

# TENDENCIAS ACTUALES EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS Y DE OTROS SUJETOS INTERNACIONALES

SUMARIO: *Introducción. I. Planteamiento clásico de la responsabilidad internacional. Insuficiencias de una teoría general. II. La responsabilidad internacional y la aparición de nuevos sujetos. 1. Las organizaciones internacionales y la responsabilidad internacional. 2. La responsabilidad internacional de los individuos. III. Nuevos planteamientos en la responsabilidad de los Estados. 1. La responsabilidad penal de los Estados. 2. La responsabilidad objetiva del Estado por daños. Conclusiones.*

## *Introducción*

Un principio general del derecho es la obligación de reparar el perjuicio causado. Dicho principio sustenta a la teoría de la responsabilidad y a los distintos regímenes jurídicos sobre la naturaleza del hecho ilícito y del daño ocasionado. El principio general reclama una determinación en cada ordenamiento jurídico y una aplicación concreta a las situaciones de perjuicio, pero en cualquier rama del derecho se parte de idénticos postulados: ilícito —daño— reparación. De aquí nace la idea tradicional de la unidad de la teoría de la responsabilidad reforzada por el hecho de que, en los más diversos ámbitos del mundo jurídico, el *neminem laedere* determina el surgimiento de hipótesis de responsabilidad cuando se producen situaciones antijurídicas.<sup>1</sup>

En un plano más concreto, el régimen de la responsabilidad civil es el más perfecto dentro de la teoría general. Ello es quizás la razón de que —a falta de una dogmática jurídica propia— la responsabilidad internacional se manifieste primordialmente a través de una acción de reparación de contenido moral o patrimonial. Los conceptos y categorías jurídicas de los derechos internos han sufrido una adaptación, por otra parte no correcta, al plano internacional. El régimen de responsabilidad penal, hasta el momento, está poco explorado y desarrollado. Sólo existen determinados tipos de ilícitos genuinamente internacionales (crimen de agresión, crimen contra la paz, crimen contra la humani-

<sup>1</sup> Facio, Peirano, *La responsabilidad extra contractual*, Montevideo 1954, p. 10 y ss.

dad, etcétera) y la acción de sanción y punición internacional carece de mecanismos judiciales apropiados, quedando su sanción en mera enunciación y definición.

En el plano de lo civil, la diferencia entre responsabilidad contractual (violación de un contrato) y la responsabilidad extracontractual (violación de la ley) es difícilmente aplicable en derecho internacional. Las normas y las obligaciones jurídicas internacionales tienen una especialísima naturaleza. Son expresión del consentimiento de los Estados preferentemente, y de otros sujetos internacionales, pero ambas tienen un único fundamento común *pactado*. La diferenciación entre ley y contrato para distinguir entre ambos tipos de responsabilidad en el derecho internacional general no encuentra aplicación, si bien se tiende a diferenciarlos por la existencia cada vez más abundante de contratos internacionales entre Estados y particulares, cuya naturaleza se asemeja a un negocio jurídico *stricto sensu* y respecto de los cuales convencionalmente se establecen regímenes de responsabilidad próximos a la contractual clásica de la teoría general. En todo caso se trata de una tendencia que habrá que estudiar y cuya consolidación habrá que esperar.

En derecho internacional lo esencial de la responsabilidad civil radica, pese a los signos de cambio, en una relación de alteridad entre Estados que genera en caso de violación una obligación jurídica de reparación, *pero no de anulación* del acto y en todo supuesto está absolutamente mediatizada por el sujeto típico y casi exclusivo del derecho internacional: los Estados.

En materia de responsabilidad penal, la estructura descentralizada de la sociedad internacional no permite el ejercicio de una función punitiva. El poder efectivo de coerción lo detentan sólo los Estados. Unas veces, asumiendo el ejercicio descentralizado de la sanción en el ámbito de sus competencias, a modo de una delegación de la sociedad internacional, de la que habla Kelsen y que Scelle denominó "desdoblamiento funcional". Otras veces ejerciendo una auténtica acción punitiva en los supuestos de violaciones internacionales por parte de los individuos, hasta ahora únicos sujetos posibles de inculpación penal internacional.<sup>2</sup>

Sólo el individuo era susceptible de ser sancionado penalmente en el derecho internacional y paradójicamente no puede ser considerado como sujeto jurídico internacional de manera plena. No existe en derecho internacional una responsabilidad penal en función de la teoría de los sujetos internacionales, y no puede

<sup>2</sup> En este sentido, el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional que está siendo elaborado por la C.D.I. contempla un desarrollo de la normativa internacional al respecto, al establecer en su artículo 19 la responsabilidad penal de los Estados por "crímenes internacionales". Véase al respecto los trabajos de la Comisión y sus comentarios a partir del año 1976. En el primer proyecto de R. Ago, el artículo 18 establecía este supuesto *Anuario de la C.D.I.* 1976-I, p. 56, párrafo 9. Y sobre su análisis doctrinal, *vd.* Dupuy P. M., "*Action publique et crime international de l'Etat*", A.F.D.I., 1976, p. 539, y "*Observations sur le crime international de l'Etat*", R.G.D.I.P. 1980/2, p. 449.

haberla por dos tipos de razones: por falta de integración social, y por falta de un poder efectivo y centralizado que ejerciera en el conjunto de las relaciones internacionales la función legislativa (de tipificación del delito y sus penas) y la función ejecutiva de sanción y punición.

La descentralización y debilidad de las sanciones, la apreciación discrecional de aquellos que han de ponerlas en práctica es una de las notas consustanciales a la sociedad internacional. Incluso aquellas sanciones, decididas en el seno de una organización internacional que representan un grado mayor de institucionalización, son también bastante débiles, dada la estructura política de tales organizaciones y la mediatización estatal.

Asimismo falta integración social del medio internacional que posibilite un rechazo compartido de determinados comportamientos y una acción de inculpa-ción penal. Tanto en la teoría general del derecho, como en el derecho internacional no existe una diferenciación esencial o sustantiva entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, sino que son efectos de una acción de responsabilidad los que imponen la diferenciación. En los derechos internos, son razones de política legislativa las que llevan al legislador a incriminar a algunas ilicitudes con una pena adecuada, como sucede a veces por razones de incompatibilidad de determinados comportamientos con el orden social. En este sentido es imposible un paralelismo entre el derecho interno y el derecho internacional, ya que no son asimilables las estructuras sociales, las valoraciones comparativas y la integración de una comunidad política. Sin embargo, la trasposición de los conceptos y categorías internas al medio internacional se ha dado, cuando incluso falta una teoría de los sujetos elaborada y desarrollada jurídicamente que lleve hasta sus últimas consecuencias el contenido de la subjetividad jurídica.

Este breve apunte sobre la responsabilidad internacional muestra de entrada varias cuestiones: falta de una dogmática jurídica internacional y una desproporción de tratamiento jurídico entre la responsabilidad internacional civil y la responsabilidad penal. La responsabilidad internacional de los Estados, expresada bajo esta fórmula genérica (entendiendo siempre en ello su naturaleza civil), está sumamente elaborada por la jurisprudencia internacional y arbitral y avalada por una consolidada práctica internacional. Esto ha posibilitado un conjunto de normas consuetudinarias sobre la materia aptas para ser codificadas y así lo ha entendido la Comisión de Derecho Internacional, que ha dedicado años de estudio hasta la elaboración casi acabada de un proyecto articulado sobre la responsabilidad internacional de los Estados. Y en la doble tarea de la Comisión, codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, encuentra por primera vez apoyo una pretensión de regular la responsabilidad penal de los Estados por "crímenes internacionales", quizá una de las mayores novedades de este proyecto.<sup>3</sup>

\* El examen de la cuestión se inicia por la CDI, y se encarga a Roberto Ago la tarea

La Comisión, no obstante, no ha abordado la institución de la responsabilidad internacional en su totalidad, sino la generada por los hechos ilícitos de los Estados, aplazando otras posibles fuentes de responsabilidad. También ha aplazado la responsabilidad de otros sujetos y la problemática de la subjetividad internacional, especialmente la referida a las organizaciones y la de otros sujetos internacionales.

Quizás por el desproporcionado desarrollo jurídico que la institución de la responsabilidad tiene en el derecho internacional positivo, asistimos a un especial resurgimiento del interés teórico y práctico sobre la materia. Su última explicación está en la transformación sustancial de la sociedad internacional, en su composición, ámbitos relacionales y en los avances científicos y técnicos que reclaman una puesta al día de la normativa internacional que regule y sancione aquellas conductas que producen perjuicio. El aumento de las relaciones sociales internacionales conlleva una complejidad de las relaciones materiales y jurídicas. La actividad de los sujetos se interacciona y entrecruza en sus esferas de intereses que a veces pueden suponer relaciones perjudiciales.

La interdependencia internacional, forzosamente solidaria, impone una consideración social de la teoría de la responsabilidad que sancione y exija la reparación de hipotéticos perjuicios colectivos. El progreso industrial y tecnológico puede de manera mecánica incrementar los daños a terceros o a la humanidad, sin que en el derecho internacional positivo existan normas sobre responsabilidad objetiva y responsabilidad por daños.<sup>4</sup>

Toda esta insuficiencia actual de la institución internacional de la responsabilidad, toda la problematicidad de la temática de la subjetividad a ella referida, plantea la necesidad de una recreación global y sistemática de una teoría general de la responsabilidad internacional. Como el punto de referencia actual siguen siendo los parámetros tradicionales, referidos especialmente al Estado, he creído preciso ir evidenciando las repercusiones que la teoría clásica recibe de la propia práctica internacional. En orden a un análisis puramente convencional y particular, creo que esas modificaciones esenciales vienen produciéndose en relación a tres aspectos que me propongo analizar: los sujetos internacionales actuales y la responsabilidad; la afectación de los elementos tradicionales de la

de ponente, ofreciendo el primer informe en el vigésimo primer periodo de sesiones: Doc. A/CN. 4/217 y ADD. 1 y en 1979. Antes de dejar la Comisión ofrece ya lo esencial del proyecto sobre la materia, continuando como ponente sir W. Riphagen, *Anuario de la CDI*, 1979, vol. II 2ª parte, p. 107.

<sup>4</sup> En este orden de cosas la CDI evitó mezclar el estudio de estas dos fuentes de responsabilidad, pero en su 1502 sesión, celebrada el 16 de junio de 1978, estableció un grupo de trabajo encargado de examinar la labor futura de la Comisión sobre el tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional", *Anuario de la CDI*, 1978, vol. II, 2ª parte, p. 7. Grupo de trabajo presidido por Blix Baxter y cuyos informes preliminares ya han sido sometidos a la consideración de la Comisión: Doc. A/CN. 4/334 y Add. 1 y Add. 24, 27 y 4 de junio y julio respectivamente de 1980.

responsabilidad (ilícito, imputación, daño-reparación); y por último la incidencia que los avances técnicos y científicos tienen sobre una teoría de la responsabilidad que se orienta hacia la objetivación, apartándose de la concepción internacional clásica de la nación de culpa, como única y exclusiva fuente de responsabilidad internacional.

## I. PLANTEAMIENTO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL INSUFICIENCIAS DE UNA TEORÍA GENERAL

La responsabilidad internacional es una institución jurídica polarizada casi exclusivamente sobre la figura del Estado. En virtud de ella, el Estado, al que se imputa un acto ilícito, está obligado a reparar. Esta figura se perfila según las específicas condiciones estructurales del medio internacional, pero a la vez a través de una trasposición de conceptos de los derechos internos al internacional. Sobre ella se proyectan, pues, los rasgos de la sociedad internacional y las insuficiencias de un ordenamiento jurídico, que no ha acabado de emanciparse de una dogmática jurídica y de un tratamiento estatal.

La carencia de una autoridad o poder centralizado, la discrecionalidad en la apreciación de las obligaciones internacionales, el protagonismo del Estado hacen que incluso se acuda a la ficción jurídica de asumir las acciones en responsabilidad de otros sujetos internacionales, como por ejemplo, los individuos, mediatizándola como si se tratara del ejercicio de un derecho propio del Estado.

La escasa institucionalización del orden internacional afecta, pues, a la plena operatividad de la responsabilidad internacional en las siguientes cuestiones:

1) La naturaleza de la responsabilidad internacional es civil y se acciona a través de un contencioso de reparación moral o patrimonial, pero nunca de anulación. No es posible la penalización de los comportamientos de los Estados, dada la carencia de una estructura efectiva de poder en el ordenamiento internacional. Incluso la posibilidad de diferenciar dentro de la responsabilidad civil, entre contractual y extracontractual a los fines de una socialización del interés en la reparación del daño, encuentra dificultades por la naturaleza singularísima de las obligaciones internacionales. Estas se fundamentan en la voluntad de los Estados, nacen de su consentimiento expreso o tácito, no de manera exclusiva pero sí predominantemente, ya que la incidencia de otros sujetos internacionales en el proceso de creación y aplicación de las normas internacionales es residual o secundaria.

Esta voluntad de crear obligaciones jurídicas se plasman en instrumentos específicos —tratados o costumbre— que se asemejan a los contratos. No caben extensiones, ni presunciones respecto a obligaciones de carácter general que afecten a la voluntad soberana de los Estados. Ésta es doctrina firmemente asentada por la jurisprudencia internacional desde sus más tempranas decisiones. Respecto

a las normas del derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria, las semejanzas con el contrato o negocio jurídico tácito son considerables. Sólo las costumbres generales y universales, establecidas y reforzadas por una práctica continuada, pueden ser oponibles a aquellos Estados que no hubieren participado en su elaboración.

Incluso respecto a los actos unilaterales, próximos a la teoría de las fuentes, es difícil precisar cuál es el tipo de responsabilidad que surge de la violación de obligaciones nacidas de una declaración unilateral de voluntad. Sabido es que un acto unilateral genera efectos para su autor, crea una autoobligación de carácter normativo, pero sus efectos para su autor y para terceros no se agotan en ese aspecto individual. La figura del *Stoppel*, la no permisibilidad de las retractaciones de los propios comportamientos, podría enfocarse como algo más que una obligación pactada, como una obligación de carácter general.

En teoría general del derecho el sujeto puede cometer un ilícito de dos formas: a) contraviniendo un deber legal, y b) faltando a la promesa empeñada en un contrato. Pues bien, en derecho internacional ambos supuestos quedan subsumidos bajo el calificativo de legal, sin que existan matizaciones por la naturaleza específica de cada una de las fuentes de la que pueda surgir una obligación jurídica internacional. En todo supuesto de obligaciones internacionales, se presume que éstas nacen del acuerdo de voluntades.

Actualmente asistimos —como veremos más adelante— a cierto desarrollo de una posible responsabilidad extracontractual internacional, conectada con la violación de normas absolutas de carácter universal u obligatoriedad *erga omnes* que encuentra su filosofía en la defensa de intereses de coexistencia, esenciales y necesarios para la sociedad internacional en cuanto tal.

Asimismo asistimos a la configuración de auténticos supuestos de responsabilidad contractual *stricto sensu*, en convenios particulares —contratos entre Estados y personas privadas—, en los que el régimen de responsabilidad que en ellos se establece responde a los rasgos y caracteres establecidos para figuras próximas en los derechos internos.

La responsabilidad internacional nace genéricamente del alejamiento anti-ciación clásica de la teoría general. Las aportaciones renovadoras son tendencias que han de consolidarse.

La responsabilidad internacional nace genéricamente del alejamiento anti-jurídico de un deber consensual (expreso o tácito), que establece una relación de alteridad, cuyo contenido es la obligación de reparar. No hay, pues, una diferenciación en los tipos de responsabilidad civil por la naturaleza de la obligación violada, sino a lo más un distinto grado de concretación del deber que se ha infringido, que refuerza la exigencia en la prueba y elimina la posibilidad de presunciones.

2) El régimen jurídico de la responsabilidad internacional se establece mediante una relación de Estado a Estado. Este hecho es firmemente definido por

R. Ago, ponente especial del tema de responsabilidad de los Estados en la Comisión de Derecho Internacional, quien afirmaba:

las diferentes concepciones de la responsabilidad se acercan por lo menos a admitir que todo hecho ilícito internacional crea relaciones jurídicas nuevas entre el Estado autor del hecho y el Estado perjudicado y que lo que parece descartado, al menos en la fase actual de las relaciones internacionales, es que el Derecho internacional general pueda crear, debido a un acto ilícito internacional, una relación jurídica entre el Estado culpable y la comunidad internacional, a semejanza de la relación que se establece entre el autor del delito y el propio Estado.<sup>5</sup>

No puede existir un efecto de esta índole en el derecho internacional, mientras éste no admita la personalidad jurídico-internacional de la comunidad internacional. Y ésta es una cuestión problemática, aunque a veces se refieran a ella ciertas reglamentaciones, como la de los fondos marinos, del nuevo orden económico internacional, las normas de *ius cogens*, etcétera. Es una noción o una posible forma de subjetividad imprecisa en el derecho positivo.

Respecto del posible protagonismo de otros sujetos en la relación de alterabilidad jurídica que desencadena la responsabilidad, se dan hoy ciertos desarrollos en la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Incluso en algunas organizaciones (como las europeas a fines de eficacia en la acción de reparación) la responsabilidad es concurrentemente compartida entre la Organización y los Estados miembros. Respecto de otros supuestos de subjetividad internacional actual, siempre mediatiza el Estado la acción de reparación, como ocurre de una forma ya histórica en el derecho internacional clásico con la institución de la protección diplomática. Desde la decisión del TPJI de 30 de agosto de 1924 en el asunto de las concesiones *Mavrommantis* en Palestina, hasta una de las manifestaciones más actuales e interesantes del TIJ en el asunto de la Barcelona-Traction de 1970, la protección diplomática aparece como un derecho discrecional del Estado que ejerce en nombre propio.<sup>6</sup> De su lectura, aún con una subjetividad internacional no ampliada, se puede deducir que los que determinan los rasgos y caracteres jurídicos, de la responsabilidad internacional siguen siendo los Estados. Así se expresaba el TPJI:

Es un principio elemental del Derecho internacional que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional cometido por otro Estado, de los que no se ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al encargarse de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la acción diplomática o la acción judicial

<sup>5</sup> *Anuario de la CDI*, 1971, vol. II, 1ª parte, p. 224, pfo. 40.

<sup>6</sup> Al respecto, Parry, Cl., "Some considerations upon the protection of individuals in international law", *RECADI*, 1956-II, v. 90, p. 714.

internacional, *este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional.*<sup>7</sup>

En efecto, la protección diplomática, única forma de protección de la persona humana y de sus derechos subjetivos dentro del derecho internacional general, responde a la naturaleza interestatal del Derecho internacional clásico, cuya finalidad era la reglamentación de las relaciones entre Estados soberanos y dentro de los límites que la descentralización estructural impone. La ausencia de una instancia internacional de control, el predominio de factores políticos, la limitación de la protección diplomática a las consecuencias de la acción de un Estado extranjero, la misma discrecionalidad y por tanto renunciabilidad del ejercicio de tal protección por el Estado confirman este principio. Y por último, el hecho de que a falta de una codificación de esta normativa toda la institución de la protección diplomática se base en una noción vaga, como es la de los mínimos estándares internacionales, cuyo contenido varía en función de múltiples circunstancias, consolida esta situación.<sup>8</sup>

El Tribunal Internacional de Justicia en 1970 en el asunto de la Barcelona-Traction vuelve a reafirmar la acción mediatizadora del Estado en esta materia y su carácter precario:

Un Estado puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida que estime apropiados, *ya que es su derecho propio el que alega. Si las personas físicas y jurídicas por cuenta de las cuales actúa, estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en Derecho internacional...*<sup>9</sup>

Las insuficiencias de las normas internacionales sobre responsabilidad internacional es palpable. Sólo existe cierto nivel de elaboración teórica y práctica en la de los Estados, pero respecto a una elaboración global de una teoría de la responsabilidad no existen sino lagunas o transposiciones inadecuadas del plano interno al internacional. La Asamblea General, en fechas ya muy lejanas, así lo evidenció, cuando en su resolución 799 (VIII) de 7 de diciembre de 1953, pidió a la Comisión de Derecho Internacional que iniciara la codificación y el desarrollo progresivo de los principios que regían esta materia. En el primer informe del ponente especial García Amador, se puso de manifiesto que la tarea

<sup>7</sup> T.P.J.I. asunto de las concesiones *Mavrommantis* en Palestina, sentencia de 30 de agosto de 1924. Serie A, N° 2, p. 12.

<sup>8</sup> Carrillo, Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2ª ed. p. 45, 1976.

<sup>9</sup> Asunto de la Barcelona-Traction. TJI, Recueil de sentences, 1970. Al respecto es interesante la obra de Goldson, H. B., *Implementation of international protection of human rights*, RCADI, vol. 110, 1963-III.

encomendada era en algunos aspectos de revisión y codificación, pero en otros se trataba de llevar a cabo una labor de desarrollo progresivo. Así en lo relativo a la responsabilidad de los individuos, a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, al necesario tratamiento de extranjeros con la materia de derechos humanos y en lo relativo a la esfera de la teoría general, se consideró la posibilidad en derecho internacional de una responsabilidad que no fuera la tradicional de la culpa aquilina, sino por hechos lícitos, pero excepcionalmente perjudiciales que pudieran estar surgiendo en las relaciones internacionales. Su fundamento estaría en los daños reales o hipotéticos que, por su carácter grave y excepcional, se alejaban del tradicional fundamento del ilícito internacional, esto es, del comportamiento culposo o doloso de los sujetos internacionales. Se trataría, pues, de la existencia objetiva de un perjuicio, que daría lugar a una acción en responsabilidad para la obtención de una reparación.

La eficacia de la tarea emprendida requería acotar los ámbitos de estudio, centrándose sobre aquellos aspectos que acuñados en la práctica internacional recibían incluso el apoyo de los gobiernos y la casi unanimidad de la doctrina. Esta parcela era la de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos internacionales, con lo cual todas las anteriores líneas de desarrollo progresivo no se descartaban en un futuro, pero se diferenciaban del esfuerzo que iba a emprender la Comisión de Derecho Internacional. Así, desde 1963 quedó decidido que: *a)* a los efectos de la codificación del tema debería atribuirsele prioridad a la definición de las normas generales de la responsabilidad internacional de los Estados; *b)* que no había que descuidar, sin embargo, la experiencia y la documentación recogidas en ciertos sectores particulares; *c)* que había que seguir atentamente, ante las eventuales repercusiones, la evolución reciente del derecho internacional.<sup>10</sup> En el momento actual estas posibles repercusiones son ya un hecho, sobre todo en lo relativo a la subjetividad internacional y a la necesidad de mecanismos eficaces de reparación.

