los llamados crímenes en aquel

*La comunidad internacional
percibe en forma creciente que los
derechos humanos son parte de sus
intereses fundamentales*

artículo son cometidos por medio de actos continuos; las medidas tomadas por el Consejo de Seguridad o por los Estados individuales no son de naturaleza punitiva; simplemente pretenden detener al Estado transgresor o evitar que éste se aproveche de los frutos de su conducta ilegal.

Una vez logrado tal objetivo, parece no haber diferencia entre tales violaciones - aún las más serias - y los ilícitos ordinarios. Tal vez correspondan las garantías de no-repetición, pero tales reaseguros se verifican con el objeto de prevenir futuras transgresiones por parte del Estado autor de las mismas y no para castigarlo.

Un estado de necesidad de la comunidad internacional

Parecería que en tales casos las medidas del Consejo de Seguridad y las reacciones descentralizadas de los Estados pertenecen a una especie de tierra de nadie, ajenos a la noción

29 Al respecto conviene consultar las opiniones de T. Meron en "Lex Lata: ¿is there already a differentiated regime of State Responsibility in the Geneva Conventions?" y A. Cassese "Critical remarks on the applicability of the concept of Crimes of States in Humanitarian Law", ambos en Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese y Marina Spinedi, Berlin, op. cit., p. 224/232 y 232, respectivamente. Ambos tratan del art. 1, común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y el art. 89 del Protocolo I de 1977.

30 Las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad en Irak por "daños al medio ambiente y la depredación de los recursos naturales" (Resolución 687) sólo buscan compensación por los daños causados.

clásica de responsabilidad. Adquieren entidad a partir de ciertas circunstancias: urgencia, amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, legítima defensa. Tales circunstancias traen fuertes reminiscencias de la nota de Webster en el caso *Caroline*, con sus circunstancias que representaban un peligro instantáneo, abrumador, y que no dejan margen para la elección de los medios, ni tiempo para deliberar.³¹

La trilogía: actos continuos - amenaza a los más altos valores de la comunidad internacional - suspensión (eventualmente con garantía de no repetición), parece ser el ámbito de los denominados crímenes de los Estados.

La reacción internacional contra los crímenes se asemejan notablemente a las acciones de la policía. Contrariamente a las que se dan en el marco de la responsabilidad, las acciones de policía son reacciones inmediatas contra las conductas amenazadoras de los Estados. Generalmente, la imputación no es un problema aquí, ya que las conductas de los Estados infractores salta a la vista.

El ámbito donde se desarrollan tales acciones policiales es el de la necesidad. El estado de necesidad en el derecho es una institución impuesta por la simple fuerza de la lógica. Anzilotti dijo de él que:

El carácter obligatorio de las normas legales se detiene en este punto, no debido a una supuesta sabiduría o prudencia en la voluntad de los Estados, sino debido a la imposición del

31 *El Caso Caroline*, 29 B.F.S.P. 1137-1138.

32 *Corso di Diritto Internazionale*, Padova 1964, p. 418. (Traducción nuestra)

33 "Necessity (revisited) in International Law" *Ensayos en Derecho Internacional en Honor al Juez Manfred Lachs*, pp. 27/45. Editado por Jerzy Mackarczy, La Haya/Boston/Lancaster, 1984.

34 *Id.* p. 32.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

orden legal: sólo así debe ser entendido lo que alguna vez llamamos el límite lógico al carácter obligatorio del derecho internacional.³²

En otro artículo³³ expresamos la opinión de que hay una familia de necesidad en el capítulo sobre las circunstancias que previenen los actos ilegales en el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI. Tal familia está representada por algunas de las causas de prevención de los ilícitos: peligro extremo (art. 32), estado de necesidad (art. 33), legítima defensa (art. 34) y represalias (art. 30).

En todas ellas se suscita un conflicto subyacente entre intereses jurídicamente protegidos, característica ésta que es la primera y la más esencial de la necesidad³⁴. Una segunda característica es que la necesidad surgida del referido conflicto también determina los límites de la conducta lícita o, si se prefiere, que el acto del Estado en respuesta a esa necesidad no debe, de ningún modo, exceder lo estrictamente necesario para lograr el objetivo fijado³⁵. Una tercera característica es que el derecho decide a favor de uno de los intereses en juego, de tal modo que favorece el más elevado de aquellos valores o aquel que fuera ilegalmente vulnerado por el acto de un Estado.³⁶ Tales rasgos no son propios de una sanción penal; en particular, el de la proporcionalidad, parece ser incompatible con las penalidades, que generalmente acarrearán un plus con respecto a la reparación.

Trasponiendo estas nociones al plano social, los más altos valores de la sociedad son protegidos contra las amenazas por medio de reacciones, centralizadas o descentralizadas, que no pertenecen al ámbito de la responsabilidad. La legítima defensa colectiva sería la aplicación por los estados individuales de medidas de resguardo de los valores sociales colectivos relativos a la prohibición del uso de la

fuerza por los Estados. Los Estados actuando en legítima defensa colectiva al asistir a las víctimas de una agresión están protegiendo, no su propia entidad individual sino la de la comunidad internacional, lo que explica la compatibilidad de la auto-defensa colectiva con la inexistencia de una amenaza directa contra los Estados que vienen a auxiliar a la víctima. Por otro lado, el requisito de la solicitud de auxilio por parte del Estado víctima sólo implica un límite impuesto al ejercicio irrestricto y abusivo del derecho.

Considerar tales medidas como una forma de acciones de policía está lejos de minimizar su importancia: todo lo contrario. Las acciones de policía son necesarias y movilizan importantes recursos; pueden, y generalmente así lo hacen, implicar el uso de la fuerza. Pero es la reacción contra una emergencia y usualmente cesa cuando tal situación desaparece.

¿Pueden tales medidas ser consideradas preceptos del derecho de la responsabilidad? ¿Pueden tales actos de policía calificarse como sanciones en el marco de las normas sobre responsabilidad?³⁷ El art. 1 del Proyecto y su comentario podrían autorizar tal conclusión. Sin embargo, numerosos miembros de la ILC dudaron en llegar tan lejos.³⁸

¿Vive la difference?

Hemos visto que, una vez que la coerción ha sido ejercida a través de una medida de policía, o que la acción del Estado transgresor ha cesado, no existe casi diferencia entre las consecuencias de los crímenes y las correspondiente a los actos ilícitos ordinarios: aquellas están prácticamente limitadas a formas de reparación.

¿Existe alguna vinculación entre estas medidas policiales y la coerción legal disponible para los Estados por las consecuencias de los ilícitos ordinarios? Una primera observación las vin-

cula con una institución algo peculiar: la cesación (art. 41 del Proyecto). La cesación está exclusivamente ligada a la violación de obligaciones por actos continuos. Asimismo, tiene una estrecha conexión con las seguridades y garantías de no-repetición del art. 46.³⁹

Entonces, los crímenes del art. 19 deben cesar, tal como cualquier otro hecho ilícito de carácter continuo en virtud de la obligación primaria. En el articulado del Proyecto de responsabilidad de los Estados de la Comisión, en el texto terminado en primera lectura, se debía indemnización por el daño causado hasta el momento de su cesación. ¿Qué diferencia existía, entonces, con los ilícitos ordinarios para los Estados directamente afectados?⁴⁰ En ambos casos se ofrecía la posibilidad de coerción a los estados en forma de represalias, sólo que en el caso de los crímenes, la restitución en especie no estaba cercenada por las limitaciones impuestas en los párrafos (c) y (d) del art. 43 y la satisfacción por la restricción por el párrafo 3 del art. 45 (art. 52). Conforme el art. 43, las diferencias indicaban, en pri-

37 Pierre-Marie Dupuy considera que son "medidas de coacción, no de responsabilidad". Ver "Implications of the Institutionalization of International Crimes of the States" en "International Crimes of States", citado, p. 177. Si un criminal es, eventualmente, muerto por la policía en una acción, tal resultado difícilmente podría considerarse como una sanción penal aplicada al delincuente.