Desde un punto de vista práctico y en orden a una reelaboración o creación de normas sobre responsabilidad, las nuevas afectaciones esenciales son las siguientes: El aumento de los sujetos internacionales y su diversidad reclaman tanto un esfuerzo de creación de normas, como de mecanismos adaptados a la distinta naturaleza de que cada sujeto goza en derecho internacional. Los regímenes de responsabilidad habrán de responder a la naturaleza peculiar de los sujetos y articular, por tanto, vías eficaces de reparación. La actividad creciente y compleja de los distintos sujetos, a veces mixta entre lo privado y lo público, entre el *ius gestionis* y el *ius imperii* (en los Estados) reclama una precisión y un rigor mayor en la responsabilidad civil, para que en todo supuesto la garantía de la reparación del perjuicio esté garantizada. En razón del avance tecnológico e industrial están apareciendo en las relaciones internacionales situaciones

<sup>10</sup> *Anuario de la Comisión 1979*, vol. II, 2ª parte, reseña histórica, p. 103, párrafo 56.

de perjuicio objetivo para los sujetos internacionales, para las personas y bienes y para el conjunto de la comunidad internacional. Tales situaciones obligan a replantear los tradicionales elementos de la responsabilidad internacional, en el sentido de que la relación de alteridad subjetiva-ilícito-imputabilidad-reparación no es la única posible para que exista un daño que reclame reparación. Esto es, el elemento "daño irrelevante" en la teoría clásica de la responsabilidad cobra hoy igual relevancia que el ilícito para fundamentar un régimen de responsabilidad objetiva inexistente hasta el momento.

En todos estos ámbitos la materia de responsabilidad es un laboratorio, en el que las obligaciones se precisan a través de convenios particulares. Pero las frecuentes lagunas jurídicas, la falta de precedentes jurisprudenciales y la ausencia de una práctica uniforme obligan a un esfuerzo de reflexión que plantee los problemas sin ánimo de exhaustividad y con soluciones que habrán de venir dadas por la práctica internacional informada por un esfuerzo de reflexión teórica.

## II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y LA APARICIÓN DE NUEVOS SUJETOS

La institución de la responsabilidad no es autónoma en sí, sino que está referida en derecho internacional a una obligación legal y al comportamiento antijurídico de un sujeto. Por tanto, la problemática de la subjetividad condiciona la teoría y la práctica de la responsabilidad internacional, que dependerá de quiénes sean sujetos jurídicos, de sus derechos y obligaciones, así como de las acciones jurídico-procesales que el ordenamiento internacional les reconoce.

El problema de la subjetividad internacional es un tema vivo en derecho internacional. Ha aumentado el número de sujetos y la tipología, y por tanto las relaciones. Del concepto de "sujeto", como afirma el profesor González Campos, depende el perfil de una comunidad y de un ordenamiento. Los sujetos dan la pauta para valorar las funciones y cometidos que asume un orden jurídico.<sup>11</sup> El aumento del número y diversidad de los sujetos internacionales evidencia un dinamismo social y jurídico, pero —como decíamos antes— vivo también por inacabado. La conceptualización y concretación de los sujetos internacionales actuales no está totalmente hecha y precisada. Las consecuencias de la personalización internacional de muchos de estos sujetos no están elaboradas jurídicamente. Éste es el caso de la teoría de la responsabilidad.

<sup>11</sup> Tales funciones que desbordan el marco estrictamente estatal y son asumidas por otros actores internacionales, conducen a una caracterización de ciertos entes como sujetos jurídicos. En este sentido González Campos, G., *Régimen jurídico de las instituciones internacionales, Escuela de Funcionarios Internacionales*, Madrid 1965, p. 15 y ss. REDI, 1951, v. IV p. 845. Wengler, W., "La noción de sujeto de derecho internacional público, examinado bajo el aspecto de algunos fenómenos políticos actuales", en REDI, 1951-IV, p. 845 y ss.

Hay formas de subjetividad internacional, en las que es impropio hablar de un estatuto jurídico, como ocurre respecto al individuo o respecto a algunas formas transitorias.<sup>12</sup> Hay incluso una pretendida forma *sui generis* de personalización internacional, como es la referida a "la Comunidad internacional en su conjunto", a la que se hace titular de determinados valores esenciales y respecto de la cual se pretende la existencia de un *interés legal* para reclamar una responsabilidad internacional objetiva.

Ciertamente que en los dos primeros ejemplos existen normas internacionales que podrían fundamentar, en caso de su violación, la responsabilidad activa y pasiva, pero se carece de práctica internacional. Las elaboraciones teóricas, como en el caso de la comunidad internacional, pertenecen más al campo del *deber ser* que del ser de la actual sociedad internacional. Como dijera Ch. de Visscher, constituyen un orden en potencia en el espíritu de los hombres.<sup>13</sup>

Las afectaciones de la teoría de la responsabilidad internacional por los sujetos jurídicos requiere un estudio analítico de cada uno de los sujetos, de su estatuto jurídico, si lo hubiera, y de los mecanismos que, a favor o en contra, son articulables mediante una acción de responsabilidad.

### 1. *Las organizaciones internacionales y la responsabilidad internacional*

Actualmente el segundo sujeto internacional en importancia y personificación fáctica y jurídica son las organizaciones internacionales. Tienen personalidad jurídica internacional y constituyen una realidad jurídica objetiva más allá del consentimiento o del reconocimiento de otros sujetos internacionales, sobre todo en aquellas organizaciones de carácter general y ámbito universal. En este sentido la posición de los tribunales internacionales y de la práctica es notoria e indiscutida hoy. En el dictamen de "Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949", el TIJ afirmó: "L'Organisation était destinée a exercer des fonctions et a jouir des droits. . . qui ne se peuvent s'expliquer que si l'organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan internationale".<sup>14</sup> Esta referencia a la ONU, es válida en general para una teoría general de las organizaciones internacionales.

Ahora bien, la personalidad jurídica implica una doble cuestión: primeramente poseer la capacidad de ser titular de derechos y poder de ejercitarlos por la vía de reclamación internacional. En este sentido son absolutamente evidentes

<sup>12</sup> Se habla de formas de subjetividad transitorias en el sentido de que tienden hacia una consolidación bajo forma de Estado, y respecto de las cuales el derecho internacional les reconoce ciertos derechos y obligaciones. Tales podrían ser los pueblos, los movimientos de liberación nacional, los beligerantes etcétera, a los que sin embargo, el derecho internacional reconoce ciertas y limitadas titularidades.

<sup>13</sup> *Teorías y realidades en D.I.P.*, Barcelona, 1960, p. 94-95.

<sup>14</sup> T.I.J. Rec. 1949 Dictamen sur le réparation, p. 178.

las afirmaciones del TIJ en el dictamen citado. En segundo lugar, ser titular de obligaciones y por tanto que exista la posibilidad de serles imputados determinados comportamientos que conllevan una acción de responsabilidad, por violación de obligaciones jurídicas del ordenamiento que reconoce. Ambos planos son hoy ejercitables por o ante una organización internacional. En cuanto a su tratamiento jurídico, la doctrina en una aproximación fácil habla de que en ambos supuestos se puede aplicar el esquema de la responsabilidad de los Estados sin alterarlo sustancialmente.<sup>15</sup> Pero hay problemas que reclaman un tratamiento singular, ya que no se trata sólo de afirmar algo que es realmente cierto, pero insuficiente: el que una organización internacional pueda ser responsable frente a un Estado, o frente a otra organización y que inversamente pueda exigir responsabilidad de los otros sujetos del orden jurídico internacional.

Este atributo general ya quedó reconocido como tal por el TIJ, así como la posibilidad de ejercitar una acción de protección diplomática, en este caso "funcional", frente a terceros Estados. En este supuesto verdaderamente el esquema estatal del ejercicio de la protección diplomática se puede reproducir, porque, como dice Reuter, dado que los agentes son órganos de la organización, el daño sufrido por éstos era un daño sufrido por la misma organización. Pero el problema ya no es tan evidente en la posición inversa, en la que el requisito del agotamiento de los recursos internos presenta problemas y singularidades propias que no tienen una reglamentación en las organizaciones internacionales. Ha sido la práctica la que, como veremos más adelante, va aportando soluciones. Así, la ONU se reconoció responsable respecto de un Estado miembro (Bélgica) por los daños causados por las fuerzas de mantenimiento de la paz en el Congo (acuerdos U Thant-Spaak de 20 de febrero de 1965). Aceptó la imputación de los actos desde el momento en que no constituían "necesidades militares" y que los contingentes estaban colocados bajo su autoridad efectiva. Otro problema delicado es cuando, por ejemplo, los actos incriminados afecten a entidades que son a la vez órganos del Estado y órganos de la organización internacional u órganos del Estado actuando por cuenta de la organización.<sup>16</sup>

En otro orden de cosas, existen también algunas otras cuestiones que necesitan precisión. Así las relaciones jurídicas en el seno mismo de una organización internacional pueden conducir a formas precisas y diversas de responsabilidad. Ciertos textos organizan la responsabilidad, concediendo incluso derechos y obligaciones a los particulares y haciendo aparecer formas de responsabilidad internacional análogas a la responsabilidad de los poderes públicos en derecho interno, es decir, una responsabilidad de servicio público frente a los particula-

<sup>15</sup> Eagleton, C., "International organization and the law of responsibility", *RECADI*, 1950-I, vol. 76, p. 319 y ss. Balladores-Pallieri, "Personalità delle organizzazione internazionali", *Diritto Internazionali*, 2ª parte, 1960, p. 240.

<sup>16</sup> Hay soluciones a este problema en la reglamentación de la exploración y explotación del espacio exterior que veremos más adelante.

res.<sup>17</sup> La naturaleza funcional de este tipo de sujetos internacionales agudiza los problemas de imputación de los actos ilícitos. La posibilidad de una responsabilidad compartida o concurrente de algunas organizaciones internacionales de integración y sus Estados miembros es una solución para garantizar en todo supuesto la eficacia de la acción de responsabilidad para una reparación.<sup>18</sup>

Por último, uno de los aspectos menos estudiados dentro de este sector de materias son, como señala el profesor González Campos, las relaciones entre organizaciones internacionales en materia de responsabilidad. Citando a Sörensen, sostiene que:

una vez establecida la subjetividad internacional de dichas organizaciones, se aplican los principios generales de la responsabilidad entre Estados, con los particularismos necesarios. En este sentido, cuando la responsabilidad entre organizaciones surge de daños directores, se aplican estos principios tanto en los supuestos activos como pasivos. Por el contrario, la responsabilidad por daños indirectos plantea situaciones más complejas, puesto que eventualmente podrían suscitar una reclamación concurrente de un Estado.<sup>19</sup>

Y es que la equiparación entre la teoría de la responsabilidad de los Estados y las organizaciones es inadecuada, más aún después de la abundante experiencia que la vida de las organizaciones van aportando. Los mecanismos de acción por la naturaleza de las cosas son muy diversos e incluso existen situaciones de *non liquet*, cuando por ejemplo la indemnización es denegada o inadecuada.

Es sintomático observar, por otra parte, cómo la doctrina aún no ha procedido a sistematizar la práctica de las organizaciones en materia de responsabilidad y a sacar consecuencias teóricas. Son pocas las monografías dedicadas a esta problemática, y aquellos autores que emprenden un curso general y sistemático van desglosando la estructura del orden internacional, la subjetividad internacional, las competencias de los sujetos y la sanción del ejercicio de tales competencias, pero guardan silencio por lo general ante la responsabilidad de las organizaciones internacionales, así como sobre la cuestión también espinosa de una posible responsabilidad delictual de estos sujetos.<sup>20</sup> Lo cual es explicable dada la traspo-

<sup>17</sup> Hay ejemplos de ello en el derecho europeo: art. 40 del Tratado GEEA; artículos 29 y 215 del tratado CEE y artículos 32, 50 y 57 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre.

<sup>18</sup> Véase en este sentido Reuter, P., *Droit International Public*, 4ª ed., 1973, p. 175-176. Esta situación de responsabilidad concurrente ha sido estudiada por L. Constantinesco en un informe solicitado por la Comisión de las Comunidades Europeas, para el estudio de los problemas resultantes de la responsabilidad extra contractual de la Comunidad y de un Estado miembro. Oficina de Publicaciones Oficiales de las CC.EE. Bruselas, 1980.

<sup>19</sup> González, Campos, J., *Derecho internacional público*, cáp. 15, p. 9, Oviedo, 1977.

<sup>20</sup> De las monografías dedicadas al tema, es clásica la de Eagleton: *International organization and the Law of responsibility*, RECADI, tomo 76, 1950, p. 319. Más actual y problemática la obra de Lauterpacht, E., *The legal effects of illegal acts of international organization*, Londres 1969, en especial, p. 83 y A. di Blase, "Sulla responsabilità internazionale per attività del l'ONU", *R. di Diritto Internazionale*, 1974, N° 2, vol. LVII, p. 280.

sición de lo estatal y el desconocimiento de una responsabilidad penal de los Estados por el derecho internacional clásico.

La escasez de planteamientos teóricos y la inadecuación de los postulados generales de la responsabilidad al ser aplicados a la responsabilidad de las organizaciones internacionales me llevan a plantear, sin dar soluciones, algunas cuestiones sobre la necesidad de aliar la tradición con las exigencias reales de lo nuevo.

#### a. *Las relaciones de responsabilidad en las organizaciones internacionales*

Hoy el presupuesto básico de una relación de alteridad entre sujetos iguales queda roto con la entrada en escena de las organizaciones internacionales. Las relaciones de responsabilidad se plantean entre sujetos corporativos y sujetos de estructura centralizada y autoritaria como la estatal.

Asimismo relaciones entre organizaciones internacionales se establecen no sólo con sumisión a las reglas generales del derecho internacional (responsabilidad extracontractual), sino se generan por vínculos contractuales desconocidos hasta el momento en los esquemas tradicionales del derecho internacional.<sup>21</sup> Más raras, pero igualmente reales, son las relaciones hipotéticas de responsabilidad entre organizaciones y entes de *status* jurídico transitorio o paraestatal. Por último están las relaciones de las organizaciones en los particulares, específicas de los ámbitos de integración, como el fenómeno europeo, donde se articulan vías jurídicas y acciones procesales de garantía.

Esta problemática de la relación de responsabilidad intersubjetiva va teniendo sólo respuestas parciales en el derecho internacional particular y por vía convencional. No existen elaboraciones teóricas generales al respecto, ni sistematización de la práctica que permitiera generalizar un enfoque de estas relaciones plurales y diversas.

En otro orden de cosas, se plantea el problema de saber hasta qué punto la personalidad funcional de las organizaciones internacionales constituye un límite a su responsabilidad internacional. La personalidad jurídica está en función de la capacidad reconocida a los "sujetos", uno de cuyos índices es la posibilidad de ejercitar los derechos de que se es titular, en particular por la vía de una acción de responsabilidad.<sup>22</sup> Que el Estado tiene esa capacidad es evidente, puesto que es el sujeto pleno del derecho internacional. Los interrogantes surgen sobre las organizaciones internacionales, cuya personalidad es funcional, no asimilable a la de los Estados y en todo supuesto enmarcada y limitada por su tratado cons-

<sup>21</sup> H. Mosler, *La organización y la distribución de competencias*, Cursos y Conferencias E.F.I., vol. I., 195-56, p. 553 y ss. En el que el autor habla de la organización internacional como un orden constitucional. Para Ritter, J. P., existe por ejemplo respecto a la ONU la posibilidad de hablar de una responsabilidad contractual y delictual, lo expone en su trabajo en A.F.D., 2, 1962, p. 447-449.

<sup>22</sup> En este sentido, Thierry, H. y Combacau, J., *Droit International Public*, París, 1979, p. 643.

titutivo.<sup>23</sup> “Le pouvoir d’agir d’une Organization internationale ne peut être delimité que par référence au Catalogue de droits et d’obligations dont elles est le sujet actif ou passif”.<sup>24</sup>

La responsabilidad internacional no nace sólo del hecho ilícito, sino que está en función de las obligaciones que competen al sujeto. En derecho internacional la interacción sujetos, es más fuerte y hace que la acción de responsabilidad no pueda concebirse como una sanción autónoma, sino ligada y dependiente de la obligación aceptada por el sujeto y dentro de los límites de su aceptación. Sólo cabe un efecto *erga omnes* de carácter imperativo respecto de las muy discutidas normas de *ius cogens* internacional. En este sentido, la personalidad de las organizaciones internacionales condiciona la teoría general de la responsabilidad en su aplicación a ellas. Al ser sujetos jurídicos de naturaleza funcional, atributiva y limitada, su responsabilidad está enmarcada en los contornos de esa misma y específica personalidad. Asimismo lo están los mecanismos de su puesta en práctica. Como afirmó Dupuy, la capacidad real y concreta, que se ha atribuido a una organización internacional en virtud de un tratado, es la medida de su personalidad.<sup>25</sup> El tratado constitutivo es el acto jurídico creador de la personalidad de la organización internacional. En cuanto que expresa la voluntad de los Estados miembros, es el marco legal de sus poderes, competencias y funciones y por tanto constituye el punto de referencia —salvo la determinación de reglas generales del derecho internacional que atribuyen competencias a la organización— para su virtual responsabilidad activa y pasiva.<sup>26</sup>

La organización internacional está regida por el principio de especialidad, por tanto no puede actuar sino en el ámbito que le marca la finalidad establecida en su tratado constitutivo. Esto tiene consecuencia, a la hora de interpretar las competencias de la organización. Una interpretación restrictiva obliga a referirse al tratado constitutivo para encuadrar el conjunto de derechos y deberes. Por tanto en materia de responsabilidad ésta quedará limitada en su doble aspecto por dicho tratado.

Desde una interpretación finalista, la responsabilidad activa y pasiva de las organizaciones internacionales puede venir impelida por la misma dinámica de la organización en el cumplimiento de sus fines y funciones.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Ritter, G. P., *op. cit.*, pp. 430-431.

<sup>24</sup> Virally, M., *Le notion de fonction dans la théorie de l’Organization internationale*, París, H. a Ch. Rousseau, 1974, p. 277-300.

<sup>25</sup> Dupuy, R. J., “*Le droit des relations entre les organizations internationales*”, R.C.A.D.I., 1960-II, vol. 100, p. 461.

<sup>26</sup> Las nociones de poderes, competencias y funciones, no están delimitadas de forma precisa en la teoría de las OI. Así, por ejemplo, los autores italianos hablan de poderes para referirse a los actos con alcance jurídico. Por el contrario, la doctrina francesa utiliza los términos, a funciones y competencias para los actos jurídicos, o cuasi-jurídicos de los órganos de las instituciones internacionales.

<sup>27</sup> El rasgo de especialidad en las competencias de las OI, es estudiado por González Campos, J. *El régimen jurídico de las instituciones internacionales: caracteres de las competencias de las OI*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1965, p. 46 y ss.

La teoría de las competencias implícitas, cuando se trate de dar cumplimiento a fines esenciales, puede avalar la responsabilidad activa y pasiva de la práctica internacional. Y ello de manera amplia, o sea en los supuestos de relaciones de la organización con otros sujetos internacionales, y en supuestos de una práctica de la organización que se proyecte hacia su ámbito interno en las relaciones con los Estados miembros y cuyo encuadre es la concordancia de su actuación con su derecho estatutario.<sup>28</sup>

Esta tesis defendida por la doctrina encuentra asimismo apoyo en el Tribunal Internacional de Justicia, que en su dictamen sobre reparación de daños afirmó: "mientras que un Estado posee en su totalidad los derechos y deberes reconocidos por el derecho internacional, los derechos y deberes de una entidad como la organización tienen que depender de los fines y de las funciones de éste, *enunciados o implícitos* en su acto constitutivo y desarrollados en la práctica"<sup>29</sup>

Ahora bien, en orden a la responsabilidad es preciso matizar un problema que se plantea por los distintos tipos de competencias que tienen en relación "al orden jurídico donde desplieguen sus efectos".<sup>30</sup> Por su personalidad internacional, sus competencias se despliegan en el ámbito del ordenamiento internacional y en relación con otros sujetos internacionales ajenos a la esfera institucional de la organización. En segundo lugar, esas competencias de la organización se desarrollan también en el ámbito del propio ordenamiento interno. Respecto al primero de los supuestos, esa actividad "externa" trata de la realización de las finalidades y funciones generales de la organización y está condicionada por su tratado constitutivo y por las reglas generales del derecho internacional que contemplan a la organización como sujeto internacional. Por tanto en el ejercicio de tales poderes y competencias, cualquier desvío antijurídico puede afectar a los Estados miembros y a cualquier sujeto internacional que mantenga relaciones con la organización como sujeto jurídico en el ámbito del derecho internacional.

Su actividad en el ámbito del derecho interno, en las competencias institucionales que miran a la vida interna de la organización, puede producir ilegalidades o perjuicios internacionales y consecuentemente responsabilidad a dos niveles: ante los Estados miembros por un ejercicio ilegal de las competencias (no concordancia con su origen), y ante y por las personas que forman su estructura de funcionamiento y que posibilitan su actividad operacional concreta.<sup>31</sup>

Una última cuestión es si las organizaciones internacionales disponen de acciones legales, que les permitan obtener la realización de sus derechos. El poder

<sup>28</sup> En este sentido Ritter, J. P., "*La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale*", AFDI, 1962, pp. 430-431.

<sup>29</sup> TIJ. Dictamen sobre "*Reparación de daños...*", Rec. 1949, p. 177-178.

<sup>30</sup> Sereni, P.: *Diritto internazionale*, Milán, II, 2, 1963.