38 Ver la opinión de Paul Reuter en *Yearbook of the International Law Commission*, 1981, vol. 1, p. 131.

39 Las seguridades y las garantías de la no-repetición presentan un problema para la CDI: La Comisión las consideró parte de la satisfacción y, más tarde, consecuencias autónomas. Sin embargo, son las únicas medidas que no aceptan reparación para ninguna forma específica de daño. Y más, esto en vistas al futuro antes que al pasado, tal cual las otras medidas mencionadas en el artículo. Surge con claridad, sin embargo, que las medidas de ese tipo están dirigidas a asegurar la cesación de los actos ilícitos de carácter continuado.

40 Por otro lado, la cesación, no parece contar con ninguna de las características de las sanciones penales. La polución de un río internacional que excede los límites de la tolerancia, no es necesariamente un crimen internacional y debe cesar tal como se impone en el caso de estos.

mera instancia, que no se podía ir más lejos de la restitución en especie. El caso del art. 45 era similar: no imponía una sanción aflictiva al Estado autor; sólo trataba de igualar la reparación con la magnitud del daño moral sufrido por el Estado víctima. No vemos que tales normas tengan consecuencias más allá de lo necesario para obtener la mera reparación para el Estado agraviado.

Respecto a otra posible diferencia, se debatió en la Comisión acerca de si los crímenes autorizarían represalias sin negociaciones previas, pero no se llegó a ninguna conclusión definitiva. Los objetivos de tales represalias en los actos ilícitos y en los crímenes parecen ser la cesación y la reparación de los daños causados, y allí se agotan.

En el campo del uso de la fuerza por los Estados, la legítima defensa no puede ser considerada, en nuestra opinión, como una sanción criminal.⁴¹

Diferencias tan mínimas, respecto de las medidas descentralizadas, entre crímenes y actos ilícitos ordinarios indica que existe en el derecho internacional general una justificación muy pobre - si la hay - para la supervivencia de dos regímenes separados de responsabilidad del Estado.

41 De hecho, ya hemos expresado nuestra opinión respecto de si la auto-defensa es una de las formas del estado de necesidad; si es este el caso, difícilmente pueda ser tomada como una sanción.

42 Christian Dominicé "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", en el *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10 N° 2, pp. 353-363.

43 Sería "indudablemente erróneo buscar distinguir entre dos categorías de violaciones, y especialmente recurrir a un vocabulario reminiscente del derecho penal", *op. cit.*, p. 358. (Traducción nuestra)

44 *Id.* P. 360 (traducción nuestra)

45 Ha existido la sugerencia de que la violación de cualquier obligación de *ius cogens* constituiría un crimen internacional, sobre la premisa de que las normas imperativas du droit international generale constituent le soubassement juridique de la société internationale, *son ordre public*. Pellet, *supra* n.10.

En respaldo de algunos de estos puntos de vista, debemos referirnos a un artículo⁴² recientemente aparecido. Se sugiere en su texto que, a diferencia de lo que sucede en el derecho interno, no se ha desarrollado todavía en derecho internacional un segundo plexo de normas para cubrir conductas concernientes a la comunidad como un todo, la violación de las cuales debe satisfacer específicos elementos constitutivos (como la noción de culpabilidad en derecho penal).(...) Un acto ilícito trae a colación sólo una norma, la obligación multilateral.⁴³

La distinción entre las obligaciones *erga omnes* y las *ius cogens* de un lado y otro tipo de obligaciones del otro es sólo el hecho de que las primeras protegen valores sociales importantes. No presentan caracteres distintivos ni en su estructura, ni en su naturaleza legal, que impliquen que a su violación deban corresponder elementos constitutivos específicos⁴⁴.

Se van los crímenes, entran las obligaciones *erga omnes*.

La sustitución de crímenes por actos excepcionalmente graves, tal como fue propuesto en algunos sectores, hubiese evitado las connotaciones penales del término crímenes. Sin embargo, el *quid* parece radicar en explorar las consecuencias de las violaciones a las obligaciones *erga omnes*. ¿Por ejemplo, existe alguna diferencia entre la violación de las obligaciones *erga omnes* y de *ius cogens*, que sean actos ilícitos excepcionalmente graves, y las violaciones a aquellas obligaciones que no lo sean? Este es un aspecto que tal vez debería ser explorado por la Comisión teniendo en cuenta que en los ordenamientos legales internos no todas las violaciones a las normas de orden público son consideradas ilícitos penales.⁴⁵ Multi-



ples normas del derecho laboral son de tal carácter, pero los contratos que las transgreden sólo reciben como sanción su nulidad. Esto está muy lejos de configurar un crimen o un acto ilícito excepcionalmente grave.

De cualquier manera, la violación de obligaciones erga omnes, lo sean o no por medio de actos ilícitos excepcionalmente graves, afecta a los Estados no directamente perjudicados.⁴⁶ En el segundo caso, tal violación...no presenta caracteres distintivos ni en su estructura, ni en su naturaleza legal, que impliquen que a su violación deban corresponder elementos constitutivos específicos distintos de otro tipo de violación.⁴⁷ Una dirección posible en nuestra búsqueda puede ser el elemento cuantitativo en la transgresión en orden a autorizar efectos colectivos. Se ha sugerido que la misma debe ser substancial.⁴⁸

Teniendo en cuenta los efectos, el Estado directamente perjudicado tiene los derechos y los poderes usuales de la responsabilidad internacional⁴⁹, pero la capacidad para actuar de los Estados sólo en interés del derecho debería tal vez estar determinada por un tratado.⁵⁰

¿Es necesaria la categoría de crímenes del Estado ?

El establecimiento de los crímenes del Estado ha sido considerado como un largo paso en la evolución del derecho internacional. El art. 19 fue descrito como el reflejo de un estadio avanzado en la evolución del derecho de un sistema legal incipiente a uno maduro, de un bilateralismo que sólo procuraba proveer reparación para la parte agraviada, a un multilateralismo en el cual fueran posibles las respuestas de la comunidad a la violación de los valores de esa misma comunidad; de la responsabilidad individual criminal

a la responsabilidad del Estado por crímenes tipificados bajo el signo del derecho internacional.

Los propósitos de este proceso evolutivo han sido desarrollar y consolidar, sobre la base de la institución de la responsabilidad internacional, la noción de orden público internacional en el interés de la comunidad de Estados en su conjunto.⁵¹

Sin embargo, como venimos de estudiarlo, crear crímenes del Estado significaría introducir un tipo de responsabilidad en la cual el inocente sería castigado junto al culpable.

Un crimen de Estado también implicaría, en el derecho vigente, la responsabilidad individual de las personas que como órganos del Estado perpetraron tal delito. Aún la agresión, un acto considerado pasible de ser cometido sólo por un Estado acarrea, después de la Segunda Guerra Mundial y en el marco del Proyecto de Código Criminal de la CDI la responsabilidad del individuo - no la del Estado. En realidad, entonces, sumar la responsabilidad del Estado a la del individuo que cometió el crimen equivale, en todo caso, a sumar una porción de responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual del acusado.

Esto no parece necesario. Por otro lado, si los llamados crímenes de los Estados procuran el cese de los actos ilegales continuos, un mecanismo judicial como el requerido para la de-

46 "El término 'obligaciones erga omnes' describe una norma vinculante en su perspectiva relacional, significando que el Estado transgresor debe responder frente a la comunidad como un todo, no sólo ante el Estado agraviado. Consecuentemente, debe aceptarse que el término 'jus cogens' se aplica a las mismas normas vinculantes", Dominice, op. cit., p. 359. (Traducción nuestra)

47 Id. p. 360.

48 Id. p. 360

49 Id. p. 361

50 Id. p. 362.

51 Doc. A/53/10, párrafo 265.

terminación de la responsabilidad legal parece particularmente inadecuado: sería como si la policía tuviera que esperar la orden judicial antes de detener el asalto a un banco en pleno desarrollo. El Consejo de Seguridad es, por lejos, más eficiente y está actualmente en funcionamiento.⁵²