<sup>31</sup> Esta tesis es mantenida por Durante, *L'Ordinamento interno delle Nazioni Unite*, Milán, 1964. Las decisiones de la jurisprudencia internacional son aclaratorias al respecto. Véase: *Effet de jugement du Tribunal administratif des N.U. accordant indemnités*, Avis consultatif du 13 juillet 1954. C.I.J. Rec. 1954.

de reclamación fue reconocido con carácter general, por no ser más que una consecuencia lógica de su personalidad objetiva. Según algunos autores, entre ellos Ritter, la posibilidad de reclamación activa por una organización está limitada por su funcionalidad. Sin embargo la organización internacional responde por violación de sus obligaciones de forma absoluta sin límites funcionales.<sup>32</sup> Sin embargo no siempre tienen acceso a organismos internacionales aptos para solucionar diferencias por responsabilidad que les puedan oponer a los Estados u a otras organizaciones internacionales. En algunas organizaciones se contemplan la personificación de la organización o de sus órganos (Tribunal de las Comunidades Europeas y la Comisión ante el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre), pero sólo en la medida en que su tratado constitutivo lo prevé. En el marco de Naciones Unidas sólo está prevista la vía contenciosa para los Estados y la vía consultiva sin valor obligatorio para los órganos de Naciones Unidas en cuanto a sus decisiones/dictámenes. Por exclusión se llega a la conclusión de que la única vía posible es la negociación. A este respecto todos los extremos de la reparación, fijación del montante, etcétera, están mediatizados por negociaciones político-diplomáticas, ante la carencia de un órgano competente para dirimir la existencia de responsabilidad por/o respecto a la organización y la sanción/reparación del perjuicio en su caso. Asimismo no existen vías de recurso, por ejemplo en la ONU, frente a la decisión negativa por reclamación. Quizás habría que pensar, como apunta Salmon, en una entrada en juego del Convenio de 1946 sobre inmunidades y privilegios de las organizaciones internacionales, aspecto este que abordaremos más adelante.<sup>33</sup>

b. *Los elementos de la responsabilidad internacional en su aplicación a las organizaciones internacionales*

A falta de reglamentación expresa sobre la materia, dado el hecho de haber sido aplazado su estudio por la CDI hasta la terminación de la codificación de las reglas aplicables a la responsabilidad de los Estados, dada la falta de teoría sistematizada, cabe afirmar que en principio la responsabilidad de las organizaciones internacionales se encuadra en la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, es forzoso reconocer con Salmon que "el problema de la responsabilidad cuasi-delictual o civil de una organización internacional es tanto en el plano científico como práctico, uno de los problemas más oscuros en derecho internacional de las organizaciones".<sup>34</sup> Un análisis de cómo se aplican los pre-

<sup>32</sup> Ritter, G. P., "La protection diplomatique à l'égard d'une O.I.", A.F.D.I., 1962, p. 430 y ss.

<sup>33</sup> Salmon, J., "Les accords U Thant — Spaak du 20 de fevrier de 1965", A.F.D.I. 1965, p. 492.

<sup>34</sup> Salmon, J. A., *op. cit.*, p. 479.

supuestos de la teoría general o este ámbito confirma tal afirmación, ya que las lagunas evidencian la inadecuación de este tratamiento jurídico general a una realidad singular.

a) *El hecho ilícito*

El fundamento de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales es el hecho ilícito por violación de una obligación internacional. Pero esta afirmación requiere alguna precisión: dada la especialidad funcional de la actividad de las organizaciones internacionales, ¿qué normas internacionales son aplicables?, ¿con qué alcance pueden quedar obligadas por el derecho internacional general? Así como a los Estados en su actividad internacional es aplicable la totalidad de las normas internacionales positivas, a las organizaciones internacionales son aplicables sólo sectores del derecho internacional relacionados con su específica función. El punto de partida, no obstante, es que las organizaciones en cuanto sujetos jurídicos están regidas por el derecho internacional: "no existe obstáculo para que se creen derechos y obligaciones que las contemplen por los cauces de elaboración del derecho internacional, esto es, derecho internacional general, derecho convencional y en su caso el derecho que nace de decisiones de instituciones internacionales, con las salvedades y precisiones que esto último requiere en la teoría de las fuentes internacionales. En este sentido son sujetos ordinarios del derecho internacional, en la medida en que tales normas no hayan sido desestimadas en su tratado constitutivo o estén al margen de su función en virtud del principio de especialidad que las rige.

De este conjunto de derecho internacional aplicable, puede surgir una responsabilidad activa y pasiva. Así, por ejemplo, a las organizaciones internacionales les es aplicable en cierta medida el derecho de los tratados. Si bien el convenio de Viena de 1969 excluye expresamente los tratados entre organizaciones internacionales y entre éstas y los Estados, no quedan excluidos los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, así como los adoptados en su seno, siempre que su tratado constitutivo así lo admita (artículo 5). Otro ejemplo sería la aplicabilidad del derecho diplomático, en función del cual los agentes de las organizaciones internacionales se benefician de regímenes privilegiados —similares a los agentes de los Estados—, en razón de su carácter funcional. Esta materia se rige por normas consuetudinarias o convencionales, tales como el convenio de Viena de 14 de marzo de 1975, el convenio de 13 de febrero de 1946 sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas o los convenios de 21 de noviembre de 1847 sobre organismos especializados.<sup>35</sup> Asimismo, la práctica inter-

<sup>35</sup> El convenio de 14 de marzo de 1975 fija el régimen de las misiones en sus relaciones con las organizaciones; y con carácter supletorio completa los acuerdos especiales de cada organización con los Estados miembros. Convenio de Inmunidades y privilegios en las

nacional ha evidenciado cómo puede originarse responsabilidad para las organizaciones internacionales por el comportamiento de sus agentes al violar normas convencionales. Así ocurrió respecto al acuerdo entre Chipre y la ONU de 31 de marzo de 1964 relativo al estatuto de la UNEICIP, respecto al acuerdo de PNUD de 1973 y respecto a los acuerdos de la ONUC de 1965.

Por tanto cabe afirmar que la responsabilidad de las organizaciones internacionales nace de manera general por la violación de una obligación internacional de carácter general o convencional e incluso, como más adelante veremos, por la conculcación de una obligación contractual *stricto sensu*, así como en los supuestos de una responsabilidad objetiva por daños.<sup>36</sup> No obstante, es preciso matizar que el principio de especialidad funcional impone un límite, ya que la posibilidad de una reclamación por parte de la organización estará limitada por sus funciones o funcionalidad de su actividad. Sin embargo, su responsabilidad pasiva por violación de sus obligaciones internacionales es absoluta sin límites estatutarios.<sup>37</sup> Cabría apuntar una última cuestión más teórica que real, como sería si podría hablarse de una hipotética responsabilidad *absoluta* de las organizaciones internacionales por violación de normas imperativas de alcance *erga omnes*. Ello es imposible, ya que la compatibilidad del objeto y el fin de las organizaciones internacionales con el derecho internacional es así mismo un control de su propia práctica internacional. Otra cuestión distinta es la ya apuntada de una responsabilidad objetiva por daños excepcionales, en la cual por una actividad específica se viera implicada una organización. Este supuesto está hoy recogido en algunos convenios internacionales y abordado teóricamente por algunos autores. De ello nos ocuparemos en epígrafe posterior.

aa) El problema de la imputación de las organizaciones internacionales, afirma Reuter, no puede entenderse de manera absoluta. En este sentido hay que tener en cuenta, como ya hemos visto, el límite constitucional que representan sus competencias y el límite de su funcionalidad. Si bien a la luz de la significación jurídica del tratado constitutivo, esto parece como unánime aceptado. La cuestión de la imputación puede presentar algunos problemas derivados del funcionamiento de una organización internacional.

La organización internacional es un ente corporativo. Ello supone que el comportamiento de sus agentes y de sus órganos, concretando la voluntad de la

N.U. de 13 de febrero de 1976. ONU. rec. des T., tomo I, pág. 15 y los acuerdos de 21 de nov. de 1947, *ibid.* Tomo I, p. 261. Asimismo los acuerdos de sede, bilaterales entre la Organización y el Estado de acogida, como por ejemplo el celebrado entre la ONU y EE. UU. de 26 de junio de 1947, etcétera.

<sup>36</sup> La responsabilidad contractual de la OI, antes sólo era posible por violación de acuerdos de sede y con las limitaciones derivadas de las inmunidades y privilegios convencionalmente acordados. Hoy también puede nacer de relaciones contractuales celebradas bajo su ordenamiento jurídico interno. Así lo reconoció el TIJ. en su dictamen sobre *Los efectos de decisiones del TANU*. rec. 1954, p. 53.

<sup>37</sup> En este sentido se manifiesta Ritter, J. P., *op. cit.*, p. 43.

organización, le es imputable. Si bien cabe la aplicación de las reglas particulares de exención de responsabilidad por actos *ultra vires* o por *detournement de pouvoir*, "es evidente que una organización responde de las violaciones del orden internacional cometidas por sus órganos estatutarios, así como del comportamiento ilícito de sus agentes. . . es decir, de las personas que, según un orden jerárquico, dependen en última instancia de un órgano estatutario".<sup>38</sup>

Ahora bien, las situaciones pueden ser complejas, pues la naturaleza del órgano o agente condiciona el alcance o la afectación de la responsabilidad de la organización internacional. Un primer supuesto puede ser el comportamiento de los agentes individuales o de los órganos llamados "integrados", que no dependen en su función más que de la propia organización y, por tanto, son también el máximo exponente de la voluntad social de esa organización. Aquí la similitud con la responsabilidad de los agentes u órganos del Estado es evidente. Los actos, realizados en el ejercicio de sus funciones son actos de la organización. Su capacidad de iniciativa representa la operatividad de una voluntad colectiva, pero *única*, en referencia a la cual tales actos deben ser considerados actos de la organización.

Por el contrario, los órganos interestatales o intergubernamentales presentan caracteres más ambiguos. Por una parte están compuestos por individuos que son agentes y actúan por cuenta del Estado al que representan; pero por otra, a partir del momento en que el concurso de una mayoría de delegados del órgano intergubernamental toma una decisión de un órgano y no un haz de decisiones individuales de sus miembros o de la mayoría de ellos. De aquí se deduce que la imputabilidad estatutaria a un órgano hace imputable el acto a la organización. Y es que "la imputabilidad a la organización de los actos adoptados por sus órganos, según el procedimiento previsto en sus tratados constitutivo, es lo que permite afirmar su personalidad jurídica internacional y no únicamente la entidad de una conferencia internacional o de plenipotenciarios".<sup>39</sup>

El grado de integración del órgano es un elemento esencial para delimitar el alcance de la imputación de tales actos a la organización, incluso cuando se trate de organizaciones no simplemente intergubernamentales, sino de integración. En estos supuestos, como por ejemplo en las CC.EE., ya se han planteado problemas difíciles. Por ello es preciso distinguir las formas puramente internacionales de cooperación entre los Estados miembros de aquellas otras comunitarias integradas. En el primer sentido, por ejemplo, hay que comprender los acuerdos de los representantes de los gobiernos en el seno del Consejo. Se trata entonces de actos convencionales internacionales, que sólo son imputables a los Estados que las han tomado. En el segundo de los supuestos,

<sup>38</sup> Ritter, J. P., *op. cit.*, p. 441. En el mismo sentido Guggenheim, P., "*Traité*", tomo II, p. 4.

<sup>39</sup> Thierry, H., *et al.*, *Droit International Public*, París, 1979, p. 700 y Reutter, P., *Droit International Public*, p. 187.

podría concebirse que los órganos de los Estados obrasen por cuenta de las Comunidades europeas; sin embargo, convendría que en tal caso los agentes nacionales estuvieran jerárquicamente sometidos al órgano comunitario competente, para que se pudiera deducir de ello todas las consecuencias jurídicas, especialmente en el plano de la responsabilidad.<sup>40</sup>

En conclusión, un criterio de imputabilidad en las organizaciones internacionales es el grado de integración del órgano.

Un tercer supuesto vendría dado por aquellos órganos del Estado que actúan por cuenta o bajo los auspicios de una organización internacional. El ejemplo de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU es sumamente ilustrativo. El Tribunal Internacional de Justicia, en su dictamen de "ciertos gastos de las Naciones Unidas",<sup>41</sup> de 1962, examinó los casos de las fuerzas de urgencia de las Naciones Unidas en Oriente Medio y en el Congo y concluyó que, pese no ser equiparables a las fuerzas armadas previstas en el artículo 43 de la Carta por acuerdos especiales con los miembros y bajo la disposición del Consejo de Seguridad; sin embargo, al estar destinadas a la "ejecución de las recomendaciones de la Asamblea General", dentro de las competencias de este órgano para crear comisiones u otros organismos, suponían una actividad de la organización.<sup>42</sup> De su razonamiento se puede deducir que tales fuerzas de mantenimiento de la paz podían ser calificadas como órganos subsidiarios de la ONU, en virtud de las competencias de la Asamblea General y en virtud de los textos mediante los que se crearon dichas fuerzas, en los cuales se establece claramente su dependencia exclusiva de la Organización.<sup>43</sup> Asimismo en las operaciones de mantenimiento de la paz en el Congo, pese a ser calificadas en sus textos creadores como una "acción del secretario general", enmarcada dentro de sus competencias en función del artículo 99 de la Carta, su vinculación directa y exclusiva con la Organización es clara. El propio secretario general define su naturaleza y caracteres en un informe de 18 de julio de 1960 al Consejo de Seguridad, en el que declaraba que "las fuerzas internacionales en el Congo estaban situadas necesariamente bajo la autoridad exclusiva de la Organización de Naciones Unidas, bajo la dirección del secretario general y bajo el control directo del Consejo de Seguridad".<sup>44</sup> En refuerzo de esta tesis cabe añadir que el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la acción emprendida sobre esta base por el secretario general.

Por tanto en el terreno teórico de la imputabilidad se puede afirmar que los actos realizados bajo los auspicios de una organización y que cuentan con una

<sup>40</sup> Reuter, P., *Organizaciones europeas*, Barcelona, 1968, p. 176.

<sup>41</sup> Art. 17, párrafo 2 de la Carta.

<sup>42</sup> T.I.J. rec. *Certaines dépenses des Nations Unies*, 1962, p. 165 y 172.

<sup>43</sup> *Certaines dépenses...*, *op. cit.*, p. 165-170.

<sup>44</sup> Doc. S/4389, de 18 de julio de 1960, C. de S. Doc. Off. año XV. Suplemento de julio, agosto y septiembre 1960, p. 18 y 19. En cuanto a su valoración por la doctrina es aclarador el trabajo de Miller, E. M. "Legal aspects of the United Nations action in the Congo", *AJIL*, vol. 55, 1961, p. 11.

explícita y formal vinculación y aprobación por parte de los órganos competentes de la organización en función de la propia finalidad estatutaria, son imputables en sus consecuencias a la propia organización. Ahora bien, esta imputabilidad ha de venir justificada de dos modos: con la efectiva vinculación a la organización, a su autoridad y en segundo lugar con el efectivo control de sus actividades necesarias a los fines propuestos. En este sentido el razonamiento de Ritter es evidentemente acertado:

Si las personas encargadas de la ejecución de una operación decidida por una organización internacional están situadas bajo la autoridad exclusiva de ésta, está justificado calificarlos de agentes de los Estados miembros, a pesar de su cualidad originaria de agentes de los Estados miembros, y declarar sus actos, incluso los ilícitos, como imputables a la Organización.<sup>45</sup>

Así pues, los actos de órganos subsidiarios de la ONU, y los actos de agentes estatales actuando bajo sus auspicios, comprometen en su caso a la Organización, si se establece formalmente el criterio de "absoluta dependencia" y de "control de autoridad" por la organización internacional.<sup>46</sup>

b) *La reparación: mecanismos para la puesta en práctica de la responsabilidad en las organizaciones internacionales*

"Las organizaciones disponen de vías de derecho, de acciones legales, que les permite obtener la realización de sus derechos. El poder de reclamación por los daños sufridos reconocido *erga omnes* por el T.I.J., no es más que una consecuencia de su personalidad internacional objetiva".<sup>47</sup>

Sin embargo, ni en la teoría general de las organizaciones internacionales, ni en la práctica internacional existen sistematización ni precedentes en este sentido. Las organizaciones internacionales carecen de mecanismos internacionales específicos para sus reclamaciones, ni para dirimir las diferencias que pudieran

<sup>45</sup> Ritter, J. P., *op. cit.*, p. 444.

<sup>46</sup> Es una mayor profundización del tema, que de momento creemos desborda los límites que nos hemos propuesto en esta perspectiva general, habría que cuestionarse sobre la posibilidad de una responsabilidad concurrente de una organización internacional y de un Estado por una violación conjunta que acarrearía un daño único a una persona privada. En este caso tal posibilidad tendría como fuente dos tipos de violaciones de obligaciones internacionales de cada uno de los sujetos y en especial por el carácter funcional de las organizaciones internacionales. Este problema lo aborda Balladore-Pallares en: "Personalità delle organizzazioni internazionali". *Diritto Internazionale*, vol. 14. Parte primera, 1960, p. 240, donde se puede leer: "El Estado y la organización, al ser dos personas jurídicas independientes del Derecho internacional, soportados... Tal es el significado de la noción de personalidad jurídica".

<sup>47</sup> Thierry y Combacau, *op. cit.*, p. 704. Los autores matizan que este poder sólo se puede afirmar de manera absoluta respecto a aquellas organizaciones universales o frente a los Estados miembros.

surgir con los Estados o con otras organizaciones internacionales. En el plano universal la vía judicial está cerrada para las organizaciones, ya que ante el TIJ sólo pueden ir los Estados enfrentados en un contencioso internacional. La ONU, por ejemplo, como tal no puede comparecer ante el TIJ y la vía de los dictámenes está reservada para sus órganos u organismos especializados. Sólo en el marco europeo está contemplada parcialmente esta posibilidad y en función de los tratados constitutivos.

Por tanto, la posibilidad de una actuación legal de las organizaciones internacionales en el ejercicio de la titularidad de sus derechos, no se encuentra plasmada en una práctica adecuada. Las acciones y vías prácticas de resarcimiento se han ido articulando a través de los esquemas clásicos interestatales de la negociación o de la protección diplomática, con las insuficiencias e inadecuaciones de unas instituciones impropias al medio.

En la práctica internacional las acciones de responsabilidad por o contra una organización internacional, por actos ilícitos perjudiciales a personas o bienes de algún Estado, o por daños causados en las personas o bienes de los agentes, funcionarios de la organización, han sido articuladas a través de las negociaciones y en su defecto a través de la protección diplomática. En el caso de protección ejercida por la organización internacional, se trata de una *protección funcional*, en razón del vínculo del *servicio público*, según la doctrina de G. Scelle y Ch. Chaumont. No obstante, desde un planteamiento teórico es preciso señalar algunas cuestiones.

La acción de protección diplomática de un Estado va ligada a las competencias personales que le reconoce el derecho internacional en base al vínculo de la nacionalidad. Aplicado este esquema a las organizaciones internacionales, la base jurídica de la protección son las actividades y servicios prestados a la organización, que generan una relación activa de dependencia entre agentes y organización internacional, por la exigencia misma del estatuto de la función pública internacional de *servicio exclusivo, independiente e imparcial*.

Ahora bien, mientras respecto a los Estados es un derecho absoluto, discrecional y renunciabile proteger o no a sus súbditos, porque el Estado ejercita (por ficción jurídica) un derecho propio, respecto de las organizaciones internacionales este derecho de *protección diplomática funcional* puede ser concurrente con la acción del Estado, del cual esa persona sigue siendo nacional, ya que el derecho del Estado, su competencia personal, no puede verse (en cuanto derecho propio) desplazado por las competencias que pudiera tener una organización internacional. Establecida la vinculación humana, es necesario precisar los límites en que se enmarca la relación entre los sujetos implicados. La posibilidad de entablar una acción de protección diplomática está condicionada a la normalización jurídico-política de las relaciones entre los Estados. El reconocimiento de los sujetos abre, pues, las vías políticas y jurídicas de solución de sus diferencias internacionales y el acceso mutuo ante los tribunales nacionales para la defensa de los

derechos subjetivos. En relación a las organizaciones internacionales (sobre todo las de vocación universal) no existe práctica internacional de reconocimiento. Es su efectividad objetiva lo que la hace oponible a terceros. El reconocimiento, pues, no añade nada a la existencia de una organización internacional, pero es una necesidad de la vida práctica de relación entre los sujetos internacionales. No obstante, es preciso distinguir diferentes situaciones: *a)* la protección diplomática entre una organización internacional y un Estado miembro no plantea problemas, ya que la participación en el tratado constitutivo o su adhesión normalizan las relaciones entre ambos sujetos, incluso fuera del ámbito material de la organización. Pero a la hora de articular en concreto la acción de reclamación/reparación, habrá de estarse a lo consignado en el Tratado y a las disposiciones que al respecto se prevean en el Derecho interno de la organización internacional. *b)* La protección diplomática entre una organización y un Estado no miembro precisa de una normalización jurídico-política de sus relaciones mediante un acto formal. Sin él, algunos autores, como Bindschedler y Ritter, piensan que no es posible tal acción. Incluso llegan a afirmar que, respecto a organizaciones que ni cualitativa ni cuantitativamente son representativas de intereses generales, puede ser válida la afirmación del TIJ sobre la personalidad objetiva de las organizaciones internacionales. Se trata más bien de una afirmación política que de una auténtica construcción jurídica.<sup>48</sup>

Y es que el reconocimiento se convierte en la llave que abre la vía a la reparación real. Antes de la acción diplomática, está el agotamiento de los recursos internos y ésta no es posible si mutuamente no se reconocen como interlocutores válidos.

Aparto del problema que plantea el reconocimiento entre sujetos como requisito de normalización social internacional, se suscita otra cuestión. Me refiero a la incidencia que, sobre una acción de reclamación/reparación, puede tener el otorgamiento por los Estados de privilegios e inmunidades absolutas a las organizaciones internacionales, para el cumplimiento de sus fines. A este respecto es preciso recordar el artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone: "La Organización goza, sobre el territorio de cada uno de los Estados miembros, de los privilegios e inmunidades que le son precisos para el cumplimiento de sus fines."

Asimismo esta situación puede darse respecto de un Estado no miembro que igualmente reconozca tales derechos a través de los acuerdos de sede. En ambos casos existe tal posibilidad. Y a ella hay que sumar el artículo II, sección 2 del convenio de 1946 sobre inmunidades y privilegios de Naciones Unidas que dispone:

La Organización de las Naciones Unidas, sus bienes y haberes cualesquiera que los detente y sea su sede, gozan de inmunidad de jurisdicción, salvo en la

<sup>48</sup> Ritter, J. P., *op. cit.*, p. 434.

medida en que la Organización haya renunciado expresamente en un caso particular. Pero la renuncia no se extenderá a medidas de ejecución.

Esta disposición implica la falta de competencia de los tribunales estatales para enjuiciar el comportamiento de la ONU y, por tanto, la imposibilidad de entablar una reclamación por acto ilícito imputable a la propia organización. Ante esta situación algunos autores apuntan a una posible denegación de justicia o una especial cualidad de sujeto internacional, que no coincide con la estructura de la sociedad internacional actual.

Parecidas situaciones, anteriores a la ONU, se solucionaron a través de cauces de negociación. En la actualidad el propio convenio aporta una solución al obligar en su sección 29 a la organización a que arbitre los medios de arreglo apropiados. La práctica internacional aporta ya ejemplos, en los que esta carencia ha sido corregida. Así, en el conflicto entre Congo-ONU-Bélgica, con ocasión de la independencia del Congo y en especial con la situación de Katanga en 1962, súbditos belgas presentaron una reclamación contra la ONU para obtener reparación por daños a las personas y a sus bienes, ocasionados en su opinión por contingentes de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU (ONUC). La ONU admitió su responsabilidad en aquellos actos perjudiciales que no podían ser justificados como "necesidades militares", y consideraba como "actos normales" de guerra. Para valorar la situación la propia Organización situó el derecho de reparación en el ámbito del derecho internacional público. El primer acuerdo a que se llegó primeramente entre la ONU y el Congo fue el de someter la reparación civil por daños a la negociación y en su caso el arbitraje. Para ello se creó un órgano administrativo de las Naciones Unidas, órgano interno que recomendó a las instancias competentes de la Organización las medidas de reparación que eran precisas. Dicho órgano subsidiario no tenía carácter judicial ni arbitral. Su informe era recominatorio y, por tanto, no vinculaba a la Organización. Agotadas las posibilidades de acuerdo entre las partes, el conflicto hubo de enfocarse por la vía diplomática, en un contencioso entre Bélgica a las Naciones Unidas que se consumó en los acuerdos Spaak-U Thant de 20 de febrero de 1965.<sup>49</sup>

Pese a los casos de acciones de responsabilidad y reparación que han sido resueltos mediante la protección diplomática a modo de relaciones interestatales, la aplicación concreta de los requisitos jurídicos de esta institución han ido adaptándose a las peculiaridades de las organizaciones internacionales y a su peculiar naturaleza jurídica. Así, en lo relativo al vínculo efectivo entre la organización internacional y el agente, que justifica la acción de protección inter-

<sup>49</sup> Existen algunos otros precedentes en este sentido. Así, el acuerdo entre la ONU y la República Árabe Unida, constituido por un canje de notas, donde se daban por probadas las reclamaciones por daños de circulación y se prevenían compensaciones internacionales. Fue firmado el 14 de octubre de 1959. Asimismo el acuerdo entre Egipto y la FENU, firmado en El Cairo el 15 y 17 de octubre de 1960.

nacional, es la relación de servicio público la que posibilita una acción de reclamación de la organización internacional a su favor. Es esta relación funcional la que igualmente fundamenta la posible acción del agente o funcionario contra la propia organización. Esta acción está basada en unas prestaciones, sometidas a las exigencias y requisitos de la función pública internacional, y que habrán de sustanciarse a través de las vías del derecho interno de la organización y de los recursos de régimen administrativo que estatutariamente tenga previstos la organización,<sup>50</sup> así como a través del derecho de la función pública internacional. Una segunda cuestión, es el agotamiento de los recursos internos. Si bien la mayoría de los autores admiten que constituye una condición previa a la acción diplomática, incluso en el derecho de las organizaciones internacionales, la trasposición de tal categoría interestatal al plano de la responsabilidad de las organizaciones internacionales es inapropiada en términos absolutos.<sup>51</sup> Y lo es porque no existe paralelismo posible entre la estructura organizativa de los Estados y la de una organización internacional, que generalmente es una estructura de institucionalización primitiva. Por ello, cuando en esta materia se exige el agotamiento de *local redress* hay que precisar que se trata de dos supuestos o vías distintas y en todo caso no asimilables a las vías y recursos estatales.

A falta de un poder ejecutivo internacional personificado en una organización internacional, y a falta de un poder jurisdiccional obligatorio, hay que pensar que tal requisito ha de cubrirse acudiendo en reclamación ante aquellas vías de reglamentación interna, que la organización ha podido prever en su derecho interno para las reclamaciones individuales. En segundo lugar, si éstas no existiesen, deberán entenderse como tales aquellas otras vías externas a la organización, respecto de las cuales existiese una aceptación previa de la organización para dirimir tales supuestos. Es decir, en el derecho de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, el requisito del agotamiento de los recursos internos puede significar en realidad que "el reclamante deberá usar cualquier procedimiento judicial arbitral o administrativo que pueda estatuir sobre su demanda de indemnización y respecto del cual la organización haya aceptado someterse".<sup>52</sup> Por tanto, el concepto de recursos internos se ha de entender en sentido amplio, como cualquier medio elegido por la organización para tales supuestos. Y sólo una vez agotadas tales posibilidades, en principio abiertas a cualquier forma de arreglo pacífico prevista por la organización internacional, cabe acudir a la figura tradicional de la protección diplomática.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> C. H. Chaumont, en: "Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du Droit international contemporain", *Études en honneur de G. Scelle*, vol. I, 1950 p. 115 y ss.

<sup>51</sup> Véase al respecto, Eagleton, C., "International Organization and the law of responsibility", *RCADI*, 1950-I, pp. 351-353.

<sup>52</sup> Ritter, J. P., *op. cit.*, p. 454.

<sup>53</sup> Que las vías de reglamentación de una OI están indetermnadas hoy, se evidencia en el hecho de que, incluso puede resultar adecuado y exigible acudir a los tri-

Si por esta falta de rigorismo y formalidad en la exigencia de agotar las vías de solución domésticas, la organización internacional no ofreciese garantías a las reclamaciones individuales, podría imputarse una denegación de justicia ante una situación de *non liquet* internacional, lo que equivaldría a juicio de autores como Ritter y Seidl-Hohen Voldern, a un nuevo tipo de ilícito imputable asimismo a la organización. En el referido convenio de 1946 sobre inmunidades y privilegios de las NU, en su sección 29 se obliga a la organización a arbitrar medios de arreglo apropiados. Esta regla convencional es sin duda un ejemplo particular que arbitra una salida a posibles lagunas en el tratamiento de reclamaciones individuales ante la ONU, pero a su vez es también expresión de una obligación *erga omnes*, como es la del arreglo pacífico de las controversias internacionales, que constituye un principio constitucional del orden internacional y un pilar de la Carta de NU, reconocido en el artículo 33 y en los capítulos VI y VII.

No existe, pues, un procedimiento interno específico en la teoría general de las organizaciones internacionales a este respecto, pero el marco de la negociación representa un cúmulo de posibilidades a fin de obtener reparación en justicia conforme al derecho internacional.

La práctica de las organizaciones lo ha venido evidenciando así y las fórmulas concretas de reparación se han obtenido por indemnizaciones globales, cuyos montos han sido *forfaitaires*. Esto equivalía a saldar mediante una evaluación global todo tipo de reclamaciones, bajo la cobertura de un acuerdo internacional, cuyos titulares son la organización y el Estado sin hacer referencia a los requerentes no beneficiarios. Respeto a la ONU, "el Estado trata con otro sujeto internacional en representación de sus súbditos, obteniendo una indemnización *forfaitaire* para saldar toda cuenta. La aceptación de estos términos del acuerdo implicaba el arreglo definitivo de las reclamaciones presentadas".<sup>54</sup>

La afirmación de que este modo de sustanciar la reparación constituye un arreglo definitivo es reconocido casi generalmente por la mayoría de las organizaciones internacionales, salvo las de integración, cuyo grado de institucionalización posibilita vías mayores de garantías individuales. Y ello es así, porque —como en la ONU— no existe una posibilidad de recurso frente a la decisión global indemnizatoria y general en cuanto a todas las implicaciones de la responsabilidad. Respecto a esta organización, Salmon dice que cualquier recurso chocaría con los privilegios e inmunidades previstos en el citado convenio de 1946.<sup>55</sup>

bunales internos del país de sede, si así lo prevé la organización. Con lo cual el significado de recurso interno es absolutamente inapropiado y puede inducir a equivocados paralelismos con las soluciones ante los derechos internos de los Estados.

<sup>54</sup> Salmon, J. A., "Les Accords Spaak U Thant de 20 de febrero de 1965", *AFDI*, 1965, p. 487.

<sup>55</sup> Salmon, J. A., *op. cit.*, p. 492.

## 2. La responsabilidad internacional de los individuos

Poco es lo que se puede concretar hoy, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sobre la personalidad internacional del individuo. El proceso de humanización internacional, del que ya hablaba Aguilar Navarro en 1954, constituye ciertamente una de las nuevas dimensiones del derecho internacional, pero es necesario reconocer que se trata más de una tendencia que de una realidad jurídica. La persona humana es considerada por bastantes normas internacionales positivas, pero sólo como un mero receptor de derechos que se le reconocen y proclaman. Su ejercicio y defensa son asumidos por los Estados de manera discrecional, desplazando el protagonismo individual. No existe un *status* jurídico internacional de la persona humana y, por tanto, no cabe hablar de su personalidad jurídica en derecho internacional.

Son pocos los ejemplos que se pueden aportar para demostrar la subjetividad —sobre todo activa— del individuo. No existen posibilidades internacionales de defensa de sus derechos, ni vías jurídico-procesales internacionales que actualicen su capacidad de obrar. Sabido es que en el marco regional de Europa existen algunos mecanismos jurídicos accesibles a los individuos para la defensa de sus derechos subjetivos, pero aun en estos supuestos la personificación ante un tribunal internacional no existe. En el derecho internacional general, sólo la institución de la protección diplomática (mediatizada absolutamente por el Estado) y la protección funcional (mediatizada por las organizaciones internacionales) pueden entenderse como mecanismos de protección de la persona humana.

Sin embargo y paradójicamente son más abundantes los ejemplos, en los que se les imputa al individuo una responsabilidad penal internacional.<sup>56</sup> Esta imputación se hace en un doble sentido. Por una parte, se hace al individuo sujeto de violaciones de obligaciones internacionales respecto a otros sujetos, a pesar de que —como acabamos de decir— no existe en términos generales como sujeto pleno del derecho internacional. Y en segundo lugar, se perfeccionan los mecanismos de su responsabilidad penal internacional, que —como hemos visto— apenas existen en derecho internacional. Sólo la responsabilidad civil internacional tiene un tratamiento teórico y práctico suficiente en el derecho internacional positivo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se asistió a una reactualización de la responsabilidad penal y de los sujetos a los que internacionalmente podía serles imputable. Entre ellos, el individuo fue considerado responsable de ilícitos penales internacionales, tales como crímenes contra la paz, contra la humanidad y crímenes de genocidio, creándose tribunales militares internacionales para juz-

<sup>56</sup> Boldini, R. A., "Atti illeciti degli individui privati nel diritto internazionale", R. *Diritto internazionale*, 1971, n° 2, vol. 25, p. 274.

gar y sancionar tales conductas a través del Estatuto de Londres de 1945 (Nüremberg) y de Tokio y consagrados posteriormente por la resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No obstante, la evolución quedó dentro de estos límites, si bien iba tomando cuerpo la idea de que el derecho internacional tenía competencia para definir ciertos delitos que afectasen en su comisión a la comunidad internacional.

Recientemente, ante ciertas formas de violencia individual o de grupos, asistimos a una nueva reactualización de la responsabilidad penal del individuo. Supuestos actuales, como la piratería aérea y el secuestro de aeronaves, constituyen hoy ejemplos de imputación penal, respecto a los cuales se intenta una reglamentación internacional claramente punitiva. La competencia universal de persecución, represión y castigo constituye un postulado, sobre el que se asientan los convenios existentes sobre estos supuestos. La justificación de este "interés universal" consiste en entender que constituyen crímenes y delitos internacionales que afectan a la seguridad de la colectividad humana.<sup>57</sup> Así, en 1963 y bajo los auspicios de la OACI, se firmó el convenio relativo a las infracciones y otros actos ocurridos a bordo de las aeronaves, con una delimitación de competencia de sanción que no alcanza a los supuestos de secuestros. Únicamente estipula en su artículo 11 que "los Estados tomarán todas las medidas necesarias para restituir o conservar el control de los aviones al comandante legítimo". Aunque insuficiente, este convenio de Tokio fue la motivación para que unos años más tarde se adoptase el convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves de 16 de diciembre de 1970 (en vigor desde 1971). La conducta del individuo es tipificada como acto punible desde un doble plano: infracción de derecho común e infracción de derecho internacional. Según el derecho común, es considerado como un atentado a la libertad en cuanto que contiene elementos de violencia. En cuanto infracción internacional, supone una puesta en peligro de la seguridad de la circulación aérea y en este sentido es considerado como simple delito. Para muchos autores la manera en que se reguló este supuesto fue inapropiada por contradictoria, pues entendían que querer regular, convencionalmente y a nivel multilateral, tales supuestos evidenciaban una importancia para la comunidad internacional que no se correspondía con la regulación concreta en el convenio. Esto es, se admitía la competencia universal de represión y sanción, así como la posibilidad de extradición de forma amplia, y sin embargo lo tipificaba como simple infracción internacional. En este sentido la punibilidad del acto de secuestro debía ser preferente a consideraciones subjetivas sobre la posible intencionalidad política del acto. Si el acto comportaba elementos de infracción, no solamente según la ley del lugar de

<sup>57</sup> El derecho Internacional clásico ya conocía la noción básica de los actos de piratería, que fueron definidos como delito internacional en el art. 15 del convenio de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958, en el que refiere también la noción de delito internacional a la trata de blancas.

comisión, sino también según la ley del país de refugio, su carácter político hipotético no debía comportar o significar la impunidad. En esta misma línea de rigor se adoptó en 1971 el convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos dentro de las aeronaves, castigándose todo tipo de actos y no sólo el secuestro consumado. El convenio de Nueva York de 14 diciembre de 1973, extiende también los atentados a la función diplomática. Es significativo que no fuera ni siquiera contemplado el estado de necesidad de un individuo en la comisión de tal acto. Se pretendió ejemplificar sancionando fuertemente tales conductas al margen de las consideraciones subjetivas o políticas, que tradicionalmente habían sido propias del derecho internacional tradicional.

No obstante, similares regulaciones internacionales no prosperaron en años sucesivos. Las conceptualizaciones generales sobre la infracción penal del individuo comenzaron a evidenciar las contradicciones fundamentales, que en el plano de la teoría pueden plantear y que en el terreno de la práctica de los Estados eran aún más evidentes. Las contradicciones se movía, en general, entre un repudio universal de tales actos y la convicción de que se podían aproximar a la problemática de los derechos humanos.

Parecidos problemas de concretación jurídica plantea una cuestión hoy tan vidriosa como es el terrorismo. La doctrina y las instituciones internacionales no se ponen de acuerdo en calificar ni tipificar determinados supuestos actuales de violencia.<sup>58</sup> Se hace presente la posibilidad de una dialéctica entre violencia irracional y derechos humanos. Y del conflicto entre las garantías de protección del individuo, tradicionales en derecho internacional, y la necesidad de sanción de aquellos supuestos que atentan indiscriminadamente contra la vida humana y social. Existen, pues, dificultades de una delimitación jurídica objetiva del ilícito penal y del delito político en la cual el jurista, el juez internacional y las instancias internacionales pueden diferenciar lo que constituye un crimen internacional y lo que pueda ser expresión de la rebelión de una persona o un grupo ante injusticias absolutas.<sup>59</sup>

Hoy las reglas jurídicas aplicables al ilícito penal internacional de los individuos son imprecisas y ambiguas por una serie de razones más políticas que jurídicas. Cada poder tiene una escala de valores comunes. La falta de solidaridad alienta la abstención judicial. El relativismo que la voluntad estatal imprime al derecho internacional y a su aplicación ocasiona la ausencia de normas positivas capaces de imponerse en estas materias a los Estados. Ningún Estado protege un interés extranjero y el delito político, "*c'este l'affaire d'autre*".<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Evans, Alona, E./Murphy, Jh., *Legal aspects of international terrorism*, Toronto, 1978 en especial pp. 58 y ss.; Guillaume, et Lavasseur, G., *Terrorisme international*, Institut des Hautes Études internationales de Paris 1978, Nancy.

<sup>59</sup> Pierson-Mathy, O., "Formes nouvelles de la lutte révolutionnaire et coopération internationale dans le combat contre révolutionnaire", *Coloquio de U.L.B.*, 1973, pp. 59 y ss.

<sup>60</sup> Ver a este respecto el Coloquio sobre *La definición y la represión del terrorismo* de la Universidad Libre de Bruselas, d emayo de 1973. Ed. U.L.B., 1974.

Sin embargo, la inquietud creciente por el terrorismo no se corresponde con un tratamiento jurídico de estas formas de violencia individual o colectiva. Ante la falta de normas positivas, toda la preocupación queda en competencias estatales, en las que no puede entrar el derecho internacional, en una falta de instancias judiciales internacionales y en una falta de consenso sobre la naturaleza de tales actos y la forma de regularlos y sancionarlos internacionalmente. Hoy sólo cabe la represión interna de tales infracciones.

Aunque el tema es por sí complejo, oscuro y evitado en los estudios teóricos, la tipificación y represión internacional de los actos de terrorismo requiere una serie de precisiones sobre su naturaleza y el replanteamiento de instituciones internacionales, como el derecho de asilo, sin romper su relación con la temática de los derechos humanos. También es necesaria una precisión en torno a las exigencias operativas de la cooperación internacional en esta materia.

En primer lugar es necesario precisar la naturaleza de determinadas conductas políticas de repercusión social grave. Tradicionalmente los delitos políticos han contado con una inmunidad de represión dentro de las connotaciones humanistas del derecho internacional.<sup>61</sup>

Esta precisión podría conseguirse en cierta medida a través de una acción judicial que procediese a un análisis objetivo de los hechos y que no diera preponderancia a los elementos políticos, sino que procediera a una exigencia de caracterización estricta y rigurosa. Si el actor político está presente habría que considerar el grado de violencia a que se ve sometida la persona de la acción delictual, así como la no utilización de medios odiosos. La garantía de este análisis tipificador sería la necesidad de probar ciertamente los móviles políticos del autor. En el actual derecho internacional no existe un poder judicial con estas competencias internacionales, por lo que dicha aproximación jurídica forzosamente ha de pasar por los canales judiciales estatales. Ello impone una nueva exigencia: reforzar la garantía jurisdiccional frente a los intereses coyunturales del poder del Estado.

Y esta exigencia es quizás la determinante, porque la naturaleza política de un delito no es inherente a un tipo particular de comportamiento, sino que tan sólo expresa la relación que se establece históricamente entre un Estado y sus intereses o valores. De tal manera que el razonamiento judicial puede verse mediatizado en su quehacer.<sup>62</sup> En este sentido es interesante la llamada a la reflexión de la obra de Mourgeon, *Les droit de l'homme*, donde se considera que en estos comportamientos de naturaleza jurídica imprecisa existen reivindicaciones de derechos contra determinadas formas de organización estatal de tales dere-

<sup>61</sup> Mertens, M. P., "L'introuvable acte de terrorisme; probleme de califications" *Reflexiones sobre la definición y represión del terrorismo*. U.L.B. 1973, p. 27.

<sup>62</sup> Ver A.C.D.I. 1972, vol. I, p. 209 y también Doc. 1/C. 6/418 de nov. de 1972, p. 6, párrafo por la secretaría de la ONU, sobre la naturaleza del terrorismo intencional.

chos.<sup>63</sup> Asimismo la opción personal y jurídica al respecto se presenta difícil, como dice Chaumont:

Les pouvoirs n'ont perdu l'habitude de penser qu'un homme qui remplit son devoir national de combat en dehors de certaines formes non (formes) usuelles est un simple criminel, a lors qu'au contraire tout dans son attitude revele qu'il porte au plus haute degré de intensité les valeurs de desintereseement et de sacrifice.<sup>64</sup>

En el derecho internacional convencional más reciente —convenio de La Haya de 1970, de Montreal de 1971 y el convenio de Nueva York sobre atentados contra la navegación aérea y la función diplomática de 1973—, se han reducido las dimensiones políticas de tales comportamientos. Al establecer la represión universal y la competencia de persecución, se basaban en convicciones jurídicas comunes y no en la simple calificación del Estado del lugar de comisión. En la práctica subsiguiente a dichos convenios se hace de la persecución del delincuente una función constante y coextensiva a la sociedad internacional, apoyada por la homogeneización de la apreciación, la calificación de los hechos a través de una calificación convencional de “infracción extraditable”.<sup>65</sup> En instrumentos jurídicos más estrictamente referidos a los supuestos de terrorismo, como son el convenio de la OEA sobre la prevención y represión de los actos de terrorismo, firmado en Washington el 2 de febrero de 1971 y el convenio europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, se establecen criterios objetivos de sanción, que pueden neutralizar las apreciaciones discrecionales y políticas de los Estados partes. Dichos criterios referidos a conductas ilícitas de derecho común justifican un atemperamiento del principio de no extraditabilidad de los comportamientos políticos. Este atemperamiento tiene su justificación, concretamente, en el convenio europeo. Es una obligación de las partes (artículo I) facilitar la punición, cuando por la envergadura de los actos de comisión constituyen un atentado social internacionalmente hablando, especialmente en los supuestos de atentados a la navegación aérea, función diplomática, toma de rehenes, secuestro arbitrario o utilización de instrumentos que comportan riesgos y daños excepcionales.

El convenio americano declara los actos de terrorismo como crímenes graves de derecho común, no atribuyéndoles sino carácter de *pretextos* a las motivaciones políticas, que pudieran subyacer en tales conductas.<sup>66</sup>

Pese al repudio universal de los actos de terrorismo, existen también dudas en cuanto a la valoración social absoluta y en cuanto a las exigencias que requeriría la prevención internacional de tales actos. Y es que la materia de los derechos humanos está peligrosamente cerca y puede quedar afectada a través de los

<sup>63</sup> Mourgeon, G., *Les Droits de l'homme*, Colc. “Que sais-je?”, p. 12.