La comunidad internacional tal como la conocemos carece de instrumentos que permitan la represión de los crímenes de Estado. Es correcto argumentar que el Consejo de Seguridad no es una instancia jurisdiccional, y que actúa conforme a criterios políticos. Las conductas de algunos Estados equivalentes a "crímenes de Estado" del art. 19 ha quedado impune debido a razones políticas o que el responsable era un estado muy fuerte o debido a que un veto detuvo la acción del Consejo de Seguridad. Pero, ¿podríamos imaginar un tribunal criminal internacional estableciendo su jurisdicción sobre un Estado poderoso? Y si falla, ¿no sería peor tal defecto en un órgano judicial que en uno político?

El argumento supremo para la creación de los crímenes de Estado es que la violación de una obligación menor no puede equipararse con la del genocidio, por ejemplo. Las consecuencias en uno y otro caso deben ser diferentes para el Estado. Pero el Estado significa la comunidad de personas que componen su población, y es difícil comprender la necesidad de que una forma colectiva de responsabilidad se adicione a la de los individuos que condujeron al Estado a cometer ese crimen.

En muchas ocasiones el derecho coloca en entidades colectivas la res-

ponsabilidad de compensar los daños ocasionados por acciones de sus líderes individuales. Ello se verifica por razones prácticas: por ejemplo, los individuos no tienen normalmente medios financieros para afrontar indemnizaciones tan elevadas como corresponderían en ciertos casos. Pero la ley generalmente se detiene en la puerta de la responsabilidad criminal de una comunidad. El castigo ejemplar de los individuos culpables probablemente será suficiente para satisfacer nuestro sentido de justicia. El Estado es punido en la persona de sus agentes que le hicieron cometer crímenes tan horribles y la población debe contribuir, presumiblemente a través de impuestos, a indemnizar a las familias de las víctimas. Eso debería ser suficiente.

La responsabilidad Individual, es una forma posible de responsabilidad del Estado?

En el comentario al art. 19 queda expresado que:

Dicho esto, hay que aclarar acto seguido que sería erróneo ver en la facultad-deber, reconocida a ciertos Estados, de castigar a los individuos autores de crímenes del tipo descrito, la 'forma especial' de responsabilidad internacional aplicable al Estado en los casos de que se trata. La obligación de castigar personalmente a los individuos-órganos culpables de crímenes contra la paz, contra la humanidad, etc. no constituye a juicio de la Comisión, una forma de responsabilidad internacional del Estado y tal castigo no pone fin ciertamente a la persecución por la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyen en tales casos. El castigo de los dirigentes del

52 Por otro lado, con las imperfecciones que todos conocemos, el Consejo de Seguridad ha incorporado a las violaciones masivas de los derechos humanos como causa de aplicación de las medidas del Capítulo VII de la Carta.

aparato estatal que han desencadenado una guerra de agresión o que han organizado un genocidio no por ello libera al Estado mismo de su propia responsabilidad internacional por tal hecho.”⁵³

Una declaración tan contundente cierra la puerta sin dar, sin embargo, un fundamento convincente. ¿Por qué debe ser así? El tratamiento de los individuos por un Estado es relevante en el campo de la responsabilidad. La protección diplomática puede ser extendida en casos de denegación de justicia a un nacional en virtud de la noción de que un Estado sufre daño mediato en las personas o en la propiedad de sus nacionales y, consecuentemente, debe hacer respetar el derecho internacional respecto de sus ciudadanos. *Mutatis mutandi*, ¿por qué el castigo de los individuos-órganos del Estado por la conducta criminal en que hicieron incurrir a su representado no puede constituir, como una suerte de subproducto, una forma de responsabilidad del Estado?