<sup>64</sup> Chaumont, Ch., citado por Y. Rodríguez, *op. cit.*, p. 94.

<sup>65</sup> Arts. 7 y 8 de los Convenios de La Haya, Montreal y Nueva York.

<sup>66</sup> Al respecto véase el trabajo de Ives Rodríguez: “Tendences contradictoires en matière de infraction penal”, en *R. Belge de D.I.*, 1980/I, pp. 82 y ss.

mecanismos que sea preciso arbitrar para su prevención y represión. Muchos autores han evidenciado las contradicciones jurídicas internacionales que están latentes en la reglamentación y sanción de las conductas políticas de los individuos.

En segundo lugar es necesario hacer algunas presiones sobre la vigencia y actualización del derecho de asilo político. Todos los instrumentos jurídicos referidos apoyan la represión de tales conductas en la extraditabilidad de los sujetos y la obligación de los Estados de no ejercitar hoy las prerrogativas discrecionales en la apreciación de tales conductas.<sup>67</sup>

Estos planteamientos son la cara y cruz de un mismo problema. La conciencia universal de tales conductas exige que los Estados renuncien en esta materia a las prerrogativas de competencia estatal que significa el derecho de asilo político. Por otra parte, en nuestro mundo actual la violencia estructural y sistemática del poder afecta al hombre en sus derechos fundamentales, lo que reclama una defensa del *ser hombre* y de *ser libre*. La represión del terrorismo, en cuanto punición de un delito por el resultado, al margen de la culpabilidad del sujeto, supone un retroceso. Pero más lo es la dismantelación de una de las pocas instituciones jurídicas internacionales que tradicionalmente han constituido uno de los pilares de defensa de la persona humana frente a la fuerza y el poder de los Estados.<sup>68</sup> Esta tensión se evidencia en los procesos de puesta en práctica, en los cuales los procesos de ratificación son lentos y poco numerosos y la existencia de reservas es frecuente. Todo ello pone de relieve el escaso convencimiento de los Estados en esta materia, poco clara en sus perfiles jurídicos.<sup>69</sup>

Autores como Salmon o Vallée, consideran que los convenios referidos constituyen un auténtico paso atrás en materia de derechos humanos. Lo cierto es que debilitan la presencia del hombre en la escena internacional y fortalecen una situación de exigencia penal más rigorista que respecto a ninguno de los sujetos internacionales.<sup>70</sup>

Las contradicciones evidentes del tema exigen cautelas, tanto en las valoraciones como en las soluciones jurídicas que pueden afectar a conquistas del hombre dentro de un derecho internacional humanizado. La represión de lo

<sup>67</sup> Convenio de La Haya de 1970, de Montreal de 1971, y Nueva York 1973.

<sup>68</sup> David, E., *Le terrorisme en Droit international*, especialmente la cuestión del terrorismo ante la XXVII A. G. las Naciones Unidas coloquio de U.L.B., 1973, p. 175; Abellán Honrubia, V., "El terrorismo internacional", *REDI*, 1975/1-3, vol. 28, pp. 33 y ss.

<sup>69</sup> En el momento actual, la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa en la sesión de Madrid que parece finalizar, se ha logrado un texto aceptable —según el parecer occidental— sobre el terrorismo. Texto que no obstante ha planteado el problema de excluir de forma expresa a los movimientos de liberación nacional. Un amplio sector de los países occidentales se oponen a tal exclusión considerando que en base a ella pudieran hacerse interpretaciones tan amplias que vaciaran de contenido el acuerdo logrado.

<sup>70</sup> Ver, Salmon, J. A., "Un vrai pas en arrière. La convention européenne pour la repression du terrorisme", *Journal des Tribunaux Bruxelles*, 24 de septiembre de 1977, y asimismo Vallée, Ch., *La convention européenne pour la repression du terrorisme*, *AFDI*, 1976, p. 756.

*anormal y odioso* de los actos de terrorismo es necesaria, pero habrá de conjugarse con una actualización del derecho de asilo que no suponga sin más una obligación para los Estados de proceder a las extradicciones por motivos políticos.<sup>71</sup>

La figura jurídica del derecho de asilo ciertamente representa una defensa de la persona ante el poder del Estado en una sociedad interestatal y un derecho internacional relativizado por el voluntarismo. Pero en cuanto pueda ser expresión de privilegios de competencia exclusiva de los Estados y entendido como atributo de su soberanía territorial, debe ceder ante exigencias sociales de la colectividad internacional. Como afirma Kiss, A. C.: "Elle n'est pas un droit à . . . , est sa misère de n'être que l'expression privilégiée de la compétence exclusive d'un État".<sup>72</sup>

Lo que de individual representante debe sustituirse por exigencias de cooperación internacional. Ahora bien, la dimensión humana del derecho de asilo debe quedar a salvo de todo atentado que venga por el desconocimiento o ignorancia de las situaciones de violencia política, a que frecuentemente está sometido el hombre en las sociedades estatales hoy, y por una aproximación de las calificaciones de estas conductas de manera absoluta a los delitos de derecho común.

El punto de equilibrio de esta tensión debe articularse en función de dos consideraciones: la cooperación internacional en la práctica y el esfuerzo teórico y civilizador, creando las condiciones para la existencia de un auténtico orden público internacional.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la cooperación internacional, habrá de destacarse el esfuerzo colectivo, en el marco de desarrollo progresivo del derecho internacional, por aislar los caracteres objetivos de este fenómeno que lo tipifiquen como delito internacional, con arreglo al derecho internacional y no con arreglo a las valoraciones internas de cada Estado. En segundo lugar, un fortalecimiento de la solidaridad judicial en un esfuerzo por analizar los datos objetivos, las garantías de defensa, el castigo del culpable por un ilícito internacional y no por un resultado antisocial o antiestatal. Esto requiere no la aplicación automática de las competencias jurisdiccionales de los Estados, sino la homogeneización de la apreciación y la calificación que se apoye en conceptos del derecho penal internacional al humanitario.

La segunda de las condiciones, que permitiría un debilitamiento del derecho tradicional de asilo y por tanto de la permisibilidad de la extradición por los actos de terrorismo, habría de venir de la existencia de un orden público auténticamente internacional, tanto para los individuos como para los Estados.

La existencia en la sociedad internacional de un orden público universal podría ser la única razón para debilitar el derecho de toda persona a encontrar protección en defensa de sus ideas.

<sup>71</sup> En este sentido véase Leduc, F., "L'asile territoriale et la Conference des Nations Unies, Janvier 1977", *AFDI*, 1977, pp. 230 y ss.

<sup>72</sup> Kis, A. C., "Asile" (droit de), *Enciclopedia Dalloz de Derecho Internacional*, p. 167.

Pero esto presupone la existencia de valores compartidos y de la primacía de los intereses sociales sobre las exigencias de intereses individualistas. "Porque la delincuencia política no está ligada a las cualidades intrínsecas de ciertos comportamientos. Es el resultado de un proceso de reacción social. Todo depende, pues, de la perturbación real de ese orden hipotético social y universal o de la necesidad de defensa penal de intereses comunes a todas las sociedades".<sup>73</sup>

Durkeim afirma aún más: cuando la infracción lesione "les états forts de la conscience collective (...) dans ces conditions la competence universelle du pouvoir nie l'asile et se substitue à l'extradition".<sup>74</sup>

La utopía de este planteamiento está en la misma estructura de la sociedad internacional, en la que el poder del Estado se manifiesta discrecional y en la cual es impensable que el orden público internacional también sea una exigencia para el Estado territorial, que pudiera devenir responsable penalmente a modo solitario en la perturbación del orden social internacional, en correlación con el exclusivismo de sus competencias estatales.

A modo de conclusión en el estudio sobre las nuevas tendencias en materia de responsabilidad penal de los individuos, quizás fuese esclarecedor de estas contradicciones evidenciar cómo la práctica internacional aporta comportamientos estatales de distinto signo. Por una parte, es una constante de todo el siglo XX la celebración de tratados de extradición de signo restrictivo, como es significativo también, el esfuerzo de las Naciones Unidas a través de la Conferencia para el asilo territorial de 1977.<sup>75</sup> Por otra parte, en instrumentos recientes relativos al terrorismo, los Estados reactualizan su capacidad de represión. Valga como reflexión final este texto:

Algunos de los enriquecimientos más recientes del derecho internacional penal participan en el reforzamiento del nuevo orden judicial internacional y alejan en principio la posibilidad de un acuerdo general sobre el derecho de asilo territorial. Lo que significa que los Estados, las voluntades estatales, olvidadizas de la persona, dirigen sus justicias hacia los procedimientos simplificados y acelerados de la extradición. Renunciando, pues, a la indulgencia, los Estados ponen en primer lugar sus referencias al castigo".<sup>76</sup>

### III. NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Los planteamientos tradicionales de la responsabilidad de los Estados en derecho internacional se ven hoy alterados por distintas motivaciones, que afectan

<sup>73</sup> Y. Rodríguez, *op. cit.*, p. 91.

<sup>74</sup> Durkeim, citado por Y. Rodríguez, *op. cit.*, p. 91. Véase también Lascoumes, P., "Le déliquance, un ordre nécessaire et bien utilisé", *"Le Monde Diplomatique"*, enero, 1978.

<sup>75</sup> Convenio europeo de extradición de 13 de dic. de 1957, el Tratado de extradición del Benelux de 27 de junio de 1962.

<sup>76</sup> Yves Rodríguez, *op. cit.*, p. 115.

tanto a la concepción clásica de la responsabilidad estatal y civil como al fundamento tradicional de la misma, exclusivamente basado en el ilícito culposo.

En derecho internacional, los Estados sólo eran responsables moral o patrimonialmente por la violación de obligaciones internacionales. Quizás este estado de cosas se debiera al condicionamiento a que estaba sometido el régimen jurídico de la responsabilidad internacional por la estructura del orden jurídico internacional y por la falta de mecanismos centralizados de enjuiciamiento. La acción de responsabilidad no podía ser, pues, de anulación y quedaba limitada a una acción de reparación civil, ajena a toda connotación de sanción o punición aplicable a los Estados.<sup>77</sup>

Por otra parte el fundamento de la responsabilidad internacional es el ilícito, constituido por la violación de una obligación internacional. Pero no existe una diferenciación gradual de tipos de responsabilidad según la importancia o clase de obligación violada. Tampoco existen normas de derecho internacional positivo, que fundamentan una responsabilidad basada en el daño y según éste se obtenga una reparación.

Ambas cuestiones están sometidas hoy a debate. La posibilidad de una responsabilidad penal de los Estados es objeto de consideración doctrinal y de posible reglamentación convencional, así como la regulación de una responsabilidad *absoluta* por violación de obligaciones internacionales "esenciales".<sup>78</sup>

En otro ámbito diferente se plantea la cuestión de si, en el derecho internacional actual, existe o no una responsabilidad objetiva, basada en la noción de daño o perjuicio ocasionado por conductas de los Estados, perjudiciales, pero permitidas por el derecho internacional.

Todas estas cuestiones apuntadas afectan a la fundamentación tradicional de la responsabilidad de los Estados y rompen en cierta medida con la pretendida unidad de la teoría de la responsabilidad, porque su admisión en el derecho internacional positivo actual requeriría una serie de matizaciones en los regímenes jurídicos concretos aplicables a unos u otros supuestos.

Estos supuestos no son contemplados por el derecho internacional positivo, pero respecto de ambos hay cierta unanimidad en la doctrina y en la práctica internacional al considerarlos como exigencias actuales de un derecho internacional más evolucionado. Los esfuerzos de la doctrina y de los órganos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional se orientan en este sentido, procediendo a través de una valoración de la práctica convencional internacional a analizar y delimitar los aspectos jurídicos de su posible sistematización.

<sup>77</sup> En este sentido véase Tunkin, G., "Alguni nuovi problemi delle responsabilità dello Stato nel diritto internazionale", en *Comunicazione e Studi*, 1960-62, tomo XI, pp. 224 y ss.

<sup>78</sup> Marek, K., "Criminalizing state Responsibility", *R. Belge D.I.P.*, vol. 14, 1978-79/2, p. 460; Rechetor, G., "Responsibility for violation of Human Rights", *Rev. des Droits de l'Homme*, 1979/2, vol. XII, pp. 83 y ss.

### 1. La responsabilidad penal de los Estados

Desde la Segunda Guerra Mundial se ha ido formando una corriente de opinión favorable a la exigencia de una responsabilidad penal a los Estados, que es mayoritaria entre la doctrina.

Según esta doctrina existen en el derecho internacional actual normas esenciales o constitucionales de la convivencia social, cuya violación entraña un atentado grave contra los postulados ético-sociales de la comunidad internacional en su conjunto. Estas obligaciones internacionales nacen de las normas de *ius cogens*, en cuanto absolutas e imperativas para los Estados.<sup>79</sup> En el terreno de la responsabilidad internacional esto equivale a admitir una gradación en la responsabilidad (cuestión desconocida, puesto que el ilícito nace de la violación de "cualquier obligación internacional"), por la distinta naturaleza de las obligaciones que competen al Estado. Esta gradación de la responsabilidad conduce a distinguir entre delitos y crímenes internacionales del Estado. El ilícito internacional del Estado se produciría por la violación de una obligación cualquiera, mientras que la noción de "crimen" estaría referida a aquellas obligaciones internacionales fundamentales y excepcionalmente graves.

Las decisiones de los órganos judiciales o arbitrales internacionales no revelan que, de modo deliberado, se hayan interrogado con respecto a una eventual diferencia de régimen de responsabilidad. Por el contrario siempre han aplicado un régimen de reparación. Sólo cuando se llega al asunto de la Barcelona-Traction se ve formulada una distinción básica entre obligaciones internacionales, pero se trata más de un *obiter dictum* que de una constatación o afirmación del derecho positivo internacional.<sup>80</sup>

Por lo que respecta a la práctica de los Estados en el siglo XX, se observa una evolución en este sentido, que se acentúa como una necesidad inexcusable, después de los comportamientos estatales especialmente graves durante la Segunda Guerra Mundial. El sentimiento de horror ante matanzas sistemáticas de seres humanos, las prácticas de genocidios, incluso las condenas posteriores de las prácticas inhumanas del *apartheid*, así como el uso de la fuerza contra los deseos y derechos de todo un pueblo a la independencia, han llevado al convencimiento de que las violaciones de las normas internacionales que amparan, protegen o condenan tales conductas, no pueden ser consideradas y tratadas lo mismo que la violación de una genérica obligación internacional.

Por otra parte, los autores se manifiestan generalmente a favor de una responsabilidad penal del Estado y desde posturas distantes se aboga por su reglamentación. Opiniones como las de Lauterpacht, Brownli, Jessup, Eagleton, Tunkin comparten (con matices) la idea de que

<sup>79</sup> Rec. T.I.J., 1970, p. 32. Asunto de la Barcelona-Traction.

<sup>80</sup> Oppenheim, L., *International Law*, vol. I, 6ª ed. Londres, 1947, p. 307.

la vasta noción de delito internacional, se extiende desde las violaciones ordinarias de las obligaciones previstas por tratados, que no implican más que una reparación pecunaria, hasta las violaciones del derecho internacional que representan un acto criminal en el sentido generalmente aceptado del término.<sup>81</sup>

La Comisión de Derecho Internacional, en su 28 informe a la Asamblea General (Doc. a/3110, pág. 115, párrafo 49), cree que se puede afirmar que en la literatura jurídica internacionalista la idea está firmemente enraizada. En este sentido, como veremos más adelante, la Comisión llegó a la conclusión unánime de que era preciso distinguir distintos grados y tipos de responsabilidad del Estado en función del objeto especialmente relevante o esencial de una obligación internacional que según la calificación jurídica exigirán dos regímenes también distintos que en su momento habrán de articularse de forma diferente.<sup>82</sup>

Así, se plantea la necesidad de delimitar jurídicamente ambas categorías de ilícito, su objeto, sus elementos, su gravedad. Esta cuestión ha sido abordada por la Comisión de Derecho Internacional en la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados. En el artículo 19 se establece que el comportamiento antijurídico de los Estados puede originar dos tipos de ilícito: el delito y el crimen internacional. Ésta es una de las cuestiones más novedosas discutidas del esfuerzo de la Comisión, en la cual se evidencia tanto una tarea de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional.<sup>83</sup>

Esta tipificación de "crímenes", tiene una consecuencia inmediata sobre la relación de alteridad típica de la responsabilidad internacional de Estado a Estado. La configuración clásica queda rota por la vocación de denuncia pública que la figura de crimen lleva en sí.<sup>84</sup> De este modo, junto a los intereses estrictamente subjetivos, puede aparecer el interés colectivo encarnado por terceros ajenos al daño concreto o incluso un hipotético interés de la comunidad internacional. La jurisprudencia internacional oscila en su aceptación. Así, rechazó el interés o legitimación que no fuese de parte en la sentencia sobre el sudoeste africano, 2ª fase, respecto a Liberia y Etiopía. Pero años más tarde la admitió en la sentencia de la Barcelona-Traction de 1970 y en el dictamen sobre Namibia de 1971.

<sup>81</sup> C.D.I., 1976-II, 2ª parte, p. 115, pfo. 51. En el 32º periodo la Comisión ha abordado el segundo tema del programa de la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/330), habiendo sido presentado un informe preliminar sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos). El ponente Riphagen señala en él cómo ha tratado de hacer un análisis sistemático y teórico de los problemas que habrá de afrontar la Comisión al respecto. *Anuario de la Comisión de D.I.*, 1980, vol. II, primera parte.

<sup>82</sup> En este sentido véase Pedauye, A., "Los crímenes de Estado", *REDI*, 1978-79, nº 1-3, vol. XXXI, pp. 25 y ss.

<sup>83</sup> *Anuario C.D.I.*, 1976-II, p. 74.

<sup>84</sup> Entre la doctrina, es favorable a esa posibilidad Dupuy, P. M., "Action publique et crime international de l'Etat", *AFDI*, 1979, p. 584.

En el terreno estrictamente jurídico la figura del crimen internacional plantea —dentro de un mar de dificultades estructurales— la cuestión de la *actio popularis*. Esta acción tendría su fundamento en la existencia de un interés común y esencial, basado en el *ius cogens* internacional y que legitimaría la acción de cualquier Estado o la acción de órganos de la comunidad internacional para una imputación al Estado, una sanción y reparación en su caso. Pese a ser una cuestión nueva, en el derecho internacional y en la doctrina, ya en 1966 Brownli observa una evolución en el sentido de un reconocimiento de un interés jurídico distinto del Estado perjudicado.<sup>85</sup>

El artículo 19 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional recoge un supuesto, diferente a la clásica responsabilidad penal internacional de los individuos, cuya sanción asumen los Estados, y que eran los llamados “crímenes de derecho internacional”. Asimismo se trata de una figura diferente a la responsabilidad del individuo/órgano del Estado, que por la vinculación con una responsabilidad indirecta, podría inducir a error. La Comisión entendió que tales supuestos no pueden considerarse como responsabilidad criminal del Estado en el sentido con que se configura en dicho artículo 19.<sup>86</sup>

La novedad de este artículo consiste en el establecimiento de una auténtica responsabilidad penal internacional por crímenes de Estado. El párrafo 2, establece lo siguiente:

El hecho internacional ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional, tan esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.

Y en su párrafo 4º y en contraste con esta gravedad esencial, tipifica la figura de delito internacional: “*Todo hecho internacionalmente ilícito, que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito*”.

Este quehacer de la Comisión constituye una tarea de auténtico desarrollo progresivo del derecho internacional, inspirado en auténticas exigencias de la comunidad internacional. La propia Comisión fue consciente del carácter revolucionario de esta disposición, al reconocer que constituiría “un paso comparable y coherente al que se dio al reconocer explícitamente la categoría de las normas de *ius cogens* en la codificación del derecho internacional de los tratados”.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Brownli, I., *Principles of Public International Law*, pp. 415 y ss., según se trate de un *delicta juris gentium* o de “*torts as reparation obligations between tortfeasor and claimant*”.

<sup>86</sup> Véase, Informe de la C.D.I. a la A.G. sobre su 28 periodo de sesiones, Doc. 3110. *Anuario de la CDI*, 1976-II, pp. 101-103.

<sup>87</sup> Doc. 3010. *Anuario de la Comisión de D.I.*, 1976-II, p. 102.

Sin embargo esta tarea, sin duda positiva, suscita algunas cuestiones jurídicas que es preciso analizar y quizás valorar también en función de las opiniones expresadas por los gobiernos.<sup>88</sup>

#### a. *La calificación de "crimen de Estado"*

La calificación de "crimen de Estado" es planteada por la Comisión autónomamente respecto a la figura tradicional de la infracción internacional o delito. Con base en el artículo 17 del proyecto ambos tipos de ilícito nacen de la violación de una obligación internacional, de cualquier obligación, sin que sea relevante el origen. Una obligación consuetudinaria, convencional u otra cualquiera, al ser violada por el Estado, constituye un hecho internacionalmente ilícito y engendra su responsabilidad. Ahora bien, sentada esta premisa mayor, se establece una diferencia entre tipos en base al *objeto o contenido* de dicha obligación-violación.<sup>89</sup>

Con arreglo al derecho internacional en vigor, habrá obligaciones cuyo objeto constituye intereses fundamentales de la comunidad internacional, e incluso dentro de esas finalidades esenciales no todas ellas, ni en igual grado, que puedan conllevar la perpetración de un crimen internacional. La caracterización del crimen requerirá una valoración histórica de la importancia de la finalidad para la comunidad internacional y una valoración de la gravedad de tal conducta concreta.

<sup>88</sup> Un grupo mayoritario de delegaciones de los países socialistas, árabes, asiáticos y latinoamericanos aprobaban su contenido y felicitaban a la Comisión por la tarea emprendida. Un segundo grupo representado por los países occidentales discutía la oportunidad de la diferenciación entre dos tipos de ilícitos internacionales que no contaba según ellos con un respaldo de la práctica internacional. Su posición en contra era contundente y proponían a la Comisión revisar su posición respecto de dicho artículo. Entendía además que la diferenciación se había establecido en analogía con el derecho interno, y esto constituía un método inadecuado dada la inexistencia de mecanismos judiciales internacionales similares a los estatales que posibilitaran una acción de responsabilidad penal. Francia, por ejemplo, ante el problema de la imputación de un crimen internacional al Estado, consideraba que la instauración de una responsabilidad penal colectiva —por la naturaleza de ente colectivo— iría en contra de las técnicas penales modernas, en las cuales se tiende a una imputación individualizada. Las víctimas del propio Estado vendrían a ser las que sufrieran las consecuencias de la acción del propio Estado. La postura del Reino Unido era más matizada. Contemplaba más los mecanismos actuales tales como la acción coercitiva por vía del Consejo de seguridad de las N.U. y las vías políticas que podían problematizar toda la teoría de la responsabilidad internacional.

Un tercer grupo lo encabezaban aquellos países que, aun felicitando a la Comisión por su trabajo (entre ellos España), consideraban el art. 19 como una buena hipótesis de trabajo o como punto de partida para trabajos posteriores. En ellos se perfilaba jurídicamente dicha figura y a la vez habría de establecerse el régimen concreto de responsabilidad penal. Entendían que, de momento, una formulación sin posteriores efectos jurídicos tenía poco sentido.

<sup>89</sup> El alcance de la expresión "Obligación internacional", queda precisado en el informe de la C.D.I., *Anuario* de 1976-II, pp. 74-95.

Así pues, son tres los requisitos de la calificación jurídica del crimen internacional del Estado: la esencialidad del objeto de la obligación, la gravedad de la conducta y su concretación en la comunidad internacional en su conjunto: estos tres elementos de calificación jurídica son denominados por la CDI como “criterios básicos”, por entender que se trata de referencias suficientemente claras para que puedan constituir un centro de fijación de la práctica y de la jurisprudencia internacionales, y al mismo tiempo flexibles para que no supongan un obstáculo a la evolución de la conciencia jurídica de los Estados en esta materia.<sup>60</sup>

El carácter de esencialidad está referido a finalidades prioritarias de la comunidad internacional. En este sentido, las exigencias del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, la salvaguarda del derecho de autodeterminación de los pueblos, la defensa del ser humano y la salvaguarda y protección del medio humano, constituyen una enumeración de acuerdo con la evolución y el derecho positivo.

El segundo criterio básico —la gravedad— viene a limitar una arbitraria ampliación del contenido del supuesto más allá de los límites del derecho en vigor. Por tanto ha de entenderse como violación a *gran escala*, es decir, debe consistir en una práctica masiva y sistemática, especialmente relevante en las obligaciones referidas a los derechos, dignidad y medio humano.

El tercer requisito, la determinación histórica de la comunidad internacional en su conjunto, se refiere al “sujeto pasivo” del acto ilícito y, por tanto, con legitimación para activar una imputación al Estado. Ésta es una fórmula análoga a la del artículo 52 del Convenio de Viena sobre tratados de 1969, que puede plantear la problemática ya suscitada de una fórmula tan abstracta e inconcreta. No obstante, la propia Comisión de Derecho Internacional precisó que no hay que atribuir a este paralelismo un alcance que no puede tener. Cabe admitir, puntualiza la Comisión en su informe (Doc. A/3110), que las obligaciones, cuya violación es un crimen, serán normalmente obligaciones dimanantes de normas de *ius cogens*, aun cuando esta afirmación no se pueda dar por absoluta. Una asimilación exagerada de ambos conceptos podría constituir una simplificación tentadora, pero conceptualmente no parece aceptable. La determinación que de ello haga la comunidad internacional ha de ser histórica y en función de la evaluación del derecho internacional. Su significado concreto y práctico es que “el carácter de crimen internacional” del Estado por un hecho internacionalmente ilícito, sea reconocido no sólo por un grupo determinado (incluso mayoritario) de Estados, sino por todos los componentes de la comunidad internacional. Pese a esta precisión, las dificultades de tal determinación han llevado a un amplio sector de Estados y de la doctrina a vincular la acción punitiva con el único sistema institucionalizado y con poder coercitivo, el de la seguridad colectiva. Las sanciones de los artículos 41 y 42 y la competencia del Consejo de seguridad se afirman en este sentido, ya que tales crímenes constituirían una perturbación

<sup>60</sup> C.D.I., *Anuario 1976-II*, p. 118, Doc. 3110, pfo. 61.

de la paz y la seguridad internacionales y por tanto caerían bajo la cobertura del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En la práctica concreta, esta posibilidad es tan irreal políticamente hablando, como postular, en el estado actual del derecho internacional y de la institucionalización de la sociedad internacional, la competencia judicial obligatoria de un tribunal internacional, para la determinación de una conducta de responsabilidad, la determinación de la sanción y la fijación de la reparación. La práctica internacional reciente ha puesto de relieve los límites de cualquier acción judicial o política internacional que implique condena para un Estado por comportamientos bastantes próximos a los que estamos estudiando.<sup>91</sup>

La Comisión de Derecho Internacional ha fijado algunas de las categorías de ilícito que, con arreglo al derecho internacional en vigor, ya están tipificadas según normas "esenciales", aceptadas por la comunidad internacional. Según el párrafo 3 del artículo 19, un crimen internacional puede resultar:

- a) de una violación *grave* de una obligación internacional de importancia *esencial* para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) de una violación *grave* de una obligación internacional de importancia *esencial* para la salvaguarda del derecho de la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial.
- c) de una violación *grave* de una obligación internacional de importancia *esencial* para la salvaguarda 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 protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de su atmósfera o de los mares.

El significado de esta enumeración requiere algunas precisiones, concretamente sobre el método seguido y respecto a la valoración —no tan evidente— de algunos de estos ejemplos como de derecho internacional positivo.

La Comisión desechó la idea de confeccionar una lista de obligaciones esenciales o fundamentales, exhaustiva. El riesgo de desbordamiento social podía comprometer su operatividad. Según esto la fórmula propuesta es enumerativa e indicativa de algunos ejemplos. Arranca de la expresión: *puede resultar de...*, lo que la hace virtualmente adaptable a la realidad social internacional. Además, sólo

<sup>91</sup> La Asamblea General de las N.U. ha adoptado resoluciones relativas a los territorios coloniales portugueses, respecto a la ocupación ilegal de Namibia por parte de Sudáfrica, en el caso de Rodesia del Sur, etc. calificando dichas situaciones de manera reiterada como amenazas a la paz y la seguridad internacionales. Asimismo el T.I.J. en su dictamen sobre Namibia y la política de *apartheid* calificó la situación de crimen internacional. Hubo condenas y petición de sanciones internacionales en todos los supuestos señalados, sin que éstas llegaran a ser operativas, dados los condicionamientos a que la eficacia del sistema de seguridad colectiva está sometido.

se toma nota de la existencia de algunos tipos de estas obligaciones esenciales, con algunos ejemplos concretos de estas cuatro grandes categorías, a fin de aclarar y fijar criterios para la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional. Este modo de hacer, explica la Comisión, posibilita la adaptación acumulativa a un "cambio en la conciencia jurídica de los Estados", los ejemplos citados no son exhaustivos, pues el derecho internacional en vigor puede ofrecer otros.<sup>92</sup>

La segunda cuestión es la relativa al contenido de dos de los ejemplos reseñados en el párrafo 3 del artículo 19, sobre los derechos humanos y sobre la salvaguarda y protección del mundo humano. Respecto a ambas cuestiones el *consensus* internacional es débil y más aún sobre la argumentación explicativa de la propia Comisión. Se adujo que constituían aspectos de desarrollo progresivo de principios jurídicos internacionales, universalmente aceptados en la Carta de las Naciones Unidas y cuya fundamentación objetiva se apoya en que constituyen auténticas exigencias sociales, que deben ser consideradas de *ius cogens* internacional. Si bien esta argumentación encuentra apoyo jurídico positivo respecto a las cuestiones de los derechos humanos, la cuestión del medio humano presenta mayores dificultades.

Sobre este tema las posturas de las delegaciones fueron bastante encontradas, dándose unanimidad en que era una cuestión aún sin madurar en el derecho internacional, pese a la existencia de algunos tratados en materia de contaminación, no almacenamiento de armas bacteriológicas y de los pronunciamientos de la Conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente.

Otras posturas entendían que este tema estaba más vinculado a la posibilidad de una responsabilidad objetiva por actos de los Estados. En este sentido son ilustrativos los trabajos de la Tercera Conferencia del Derecho del Mar. La responsabilidad por daños, ajena al elemento ilícito, se tiende a que nazca del mero daño de forma objetiva y a que así quede regulada por el actual derecho internacional. En este sentido el Estado sería responsable internacionalmente por dos posibles vías: bien como violador de una obligación de vigilancia y control, que le es exigible como soberano territorial, bien por los daños causados a terceros, que reclamarían reparación. Ambos supuestos podrían encontrar apoyo jurídico. Sin embargo, la aceptación de una imputación criminal por tales conductas, con la gravedad que le otorga el inciso del párrafo 3º del artículo 19, parece no corresponderse ni con la realidad jurídico-positiva, ni con las expectativas y posibilidades actuales de los Estados.

#### b. *El régimen jurídico de la responsabilidad criminal del Estado*

La diferenciación de dos tipos de ilícito internacional, reclama distintos régi-

<sup>92</sup> C.D.I., *Anuario*, 1976-II, p. 118.

menes jurídicos de responsabilidad. Las consecuencias y efectos para los sujetos, a los que se les impute un delito o un crimen internacional, deben ser diferentes.

No es pensable que todo un esfuerzo reglamentador y normativo pueda quedar sólo limitado a la conceptualización de unos supuestos y a la tipificación de unas determinadas conductas. La vertiente práctica de la aplicación de la responsabilidad y de sus efectos es la dimensión eficaz para la disuasión. Distinto contenido de un ilícito internacional, distinta gravedad de una conducta deben suponer también distintas sanciones que defiendan y garanticen los intereses sociales.

Este planteamiento supone romper con la concepción mayoritariamente compartida en la práctica internacional (Estados, jurisprudencia) y en la doctrina sobre un único régimen de responsabilidad internacional: la reparación civil. Esta reparación moral o pecunaria se conseguía a través de la negociación, por cauces diplomáticos o a lo más por una vía judicial preferentemente arbitral.

Sin embargo, el esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo emprendido justamente se detiene aquí. La Comisión, teniendo presente quizás la estructura descentralizada y paritaria del orden internacional y en consecuencia la debilidad de las sanciones internacionales, no ha querido comprometer las posibilidades de aceptación de lo ya logrado. Las discrepancias jurídicas y políticas a la hora de concretar la vertiente de efectos prácticos, podían ser fuertes. Por ello la Comisión salió del paso con una declaración poco satisfactoria.

La Comisión, es cierto, sabe que al proceder a una diferenciación normativa de hecho internacionalmente ilícito sobre la base del objeto más o menos importante de la obligación violada, se verá forzada a sacar las consecuencias en cuanto a la diferenciación del régimen de responsabilidad aplicable. A ello procederá en momento oportuno.<sup>93</sup>

Cabe, pues, preguntarse por el alcance y la eficacia del artículo 19 en su conjunto. La justificación de la Comisión no deja de ser prudente, pero esconde una serie de cuestiones, que hacen tocar fondo al problema de la tipificación del crimen de Estado, en cuanto a su operatividad internacional. En este sentido Dupuy se pregunta cómo se puede definir un acto ilícito o delictivo sin regular su régimen de sanción, y en concreto sin decir quién podrá inculparlo, quién puede instruirlo, juzgarlo o condenarlo. Es más, ¿con qué escala de sanciones? El problema de las sanciones en el derecho internacional es su talón de Aquiles. Sólo respecto de los actos relativos a la paz internacional y la seguridad hay un cauce —por demás ineficaz— para sancionar con un procedimiento concreto el acto. Pero no cabría englobar en este tipo de sanciones específicas del mantenimiento de la paz los subsiguientes ejemplos del párrafo 3 del artículo 19. Por demás, “supeditar la sanción penal a un sistema político supondría agravar aún más una puesta en práctica, subordinada a la realización de las condiciones políticas inaccesibles.

<sup>93</sup> *Anuario de la CDI*, 1976-II, pp. 116-117.

Sería legitimar acciones discrecionales, volviéndonos hacia estadios de guerra justa".<sup>94</sup>

El régimen de responsabilidad penal por crimen de Estado es esencial para la eficacia de un precepto como el artículo 19, pero las dificultades de su articulado son tan reales, como el problema de las sanciones en derecho internacional y las dificultades de un procedimiento penal aplicable a los Estados. Estas dificultades se producen, porque un proceso penal lleva incorporado un interés de alcance general, en la acción punitiva, la posibilidad por tanto de un *actio popularis*, la legitimación activa de terceros con interés legal en la protección de ese bien. Cuestiones que difícilmente encuentran lugar en el derecho internacional actual.

El Tribunal Internacional de Justicia afirmó, en el asunto de la Barcelona-Traction de 1970, que la responsabilidad a que da lugar la violación de determinadas obligaciones no se contrae únicamente respecto del Estado que ha sido víctima directa de la violación. Asimismo se contrae respecto de todos los miembros de la comunidad internacional. En caso de violación de tales obligaciones, según el Tribunal, todo Estado está facultado para invocar, posiblemente por la vía judicial, la responsabilidad del Estado autor del acto ilícito o en este caso del "crimen internacional". El Tribunal lo afirma de manera expresa cuando afirma:

En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos que están en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.<sup>95</sup>

Este no es el único precedente que se podía aducir en este sentido, pero aún así en el derecho internacional positivo no existe tal posibilidad y se trata de tendencias por el momento sin consolidar, por muy espectacular que haya sido, el giro de la jurisprudencia internacional desde la sentencia del Sudoeste africano en su 2ª fase.<sup>96</sup>

Por otra parte, una acción popular de esta naturaleza tendría que realizarse en el marco de una acción judicial internacional, pero el carácter voluntario de esta jurisdicción es el punto de partida. Cualquier otra vía de autotutela está prohibida por el derecho internacional. La posibilidad de represalias evidencia los límites reales en que esta acción se encuadraría. En este sentido P. M. Dupuy señala que ésta es una tendencia teórica clara, pero en la práctica los procedi-

<sup>94</sup> Dupuy, P. M., "Observations sur le crime international de l'État", *RGDIP*, 1098-2, p. 477.

<sup>95</sup> T.I.J., *Rec. de Sont.* Asunto de la Barcelona-Traction, 1970, p. 32.

<sup>96</sup> Gervais, "Quelques reflexions à propos de la distinction des droits et de intérêts" *Mélanges à Paul Roubier*, 1961, p. 141.

mientos de acción pública, existentes en ámbitos particulares del derecho internacional, siempre se inscriben en un cuadro normativo e institucional específico. Ejemplos de ello son la OIT, el Convenio Europeo de Derechos del Hombre, o las Comunidades Europeas. En todos estos medios esta función se ejerce por un órgano representativo de los intereses colectivos.<sup>97</sup>

Una solución a este problema sería adoptar una vía parecida al artículo 66 del Convenio de Viena del Derecho de los tratados, en el que se establece el recurso obligatorio al Tribunal Internacional de Justicia para las cuestiones de aplicación e interpretación de las normas de *ius cogens*.

En materia de responsabilidad penal de los Estados, un mínimo de realismo obliga a reflexionar sobre la interrogante que formula Dupuy: “¿mais peut-on penser que les états seront d'accord pour conférer à cette juridiction un pouvoir si redoutable?”.

## 2. La responsabilidad objetiva del Estado por daños

En derecho internacional, la responsabilidad se fundamenta en el ilícito internacional. Sólo si se da la violación de una obligación jurídica y, por tanto, un comportamiento o hecho antijurídico nace la obligación de reparar. En este sentido el daño no es entendido como elemento de la responsabilidad, sino como algo derivado de la obligación de reparar. No obstante, en la práctica internacional, las acciones concretas de responsabilidad requieren la existencia de un daño cierto y real.<sup>98</sup>

Y es que en derecho internacional —quizás con retraso respecto a las teorías modernas de la responsabilidad— esta institución está vinculada al elemento subjetivo del comportamiento del Estado, comportamiento antijurídico y culposo. Por el contrario, en los derechos internos la estructura de la figura de la responsabilidad es siempre la misma: si se causa un daño, se debe reparar. Que el hecho generador del daño sea la violación de una ley, una obligación de derecho o no, es otra cuestión.

En derecho internacional este tipo de responsabilidad objetiva es desconocida, así como en la práctica internacional (estatal y jurisprudencial) y en la misma doctrina clásica.

Muy recientemente a través de convenios internacionales de carácter particu-

<sup>97</sup> Dupuy, P. M., “Observations sur le ‘crimen international de l'État’”, *R.G.D.I.P.* 1980/2, pp. 484-485.

<sup>98</sup> En el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se enuncian las dos condiciones indispensables para la existencia de un hecho ilícito internacional: comportamiento de un sujeto y existencia de una violación jurídica que le concierne. Véase *Anuario...*, 1973, vol. II, p. 182, Doc. A/9010, Rev. 1/Cap. II, sec. B). Entre las aportaciones doctrinales actuales véase Ruiloba Santana, E., “Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito en derecho internacional”, *Homenaje a García Arias*, Temas, núms. 33-36, 1973-74, pp. 388 y ss.

lar comienzan a establecerse ciertos grados de responsabilidad por la comisión de daños a terceros o por las consecuencias de ciertas actividades que, aun siendo lícitas internacionalmente, producen o pueden producir riesgos graves y excepcionales.

A partir de este contexto comienza a surgir la preocupación por el tema, lo que induce a la Comisión de Derecho Internacional a plantearse la necesidad de su estudio, que de momento está esbozándose y sobre el que nos apoyaremos en el desarrollo de estas páginas.

La responsabilidad internacional objetiva por daños tiene de momento carácter de reglamentación específica y excepcional, por referencia al régimen general de la responsabilidad internacional. Este tipo de responsabilidad está recogida en convenios internacionales sobre materias relacionadas con el medio físico, los adelantos técnicos e industriales, los avances de la energía atómica, y el aprovechamiento o utilización del espacio exterior. Estos temas son realmente importantes pero de práctica incipiente y no generalizada en el conjunto de las relaciones internacionales.

Son tratados celebrados entre Estados, o entre éstos y organizaciones internacionales, o bajo sus auspicios y sobre materias, que exigen de los sujetos una gran capacidad para desarrollar determinadas actividades técnicas e industriales. En cierta medida son pocos los Estados que pueden acceder a ellas. Su participación en dichos tratados puede afectar al conjunto de la sociedad internacional. Ello hace que el contenido de dichos convenios, su reglamentación, sus previsiones, regímenes compensatorios, la posibilidad de una responsabilidad convencional, etcétera, tengan una importancia cualitativa. Dentro de las tendencias evolutivas de un derecho internacional nuevo, aparece consolidándose una responsabilidad objetiva, por el mero nexo de casualidad entre estas actividades y los daños que ocasionan o los riesgos potencialmente gravísimos que de ellas pueden derivarse.

Estos convenios vienen, pues, recogiendo una necesidad de la sociedad internacional altamente industrializada, como es garantizar la reparación de los perjuicios que puedan producir determinadas actividades.

Ahora bien, en el derecho internacional positivo no existen normas relativas a una responsabilidad objetiva, ni de momento una práctica generalizada, que pueda dar lugar a la formación de una costumbre en este sentido. Se trata de un ámbito de actividades que carecen de reglamentación jurídica y que, por otra parte, no pueden quedar comprendidas en la reglamentación clásica del hecho ilícito. Estas actividades están alentadas por el derecho internacional, en cuanto expresión del desarrollo y avance de los pueblos. Pertenecen al haz de competencias que el derecho internacional reconoce a sus sujetos jurídicos. Por tanto, son actividades lícitas, pero pueden ser perjudiciales. En este dato de daño a terceros está la explicación de la naturaleza reparadora de este tipo de responsabilidad.

En el derecho internacional general existe el principio de que los Estados, al realizar actos no prohibidos por aquél, tienen la obligación de considerar los intereses de otros Estados que pudieran verse afectados. En cuanto principio hoy resulta insuficiente. El torrente de actividades internacionales relativas al desarrollo industrial y tecnológico, al medio humano, al espacio exterior, etcétera, precisan un tratamiento normativo general de los problemas jurídicos, que en conexión con la responsabilidad internacional puedan surgir desde una perspectiva nueva.

La Comisión de Derecho Internacional, desde el comienzo de sus trabajos sobre responsabilidad de los Estados, excluyó estos nuevos aspectos, a sabiendas de que un aplazamiento de su estudio no prejuzgaba la existencia ya en las relaciones internacionales de responsabilidad nacidas por daños y, por tanto, originada en principio por actividades lícitas.<sup>99</sup> En 1977 la Comisión acordó —en cumplimiento de sucesivas recomendaciones de la Asamblea General— incluir el tema en su programa de trabajo bajo la denominación: “*La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional*”.<sup>100</sup>

En su sesión 1502, celebrada el 16 de junio de 1978, la Comisión estableció un grupo de trabajo, encargado de examinar el tema y de informar. Dicho grupo, bajo la presidencia de Q. Baxter, dio cuenta de su labor en julio de 1978. Posteriormente se le nombra ponente especial del tema, y se declara de manera oficial como tema de agenda y el inicio de los trabajos.<sup>101</sup>

En junio de 1980 es presentado el informe preliminar, recogiendo la situación internacional del tema, las opiniones de los gobiernos y la delimitación aproximativa de los límites jurídicos internacionales, en los que el tema debía ser analizado y precisado. Asimismo se procede a precisar el alcance de un título tan polémico como oscuro. A este respecto se precisó que “cabía una contraposición genérica entre obligaciones que emanan, respectivamente, de hechos ilícitos y de actos que el derecho internacional no prohíbe”, sin que quepa su asimilación jurídica. Por tanto habría que estudiarlas al margen del marco jurídico de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.<sup>102</sup>

El ámbito material del estudio está constituido por los riesgos ambientales

<sup>99</sup> *Anuario de la C.D.I.*, 1970, vol. II, pp. 332-333. Doc. A/8010, Rev. 1, pfo. 74.