Por supuesto, el castigo de individuos no exime de responsabilidad al Estado; alguna forma de responsabilidad civil no se excluye de los daños causados por la conducta del órgano. Esa sería una forma aceptable de responsabilidad indirecta. Pero esto bien puede agotar los aspectos criminales de la responsabilidad por la conducta de un individuo-órgano de un Estado. Particularmente teniendo en cuenta que, después que los principios de Nüremberg fueron adoptados por la comunidad internacional, se verifica una relación directa entre el individuo que cometió un crimen internacional y el derecho internacional. Los crímenes son cometidos por los individuos, no por los entes abstractos, según sentenció el Tribunal Militar Internacional, y tal enunciado formó parte de los principios de Nüremberg adoptados por la comunidad interna-

cional junto con la Resolución de la Asamblea de Naciones Unidas 95 (I).

Si tal predicado es correcto, si los crímenes son cometidos por los individuos, si existe una relación directa entre aquellos individuos y la comunidad internacional, y si ellos son castigados, ¿qué responsabilidad queda remanente para el Estado?

Conclusiones

1. El indudable mérito del art. 19 ha sido atraer la atención sobre la existencia y el papel de la comunidad internacional en el ámbito de la responsabilidad y la necesidad de una protección colectiva para salvaguardar los más altos valores sociales de esa comunidad. De igual modo, revela la necesidad de examinar las consecuencias de las violaciones de las obligaciones erga omnes protegiendo bienes jurídicos supremos.
2. Si existe la responsabilidad criminal en el derecho internacional, se aplica a los individuos que cometen delitos internacionales. Estos están en relación directa con la comunidad internacional y sus normas.
3. No hay responsabilidad criminal de los Estados ni crímenes del Estado en el orden jurídico internacional, desde que no existen las penas, (esto es, medidas punitivas) para los hechos del Estado. La responsabilidad penal colectiva aplicada a grupos humanos, incluyendo a los Estados, es extraña a los principios del derecho penal liberal moderno. Los crímenes internacionales cometidos por individuos que actúan como órganos del Estado solo originan para el Estado formas de responsa-

53 *Anuario... 1976, Vol II (Segunda parte), p. 102.*

bilidad civil (reparación). Esto ha sido confirmado por el caso Bosnia y Herzegovina ante la Corte Internacional de Justicia y en el caso Tadic ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

4. Lo que el art. 19 enuncia como "crímenes del Estado" son, de hecho, actos de carácter continuo que amenazan aquellos altos valores de la comunidad internacional mencionados en el punto 1.
5. Las reacciones contra tales actos, centralizadas (autorizadas o coordinadas por una organización internacional) o descentralizadas (tomadas individualmente por los Estados) están más próximas a la naturaleza de las acciones de policía que a las sanciones criminales. Parecen encontrar su justificación legal en una forma de estado de necesidad de la comunidad internacional.
6. Su inclusión en el marco de la responsabilidad es dudosa. En cualquier caso, y en esta inteligencia, la CDI deberá reexaminar el enfoque del art. 1 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados.
7. Los llamados "crímenes" son violaciones de las obligaciones por actos continuos y están vinculados a la cesación y a las seguridades y garantías de no-repetición, tal como cualquier otro ilícito ordinario de carácter continuo.
8. La mayor diferencia de éstos con los ilícitos comunes está en el tipo de obligación que violentan y, consecuentemente, la coerción empleada para provocar la cesación del daño: en el caso de los "crímenes" están a disposición de la comunidad internacional las acciones del Consejo de Seguridad. Las represalias individuales tomadas por los Estados no directamente perjudicados corresponden al campo del uso de la fuerza (legítima defensa colectiva).
9. Luego de que el Estado transgresor ha cesado en su conducta "criminal" prácticamente no se verifica ninguna diferencia entre las consecuencias de un acto ilegal ordinario y un "crimen".
10. La CDI deberá examinar todas las implicancias de las violaciones a las obligaciones erga omnes y jus cogens desde el punto de vista de la codificación y del desarrollo progresivo. Esto ayudará a clarificar el alcance de tales obligaciones vinculadas, como hemos visto, con importantes valores sociales de la comunidad internacional.