<sup>100</sup> Antes de quedar configurado bajo este título, el tema recibió otras denominaciones: “Responsabilidad por riesgo”, “responsabilidad en garantía por los riesgos que entrañan determinadas actividades no prohibidas por el D.I.”, etcétera. La fórmula adoptada parece demasiado compleja y en cierto sentido contradictoria, ya que el concepto de responsabilidad implica ciertas connotaciones sancionatorias del ejercicio de competencias internacionales. Si tales competencias son ejercidas de manera lícita, se explica mal que se sancionen con una acción de responsabilidad. Quizás habría sido más claro adoptar la denominación de responsabilidad objetiva, arraigada en la teoría general y vinculada a la noción de daño que es su fundamento real.

<sup>101</sup> Informe del grupo de trabajo A/CN. (L. 284, y Crr. 1, *Anuario de la CDI*, 1978, vol. II, 2ª parte, p. 147).

<sup>102</sup> Informe preliminar, A/CN. 334 p. 2.

causados por la actividad humana, acrecentados por las posibilidades modernas en la industria y la tecnología. Esta delimitación viene un tanto forzada por otros esfuerzos internacionales sobre estas materias, que en cierta medida han evidenciado las lagunas jurídicas que existían. En este sentido, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio humano y el Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente han previsto regímenes convencionales de carácter universal, en relación con los objetos espaciales y la utilización de la energía atómica con fines pacíficos. Asimismo en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, se examinaron cuestiones de conservación de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, donde las exigencias de garantía del medio llegaban a establecer una responsabilidad por daños. Un ejemplo también actual son los problemas regionales y las consecuencias de actividades sobre zonas transfronterizas.<sup>108</sup> La insistencia de la Asamblea General en incluir el tema en la agenda de trabajo de la Comisión, trasluce la inquietud de los gobiernos ante un problema sin duda delicado, nuevo y de urgencia indudable.

En este esfuerzo de racionalización de la práctica internacional y de encuadrar jurídicamente las consecuencias de determinadas actividades de los Estados, se da una tensión de intereses. Juegan en esta materia la idea de solidaridad e interdependencia social, frente a los intereses individuales. Se trata de encontrar el equilibrio entre progreso y defensa de la humanidad. Y en esta búsqueda puede quedar afectada la soberanía de los Estados, precisamente por el carácter funcional que a ella se le atribuye en el derecho internacional actual. Las competencias estatales están asentadas sobre la plenitud de jurisdicción, pero este carácter absoluto impone que la soberanía sea entendida como función que garantice los derechos de otros Estados. Los Estados, en virtud de las obligaciones de comportamiento y vigilancia sobre su propio territorio, han de procurar "la debida diligencia" sobre las actividades propias o bajo su control, incluso sobre las privadas y las posibles consecuencias transfronterizas. Se trata de una ponderación de intereses individuales y colectivos, del juego de una soberanía estatal y de la necesaria coordinación con otras soberanías.

Ahora bien, podríamos decir que esta *mélange* jurídico-social que sirve de fundamentación a esta exigencia de reparar un daño por el daño mismo, requiere, en derecho internacional, estudio, análisis de la práctica, rigor en el tratamiento de las consecuencias jurídicas, pues se trata de límites nuevos a la soberanía de los Estados y nacidos de la evolución del derecho internacional. Pero esta exigencia es correlativa de otra que constituye un pilar fundamental del orden internacional: las limitaciones a la soberanía estatal no se presumen. Por

<sup>108</sup> En Europa la conservación del medio ambiente ha sido objeto de reuniones al más alto nivel. El esbozo de un régimen de responsabilidad convencional era tema prohibido en los trabajos. Asimismo la convención sobre contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias excluye expresamente la responsabilidad de los Estados por los daños causados.

tanto el esfuerzo tiene que partir de los convenios e instrumentos jurídicos que la existen sobre la materia, adoptados por los Estados.

La práctica de los Estados consiste actualmente en establecer regímenes convencionales bastante parcos en materia de responsabilidad, pero en los cuales se establecen consecuencias objetivas por los riesgos. El contenido de estos regímenes es absolutamente diverso, adaptándose a las necesidades del sector de actividad que se propone reglamentar. Su característica principal es la adopción de una responsabilidad absoluta, esto es, que nace del hecho mismo de haberse producido el daño, sin referencia a la cualidad o calidad de la acción de la que nace. La absolutez hace referencia también a la no atenuación, ni exoneración de la obligación de reparar, que se constituyen en norma primaria del derecho internacional. Sólo cabe hablar, como más adelante veremos, de una limitación en el monto concreto de la reparación material. En el derecho internacional no existen precedentes en este sentido, ni en la práctica (estatal o jurisprudencial) internacional. Las obligaciones concomitantes que tienen los Estados para con los demás Estados, debido al uso que hacen de su medio físico, no solían cobrar vigencia práctica, salvo o a lo largo de fronteras internacionales y en la utilización de las aguas del mar para la navegación.

En otro sentido, rara vez los procesos industriales tenían una magnitud que permitieran causar devastaciones más allá de las fronteras nacionales. En términos generales, ni el alta mar ni el espacio extraatmosférico eran afectados. Su proceso de renovación venía de sí mismo y los daños irreversibles respecto a bienes propios o comunes no constituían evidencias inapelables.

En un recorrido por la doctrina se pone de relieve la carencia de precedentes en estas materias. Sólo se cita, como lugar común, el asunto de las explosiones nucleares hechas por Estados Unidos sobre las islas Marshall en 1954, a consecuencia de las cuales se causaron perjuicios graves a pescadores japoneses. Estos obtuvieron de Estados Unidos una indemnización *ex gratia* —bien señalada con este carácter de discrecionalidad—, mediante la cual se zanjaban la totalidad de las reclamaciones pendientes entre las partes. Respecto a la jurisprudencia cita obligada es el asunto Estados Unidos y Canadá dirimida por una sentencia arbitral, en el asunto Trail Smelter, por humos nocivos transfronterizos, en el cual el tribunal precisó que se trataba de una aplicación de *riesgo étatif*, basado sobre la idea de soberanía y no sobre el concepto riesgo fundado en un daño cierto y creado.<sup>104</sup> Con posterioridad hay asuntos resueltos judicialmente que afrontan esta problemática, pero sin perfilar sus contornos, y siempre con la vinculación a la soberanía del Estado. En este sentido es importante resaltar, como lo hizo el ponente especial, que el derecho internacional actual conoce una norma general primaria, que se expresa en el derecho a ejercer los propios dere-

<sup>104</sup> En este sentido es ilustrativo el estudio de ambos asuntos realizados por Bollecker-Stern, B., *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París, Ed. Pèdone, 1973, pp. 11 y ss.

chos sin lesionar *los intereses de otros* sujetos de derecho. Dicho principio queda recogido en la Carta de las Naciones Unidas y expresamente en el principio de buena vecindad recogido en la Declaración de Banduhg. Por otra parte, la jurisprudencia internacional lo ha reformulado y mantenido en distintos contextos, como es la expresión del juez Max Huber en el asunto de la isla de Palmas, cuando se afirmaba de que

no es posible exaltar la soberanía hasta el punto de excluir las actividades de otros Estados, pues es ella la que sirve para repartir entre las naciones el espacio sobre el que se desenvuelven las actividades humanas, a fin de asegurar en todos los lugares el mínimo de protección que el derecho internacional debe garantizar.<sup>105</sup>

Otra sentencia arbitral, también oportuna al respecto, es la dictada en el asunto del lago Lanós, en la que el laudo precisaba cómo los Estados que realicen una actividad que pueda causar consecuencias perjudiciales de ámbito transnacional tomarán razonablemente en consideración los intereses y deseos de otros Estados que puedan resultar afectados. La contribución a una liquidación justa, eficiente y amistosa de toda responsabilidad en la que se halla incurrido, tiene su base en la equidad y en esta obligación primaria internacional.<sup>106</sup>

También en el TIJ hay razonamientos que permiten apoyar la existencia de esta regla primaria internacional, que está articulada por la soberanía, pero consecuente con su carácter absoluto. Así, tanto en Corfú como en Mururoa se hace referencia implícita a dicho principio. En Corfú, el Tribunal se refiere a la "obligación que incumbe a todo Estado de no permitir concientemente que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados".

Pese a estas referencias teóricas obligadas, es realmente escaso el apoyo de la práctica internacional. Esta situación se contrarresta con los esfuerzos convencionales sobre aspectos concretos, que configuran una responsabilidad por riesgo y por el gran predicamento que entre amplios sectores de la doctrina está recibiendo el análisis de esta problemática. El esfuerzo documentado de la CDI nos servirá de apoyo para articular modestamente una perspectiva de sistematización y conceptualización jurídica del fenómeno de la responsabilidad por daños y de la obligación de reparar en el derecho internacional.

*Conceptualización global de esta forma hipotética de responsabilidad internacional (Estados y organizaciones internacionales)*

#### *a. Concepto y naturaleza de la responsabilidad objetiva por daños*

<sup>105</sup> Island of Palmas case: Sent. Arbitral, Max Huber, del 4 de abril de 1928. *Reports of international Arbitral Awards*, vol. II, p. 839.

<sup>106</sup> N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, 1959, p. 308.

Son escasos los supuestos que se han dado en la práctica internacional sobre reparaciones fundadas sobre daños por actividades lícitas. Y asimismo son relativamente recientes las construcciones doctrinales al respecto.<sup>107</sup> Por ello definir dogmáticamente este nuevo tipo de responsabilidad internacional es una aventura arriesgada. Sin embargo, representa un desafío, aunque sólo estamos en condiciones de intentar una aproximación descriptiva, en cierta medida paralela a la evolución de las exigencias sociales, y en relación con las posibles implicaciones jurídicas que la ampliación de un campo de responsabilidad en el derecho internacional pueda plantear.

La responsabilidad objetiva por daños supone una forma nueva derivada de las consecuencias que determinadas actividades lícitas de los sujetos internacionales puedan originar. La obligación de reparar se configura en este supuesto como una obligación primaria de todo sujeto con capacidad para realizar tales actividades que potencialmente pueden ser perjudiciales. Pese a su importancia la reparación como elemento de este tipo de responsabilidad no constituye su fundamento. El elemento que desencadena la acción de responsabilidad es el daño, hasta ahora considerado como subsidiario en la teoría de la responsabilidad internacional de los Estados. Es, pues, la objetividad de unos hechos, constatables y ciertos y no la violación de una obligación jurídica, la que determina una responsabilidad y por tanto la reparación.

Al derivarse la responsabilidad de circunstancias objetivas o de la inminencia cierta de un riesgo excepcional, la doctrina viene denominando a tales supuestos de manera un tanto confusa. Incluso en los convenios, que recogen tal posibilidad, este tipo de responsabilidad se fija con distintas expresiones. Así se utiliza la expresión de responsabilidad por *riesgo*, englobando en dicha expresión tanto el daño cierto y materializado, como los riesgos excepcionales y casi mecánicos que tales actividades pueden de seguro producir. Hay autores que la denominan "responsabilidad absoluta", sin precisar que tal carácter lo recibe del hecho de producirse un daño, aunque luego no sea así, cuando se refiere al contenido concreto de la reparación. Además, este concepto se confunde con alguna de las formas que han sido recogidas en el proyecto de la responsabilidad de los Estados, sobre los hechos ilícitos que afectan a obligaciones internacionales esenciales (artículo 19 del proyecto de la CDI).

Por último, la denominación adoptada por la Comisión, que encabeza defi-

<sup>107</sup> Entre las aportaciones generales más recientes pueden verse: Abel, Hamid, M., *Les perspectives d'une responsabilité sans acte illicite*, París, 1964; Cahier, Ph., *Le problème de...*, *op. cit.*, p. 409; Daudet, Y., "Travaux de la Commission du D.I.", *AFDI*, 1976, p. 397; Marín López, A., *Aspectos actuales de la responsabilidad internacional*, Madrid, H. a Miaja de la Muela, t. II, 1979, p. 815. Kelson, J., *State responsibility and the abnormally dangerous activity*, 1972; Goldie, L. F. E., "Liability for damage and the progressive development of international law", *I. and C.L.Q.*, vol. 14, 1965, p. 1189. Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des états pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, 1976.

nitivamente los trabajos y el informe preliminar sobre el tema, constituye más una descripción de los elementos que componen este tipo de responsabilidad que una conceptualización de dicha categoría jurídica.

En otro orden de cuestiones, la responsabilidad objetiva por daños amplía la relación jurídica hacia todos los sujetos internacionales con capacidad para desarrollar las actividades que actualmente implican riesgos excepcionales. Por tanto, la relación de responsabilidad puede ser no sólo interestatal, sino que puede plantearse con respecto a aquellas organizaciones internacionales con competencias en materias de esta índole. Incluso cabría una ampliación mayor de esta relación de alteridad, que ha sido evidenciada por la Comisión de Derecho Internacional: "de telles relations peuvent intervenir entre le dit État et l'État lésé dans ses propres droits, ou aussi entre l'État responsable et d'autres sujets du Droit international, voir peut-être avec le Communauté internationale dans son ensemble".<sup>108</sup> El hecho de que la Comunidad Internacional se pueda ver afectada material y, por tanto, jurídicamente, es debido a la propia naturaleza, grave y excepcional, del daño. Las consecuencias de muchas de las actividades reguladas convencionalmente son imprevisibles, incluso para la supervivencia del género humano y para la normalidad genética de la propia humanidad. El alcance y la repercusión social del daño justifican la ampliación del concepto de "interés en la acción", propio de una concepción individualista de las relaciones jurídicas.

Esta socialización del interés legal o jurídico, ante daños que pueden ser generalizados a la humanidad. En estos supuestos la finalidad de la reparación parece doble: por una parte, como afirma Bollecker-Stern, como finalidad general constituiría "une tentative de rétablissement de l'équilibre juridique prévu et voulu par le Droit international"; y desde esta perspectiva la mera reparación civil podría resultar insuficiente y se exigiría conectar esta materia con ciertas implicaciones penales. Por otra parte y en términos de relación jurídica entre dos sujetos internacionales individualizados, constituye, "l'ensemble des mesures tendant à rétablir, soit en nature, soit par équivalent, la situation qui existerait si certains événements dommageables ne s'étaient pas produits"<sup>109</sup> En este segundo sentido nos encontramos ante una acción de responsabilidad civil, en el cual la reparación es material o de efecto equivalente.

Desde una vertiente individualista o desde una vertiente social la reparación, tal como aparece en derecho internacional positivo, es el restablecimiento de un equilibrio de intereses, porque el momento la intencionalidad punitiva de un régimen de responsabilidad no existe respecto de los Estados.

Ahora bien, que la naturaleza de la responsabilidad internacional sea de reparación civil y en estos nuevos supuestos así se configura, no resta valor al dato

<sup>108</sup> *Anuario de la CDI*, 1970-II, párrafo 73, p. 328.

<sup>109</sup> Bollecker-Stern, B., *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París, 1973, p. 10.

de que en la actualidad, con arreglo a derecho internacional convencional y con arreglo a un derecho internacional *soft-law*, la obligación de reparación puede nacer de supuestos distintos del ilícito. Con ello no se hace sino recorrer caminos ya andados por otros ordenamientos jurídicos, que se han ido integrando en función de sus propios factores de evolución sociopolítica.

No obstante, es preciso puntualizar una posible contradicción entre la caracterización de este tipo de responsabilidad como civil y aquella otra que podría nacer de conductas ilícitas de los Estados, pero ambas referidas a un mismo objeto: el medio humano.

Todos los supuestos convencionales que contemplan actualmente normas de responsabilidad objetiva por daños tienen al menos tres rasgos en común: 1) se trata de referir la hipotética responsabilidad a cómo los Estados utilizan o disponen la utilización de su medio físico, o de zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado; 2) se trata de las consecuencias nocivas que esa utilización u ordenación puede acarrear a los intereses de otros Estados fuera de la jurisdicción nacional; 3) en tercer lugar, tales consecuencias son perjudiciales y la responsabilidad a que dan lugar puede derivarse de actos no prohibidos por el derecho internacional. Estos tres rasgos pueden a su vez sintetizarse en dos cuestiones importantes: el contexto específico es el riesgo ambiental y del medio humano, que puede sufrir alteraciones excepcionales y graves; y la soberanía del Estado es la que justifica dichas actividades, que entran dentro de sus competencias.

Pues bien, esto parece chocar con el párrafo 3 del artículo 19 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. En este proyecto se entiende que la "salvaguardia y protección del medio humano constituye una obligación esencial del D.I., cuya violación entraña un *crimen del Estado*". Las consecuencias de las afectaciones al medio humano serían de tipo penal y desde luego alejadas de una responsabilidad civil de mera reparación. Parece, pues, como si sobre un mismo objeto se proyectaran contradiciéndose dos sistemas de responsabilidad internacional de naturaleza, efectos y régimen jurídico diferentes.

En este sentido, es oportuno reseñar cómo, en la Tercera Conferencia del Derecho del Mar, las actividades que entrañen contaminación, polución y desnaturalización del medio marino, no son contempladas como actividades propias de las competencias estatales, sino como actos ilícitos. El texto oficioso de la Conferencia establece, en función de ello, un régimen específico de responsabilidad que va más allá de la mera reparación compensadora.<sup>110</sup>

La doctrina ha sido sensible ya a esta posible contradicción y Dupuy apunta en un trabajo reciente: "le dommage à l'environnement est décidément l'objet des sollicitations contradictoires, puisqu'il est à la fois réfuté par les unes entraîner

<sup>110</sup> Véase el texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2, (A/IDNP. 62/W.P. 10/Rev. 1) de la Tercera Conferencia de las N.U. sobre el Derecho del Mar. Artículo 235 de la sección 9: Responsabilidades y obligaciones.

une responsabilité objective (c'est-à-dire sans manquement au droit, alors qu'il rentre pour la Commission dans la catégorie des faits les plus éminemment illicites".<sup>111</sup> Quizás la explicación de esta situación sea la falta de una auténtica convicción jurídica sobre la excepcional importancia del medio humano (que justificaría las críticas que en su momento se hicieron a la Comisión por el contenido de este párrafo 3º del artículo 19). Quizás la explicación pueda estar en el grado de afectación de las soberanías estatales por las consecuencias de actividades que, aun siendo permitidas por el derecho internacional, sin embargo se pretende sean sancionadas.

Y es que el concepto de "soberanía estatal" plantea en esta materia una especial dialéctica, cuya síntesis está en el grado de integración social de la comunidad internacional, que impone obligaciones de comportamiento exigentes para garantizar un interés socializado. En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio humano en su principio 21 queda recogida esta tensión cuando dispone:

De conformidad con la Carta de las N.U., con los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el *derecho* soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y tienen la *obligación* de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.<sup>112</sup>

La soberanía estatal es un principio constitucional del derecho internacional y en cuanto tal condiciona la creación de las normas internacionales y su aplicación. La independencia y la plenitud de jurisdicción son los dos vectores que encuadran las cuestiones de competencia doméstica de los Estados.<sup>113</sup> Pero la primacía del derecho internacional es un límite jurídico al poder del Estado, que se manifiesta en un plano general en el sometimiento a las obligaciones internacionales, como afirmó el tribunal arbitral en el asunto del lago Lanós en 1957: "la soberanía territorial juega al modo de presunción. Debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea la fuente de que deriven, pero sólo ante ellas".<sup>114</sup>

A este respecto cabría preguntarse qué alcance tiene esta afirmación y si existen en derecho internacional un principio que imponga obligaciones primarias al Estado por un perjuicio causado grave y excepcional al margen de su conducta concreta.

Según algunos autores existe un principio general del derecho que fundamenta la obligación de reparar todo perjuicio causado. Cahier, por ejemplo y

<sup>111</sup> Dupuy, J. P., *Observations sur le crimen...*, *op. cit.*, 1980/22, p. 457.

<sup>112</sup> Informe de la Conf. de N. U. sobre el Medio humano, primera parte, cap. I.

<sup>113</sup> Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía...*, *op. cit.*, 2ª ed. Madrid, 1976, pp. 78 y ss.

<sup>114</sup> Court Permanent de Justice Internationale: *Affairs Lotus Serie A.*, núm. 10, p. 18.

con apoyo en Jenks, Scelle, Kelson, etcétera, defiende que en derecho internacional existe la obligación de reparar un perjuicio o un daño, porque constituye una obligación primaria basada en un principio general y subyacente a todo sistema jurídico en cuanto tal. Esta afirmación encuentra apoyo en la jurisprudencia internacional y una abundante práctica internacional cifrada en negociaciones intergubernamentales en esferas jurídicas diferentes. Los Estados, una vez que ha sido probado un daño real, no niegan en la práctica la obligación de reparar, la negocian. En ello ve este autor la evolución del derecho internacional hacia una responsabilidad objetiva que evita, en base a la equidad, que la carga de la prueba la tenga que aportar la víctima.<sup>115</sup>

Reuter afirma, por el contrario, que la única base jurídica posible para establecer un régimen jurídico de responsabilidad objetiva por daños, es la base convencional, si bien de *lege ferenda* apunta cómo las obligaciones sancionadas pueden corresponder no solamente a reglas precisas y bien conocidas, sino también a reglas de comportamiento, a directrices cuyo contenido no está plenamente determinado, sino en el contexto concreto de la puesta en práctica de la responsabilidad.<sup>116</sup>

Ahora bien, el mismo significado jurídico de la soberanía en derecho internacional puede aportar la base para esta clase de responsabilidad. La soberanía, en cuanto excluyente de cualquier otro poder exterior, comporta el deber y la obligación de comportamiento y vigilancia de su territorio y de las actividades que en él se realicen. El derecho internacional impone obligaciones jurídicas al Estado en virtud de esa plenitud territorial. Del resultado de sus actividades competenciales y de aquellas realizadas bajo su jurisdicción, responde como una función que emana de sus poderes. Ciertamente, el derecho internacional impone a los Estados soberanos obligaciones de comportamiento y vigilancia y no de resultado, como ya lo expusiera el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del estrecho de Corfú, pero la evolución del derecho internacional en la reglamentación de esferas nuevas —como la del medio humano— puede imponer obligaciones, en función del carácter excepcional de la materia para los demás Estados o para el conjunto de la sociedad internacional.

En estos supuestos no es el interés o derecho subjetivo de otros Estados lo que exige la limitación de la soberanía en equilibrio con otras soberanías y con el derecho internacional, sino que es la noción más amplia de *préjudice juridique*. En las reglamentaciones de la responsabilidad sobre el medio humano hay presentes dos tipos de intereses protegidos. Por una parte el daño a indemnizar a otro sujeto internacional evidencia un *interés legal* de parte. Tal deber garantiza la soberanía y la igualdad de todos los Estados. Pero asimismo en toda la protección jurídica del medio ambiente humano existe una garantía del

<sup>115</sup> Citado por Cahier, Ph., "Le problème de la responsabilité pour risque en Droit International", *International relations in a changing World*, Ginebra, 1977, pp. 427-428.

<sup>116</sup> Reuter, P., *Droit International public*, *op. cit.*, p. 145.

orden jurídico internacional que posibilita una acción de responsabilidad por todos aquellos con *interés jurídico*. Así, el daño como posible elemento de una responsabilidad internacional actual cumple dos funciones complementarias en amplios sectores de lo que hoy pudiera llamarse un derecho internacional de contenido social: garantiza la soberanía y la igualdad de los Estados, a la vez que garantiza el orden jurídico internacional al establecer deberes hacia la comunidad internacional.<sup>117</sup>

La cuestión de una responsabilidad objetiva por daños adquiere una importancia singular por el ámbito de materias, sobre las que hoy se proyectan. La cuestión de la responsabilidad objetiva por daños se asienta sobre una ponderación de intereses antagónicos: competencia/actividades reglamentadas de forma precisa y en su caso compensaciones equitativas; el respeto de la libertad de acción de los Estados, y garantías compensatorias en base a la equidad para los otros sujetos internacionales.

En orden a la elaboración de un régimen de responsabilidad/reparación, es preciso conciliar los planteamientos teóricos con las prácticas para no desvirtuar los datos que de derecho positivo convencional ya existen en cada contexto sobre materias específicas.

La dificultad de una codificación de esta índole estriba en que este tipo de responsabilidad sólo dimana del derecho convencional. No muestra ninguna base en el derecho consuetudinario a los principios generales y, dado que versa sobre excepciones y no sobre normas generales, no puede hacerse extensiva a esferas no comprendidas en instrumentos concretos.<sup>118</sup>

Quizás los aspectos más problemáticos de esta cuestión sean la conceptualización y caracterización y la fijación de las consecuencias jurídicas a que pudiera dar lugar. Asimismo los medios de arreglo y las vías judiciales competentes para determinar la reparación y su montante son cuestiones que requieren una gran dosis de imaginación y realismo político.

#### b. *El daño como elemento determinante de la responsabilidad objetiva*

La teoría clásica de la responsabilidad internacional no consideraba al daño como uno de sus elementos, sino como una consecuencia del delito internacional.<sup>119</sup> Sin embargo, en la responsabilidad objetiva constituye el fundamento de

<sup>117</sup> Vid Bollecker-Stern, B., *Le préjudice dans la théorie...*, op. cit., p. 21. Esta tesis encuentra asimismo apoyo en conceptos de interdependencia internacional, como en P. Reuter, en su artículo en el Homenaje al P. Miaja de la Muela: "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", tomo II, Madrid, 1979, p. 840.

<sup>118</sup> Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Last third of a Century". *RECADI*, 1978-I, vol. 159, p. 273.

<sup>119</sup> *Anuario de la CDI*, 2º informe de R. Ago, 1970-II, p. 208.

la obligación de reparar. Según Reuter, de cuantas transformaciones afectan hoy a la responsabilidad internacional, la consideración esencial de daño como elemento esencial es quizás la más profunda de todas.<sup>120</sup> Su importancia es tal —añade— que puede considerarse la causa de una división de la teoría de la responsabilidad en dos ramas.

El daño se constituye en elemento objetivo de responsabilidad y de la obligación primaria de reparar todo perjuicio causado. Descarta la teoría de la culpa y asienta una acción de responsabilidad por sí mismo y por sus características. Pero ello no quiere decir que, en la responsabilidad objetiva, el daño tenga una entidad específica, sino —como en toda la teoría de la responsabilidad internacional— es una categoría jurídica única, aunque de naturaleza variable. Como variable, su importancia habrá de determinarse casuísticamente.

Para algunos autores, cuando existe daño se está próximo al hecho ilícito. Aún sin poderse excluir elementos ilícitos próximos, éstos no serían los determinantes de esta acción de responsabilidad, sino elementos de otro tipo de responsabilidad *iuris tantum*. En los supuestos de responsabilidad objetiva por daños, "il s'agit donc plutot d'une présomption que d'une absence de fait illicite".<sup>121</sup>

Como se puso de relieve en el informe preliminar sobre la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional,<sup>122</sup> podría considerarse como una variable que los Estados habrían de definir o cuantificar en cualquier contexto, en el que se advierta que las actividades en curso o proyectadas entrañarían un peligro transnacional considerable. Una definición presenta serias dificultades, incluso desde una perspectiva meramente teórica. En algunos intentos doctrinales el daño viene configurado más por su importancia que por el tipo de actividad. Así, por ejemplo, Jenks lo define en relación a perturbaciones del medio físico y biológico y en relación a la naturaleza grave e irreparable de tales alteraciones y precisa:

Ultra-hazardous activities comprise all activities which involve a risk of serious harm on a international scale which cannot be eliminated by the exercise of the utmost care; subject to any exception accepted by common usage as not involving such a risk they include all activities which involve or may occasion a substantial change in the natural environment of the earth or another State, significant pollution of air or water, the release of nuclear or other sources of energy liable to scape from human control, disturbance of equilibrium of geophysical forces and pressures, the modification of biological processes, the creation of automata a major error of which may be irreparable, and impact damage from such sources as aircraft in flight and space craft.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Reuter, P., "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale" *H. a Miaja de la Muela, A.*, tomo II, Madrid 1979, p. 838.

<sup>121</sup> Reuter, P., *op. cit.*, p. 239.

<sup>122</sup> *Anuario de la CDI, 1978-II, 2ª parte*, p. 8, párrafo 21.

<sup>123</sup> Jenks, W., "Liability for ultra-hazardous activities in I.L.", *RECADI, 1966-II*, vol. 117, p. 195.

Las dificultades de precisar un concepto jurídico de daño se suman a los rasgos de descentralización propios del orden internacional. Ello obliga a cuestionarse sobre qué daños son posibles de indemnizar dentro del sistema jurídico internacional, ya que una responsabilidad absoluta no sería viable. Para ser eficaz, y esa es la finalidad de la reparación, la causalidad ha de estar limitada y precisada.

En las aportaciones actuales de la doctrina y en los trabajos de la Comisión, se ha intentado precisar el concepto de daño objetivo por otros caracteres: su *excepcionalidad* y su efectos *transfronterizos* o *transnacionales*. Ambas cualidades son importantes para transformar al daño en elemento de responsabilidad. Si no existen componentes antijurídicos, debe ser el grado de afectación a terceros o la comunidad lo que justifique tal acción de reparación. La única justificación jurídica que puede existir para limitar la libertad de acción e incluso imponer determinadas cargas patrimoniales estaría en sobrepasar los límites jurisdiccionales del propio Estado, invadir zonas competenciales de otros Estados o afectar a zonas de aprovechamiento común. Y aún en estos supuestos las limitaciones serían las mínimas necesarias para lograr la prevención o la supresión del peligro.<sup>124</sup>

Los rasgos de excepcionalidad y transnacionalidad o transfronterizos no son sólo importantes para la determinación del momento de una reparación proporcional o equitativa, sino que son caracteres que precisan la categoría jurídica de daño, en este tipo de responsabilidad y por tanto imprescindibles para la determinación de un régimen jurídico.<sup>125</sup>

En este tipo de responsabilidad, como venimos diciendo, la obligación de reparar se asienta en la mera causalidad objetiva, pero exige la imputabilidad a un sujeto. A este respecto, el esquema general de imputabilidad es aquí aplicable. El Estado es responsable de sus propias actividades y de las ajenas e incluso de las privadas, realizadas en su territorio o bajo su control. La responsabilidad se puede producir por las actividades peligrosas del Estado, bien a través de entidades públicas o de sociedades de capital público o mixto, pero bajo su control. Esto equivale a una variabilidad de soluciones concretas en orden a la reparación y garantía, pero siempre dentro de la imputación genérica al Estado. En el marco convencional en que se está produciendo este tipo de responsabilidad, se origina una derogación de la regla general relativa a la actividad de los particulares en el sentido de que también afecta al Estado, cuando los daños (como en los supuestos previstos en los convenios atómicos) sobrepasan el montante fijado en el convenio. Su explicación está en ese rasgo determinante del daño, como es el de "riesgo excepcional".<sup>126</sup>

<sup>124</sup>C.D.I., *Informe preliminar...*, A/CN. 4/Add. 2, p. 6, de 4 de julio de 1980.

<sup>125</sup>Véase, Lévy Denis, M., "Responsabilité pour omission et responsabilité pour risque en D.I.P.", *R.G.D.I.P.*, 1961, pp. 745 y ss.

<sup>126</sup>El régimen de *diligencia debida*, aplicado a un Estado que realiza o permite que se realice una actividad que puede tener efectos perjudiciales fuera de sus fronteras,

Por otra parte, la explicación está en la noción de soberanía territorial funcional y a los niveles de "diligencia debida" y "control" que de ella derivan.

Según las circunstancias, el criterio del cuidado razonable o la diligencia debida puede exigir normas de comportamiento más rigurosas que las propias, como parte de un régimen especial de protección que comprenda garantías de resarcimiento de las posibles víctimas de todo riesgo que no se pueda eliminar por completo.<sup>127</sup>

Estas exigencias de diligencia y control constituyen obligaciones de comportamiento y no de resultado, por lo que habrá de precisarse o llenarse de un contenido nuevo, que justifique cómo se puede derivar de una obligación ejercida de manera presumiblemente lícita y jurídicamente un efecto de reparación a veces de carácter absoluto.

A este respecto existen ya, por vía convencional, dos principios que pueden servir para un régimen básico de responsabilidad objetiva por daños. En primer lugar, en la configuración del régimen jurídico y en la determinación de la responsabilidad del Estado, el grado de diligencia exigido guardará proporción con la naturaleza del daño o del peligro. En segundo lugar, la reparación estará en relación directa con la calidad del daño, pero las garantías sólo guardarán relación con el perjuicio eventual. Éste es el sentido que tales supuestos están recibiendo en los trabajos que la Comisión de Derecho Internacional ha iniciado, en los cuales se asientan los presupuestos de un régimen básico de responsabilidad objetiva por daños.<sup>128</sup>

En este tema, la Comisión está consciente de que están presentes intereses legítimos y múltiples factores, que reclaman un enfoque especial en esta posible reglamentación jurídica. Un régimen de responsabilidad objetiva por daños que nacen de actividades lícitas de los Estados pero perjudiciales, por la misma naturaleza reglamentadora, más que de naturaleza prohibitiva. En él hay que conjugar dos exigencias legítimas: el derecho de resarcimiento de un daño y de un daño como en este caso grave, y las exigencias del desarrollo internacional y el derecho de iniciativa de los Estados.<sup>129</sup>

podría, por ejemplo, incluir la obligación de reunir y proporcionar datos, de acordar o vigilar los métodos de construcción, los procedimientos de explotación, o el control de los niveles tolerables de contaminación. Y en todo caso y pese a las precauciones podría comprender el resarcimiento a las víctimas de todo riesgo que no se pueda eliminar por completo. (Informe Preliminar A/CN. 4/334, p. 14, 32º período de sesiones, CDI, 24 de junio de 1980.)

<sup>127</sup> Un ejemplo de esta posibilidad está recogido en el convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1971.

<sup>128</sup> CDI. 32º período de sesiones. Informe preliminar Doc. A/CN. 4/334, pág. 14, de 24 de junio de 1980.

<sup>129</sup> A. G. 32º período de sesiones. Informe preliminar Doc. A/CN. 4/334, y add. 1 y add. 2, de 24, 27 de junio y 4 de julio de 1980.

Las opiniones de los Estados, al enjuiciar el documento de trabajo, eran diversas del tema (A/CN. 4/334 y Add. 1 y 2). Así había posturas de reticencia a aceptar un nexo entre medidas preventivas y responsabilidad por daños reales o posibles. Para muchos Estados, asumir las consecuencias perjudiciales de sus actos legítimos debía ir unido a la oportunidad de obtener un beneficio. Estaban más dispuestos a aceptar una responsabilidad objetiva, pero limitada en cuanto al monto, que las consecuencias de una regla tan general como la de que "quien contamina paga". Existía también un sentir general respecto a la necesidad de establecer un equilibrio de intereses en la posible reglamentación. Los riesgos potencialmente ciertos debían prevenirse y en su caso garantizar ante los daños, pero los Estados debían tener toda clase de incentivos para activar sus posibilidades de desarrollo.<sup>130</sup> En una materia que podía afectar a los niveles de desarrollo de los pueblos, debían regularse los derechos y las obligaciones, pero de modo que se redujera al mínimo la necesidad de dictar prohibiciones generales. Aducían el principio 23 de la Declaración de Estocolmo, sobre el Medio Humano que dispone:

Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevaletentes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que, si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo (A/Conf. 48/14/Rev. 1).

*c. Algunas actividades sobre las que existen regímenes jurídicos de responsabilidad por daños*

*Contaminación del medio humano y del medio ambiente*

En esta materia se reconoce de manera generalizada la necesidad de una reglamentación internacional. En los últimos años han surgido regímenes convencionales de ámbito universal, regional o subregional sobre actividades específicas, tales como la contaminación marítima y de las aguas, la contaminación extraatmosférica y la contaminación por la energía nuclear. Las soluciones jurídicas están adaptadas al medio que se regulaba. Por tanto, no existen tratamientos uniformes y generales de esta materia, ni soluciones que permitan generalizaciones. Se evidencia la existencia de una preocupación internacional y de unas exigencias de reglamentación y protección de intereses diversos. A continuación se pretende exponer someramente en qué sectores de actividades existen

<sup>130</sup> A este respecto es ilustrativo el análisis que de posibles intereses legítimos y factores diversos que inciden en el tema se hace en el *Informe preliminar a la CDI*, A/CN. 4/334, Add. 1, pp. 4-12.

reglamentaciones convencionales internacionales, que recogen algún tipo de normativa de estos nuevos aspectos de la responsabilidad objetiva por daños. Para una mayor profundización nos remitimos a la bibliografía, ciertamente abundante ya, en cada uno de estos sectores de actividades.

#### a) *Contaminación del alta mar por hidrocarburos*

Existe contaminación cuando la composición y el estado de las aguas son modificadas, directa o indirectamente, por la actividad humana, en tal medida que las aguas se prestan menos fácilmente a las utilizaciones a las que podían servir en su estado natural. La contaminación de los mares es un hecho constatable, como en ciertos supuestos es también la desnaturalización de sus posibles finalidades.

La preocupación por el tema ha conducido a los Estados, primeramente, a adoptar medidas internas aplicables en las aguas que están bajo su jurisdicción, después a concluir acuerdos sobre afectaciones a espacios comunes como el alta mar. La defensa del alta mar, sobre todo ante los vertidos voluntarios de hidrocarburos, es una obligación jurídica internacional que se sitúa ya en la Conferencia de Ginebra sobre el alta Mar de 1958 y que posteriormente ha sido reforzada en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas, que establece el deber general de "los Estados de tomar las medidas necesarias para impedir, reducir y controlar la contaminación del medio marino proveniente de cualquier fuente" (artículos 193, 194, 195 de la parte XII).<sup>131</sup>

A niveles más particulares, la inquietud por el futuro de este medio físico se evidencia desde 1954 con el Convenio de Londres, y años más tarde con el convenio internacional de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.<sup>132</sup> Este convenio es una modificación y actualización del primero ante la insuficiencia de que la competencia de prevención y actuación estuviera solamente reconocida al Estado del pabellón. Tras el accidente del "Torrey Canon", el problema de la contaminación accidental cobra toda su importancia y se evidencia la necesidad de atribuir al Estado ribereño una facultad de intervención en alta mar, tras un procedimiento de consulta con el Estado de pabellón, del que puede prescindir en casos de urgencia.<sup>133</sup> Esta característica es la que le permite intervenir para prevenir, atenuar o limitar los peligros de la contaminación.

En 1971 se firma el Convenio internacional sobre la constitución de un fon-

<sup>131</sup> Véase, Eforio, F., "Water Pollutions and Prelated Principles of international Law" *Canadien Y.C.L.* 1979, vol. 17, pp. 134 y ss.

<sup>132</sup> Kiss, Ch. A., "Réécents traités régionaux concernant la pollutions de la mer", *A.F.D.L.*, 1976, p. 720.

<sup>133</sup> Véase también Luchini, L., "A propós de l'Almoco-Cadig de lutte contre la pollution des mers: Evolution o revolution du Droit international". *A.F.D.I.*, p. 721.

do de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, donde se establece un régimen de reparación civil basado en una responsabilidad objetiva, independiente de toda idea de culpa, que recae sobre el propietario del navío.

En todas las reglamentaciones adoptadas hasta el momento el problema de la imputación está contemplado desde dos ángulos: desde el derecho internacional que regulará las implicaciones de sus sujetos y desde el plano del derecho interno que considera las actividades de los particulares. Esta doble perspectiva constituye una de las innovadoras tendencias que han estado presentes en toda la revisión del derecho del mar. Ya en 1970, cuando la Asamblea General adoptó los "principios que debían de regir el fondo de los mares y de los océanos, y su subsuelo más allá de los límites de su jurisdicción nacional", se contemplaron los problemas de responsabilidad por las actividades realizadas en la zona internacional de los fondos marinos. Tales actividades privadas podrían, según la evolución del derecho internacional, ser también imputables al Estado, como si de órganos inferiores de éste se tratase. En verdad, esto rompe con el principio consuetudinario del derecho internacional actual, según el cual el Estado no responde de las actividades de los individuos, salvo que actúen por cuenta del Estado. Pese a la vigencia de tal principio, existe todo un planteamiento nuevo, que tiende a aplicar el concepto de "solidaridad de grupo" a aquellos sectores nuevos del derecho internacional, en los cuales es evidente un interés prioritario del grupo social.

En la conferencia sobre el derecho del mar aparece también esta doble perspectiva de la responsabilidad por la desnaturalización del medio marino. Su formulación utiliza dos conceptos que se aplican diferencialmente a los particulares o a los Estados por sus actividades. Así se utilizará el término de "responsabilidad" para las obligaciones que los Estados tienen de vigilar y controlar las actividades que se realicen bajo su jurisdicción. El término *liabilité* u "obligaciones que se derivan" será aplicado a todo daño resultante de tales actividades, y que ha de ser reparado. El problema más delicado que plantean ambas fórmulas es el de no precisar claramente si los Estados responden por los daños causados por las personas físicas o jurídicas que no son sus agentes. La expresión "actividades realizadas bajo su control o jurisdicción" es muy ambigua y se presta a confusión. En principio, podría interpretarse como que el Estado responde por las actividades de los particulares, pero en los distintos preceptos aparece el inciso de que deberán atenerse a los principios del derecho internacional general, más que de sus propios actos.

En el texto oficioso para fines de negociación, la ambigüedad es la tónica general. Aparece en las actividades sobre "la zona", en las actividades sobre la zona económica y en todas las cuestiones de la polución. Tratándose de la exploración y explotación del fondo marino, el texto habla en principio de "responsabilidad" del Estado por las actividades realizadas en la zona internacional

bajo su jurisdicción o por su cuenta. Y refiere la obligación de reparar para los que ejercen las actividades *autorizadas por el Estado*.<sup>134</sup> Esta manera de tratar el problema de la responsabilidad dentro de la problemática global del derecho del mar pone de manifiesto tendencias nuevas, en las que el Estado respondería en derecho internacional incluso de los hechos de los particulares. Otras aún más novedosas son aquellas que someten incluso la responsabilidad de los Estados por sus propios actos al derecho interno, previendo incluso (convencionalmente) explícitamente que los Estados no invocarán su inmunidad ante los tribunales internos previstos en los convenios para los mecanismos de reparación.

Las distintas proposiciones que se presentaron, así como las soluciones que quedaron recogidas en dicho texto, manifiestan una tensión entre los postulados del derecho internacional clásico y las necesidades de eficacia y garantía que el conjunto de actividades en este medio llevan implícitas. Así los Estados se resisten a pagar por actividades que no son propiamente suyas y cuyos riesgos pueden ser considerables. Por otra parte, es claro que los mecanismos jurídicos y judiciales del derecho estatal están más perfeccionados que los del derecho internacional, con lo que las categorías de eficacia en la reparación están más aseguradas. Como afirma T. Treves, "los argumentos a favor de una u otra solución son sólidos. Para dar la preferencia a uno o a otro, no se podrá hacer abstracción de criterios políticos de valor".<sup>135</sup>

#### b) *Las actividades en el espacio exterior*

El espacio exterior ha sido objeto de atención del derecho internacional, desde el comienzo de las actividades sobre su exploración y explotación. Los intereses y contrapartidas estables, junto con los riesgos graves e indiscriminados que tales actividades presentaban, han ido provocando una conciencia jurídica al respecto y un equilibrio en las soluciones convencionales.

Las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1721 (XVI) y 1884 (XVII), afirmaron la sumisión de tales actividades al derecho internacional, la no apropiación de la zona y la desnuclearización. Ambas premisas vienen a establecer un interés de la comunidad internacional sobre un espacio de aprovechamiento común. La violación de tales obligaciones hace nacer una responsabilidad ante

<sup>134</sup> Véase Pontavice, E., *La réparation des dommages causés par la pollution des mers*, Institute de Hautes Études Européens, Paris, 1976/77, p. 97; Timagenis, G. C., *International control of marine pollution*, ed. Oceana, Netherlands, 1980; Treves, T. B., "La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins en Droit international", *A.F.D.I.*, 1978, pp. 872 y ss.

<sup>135</sup> T. Treves, "Les tendances récentes du Droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau Droit de la mer", *A.F.D.I.*, 1975, p. 767, en especial las pp. 772 y ss., donde son abordados los problemas que acabamos de exponer.

la comunidad internacional y frente a sujetos internacionales concretos. En ambos supuestos son los daños o riesgos graves los que han forzado la adopción de regímenes convencionales de responsabilidad objetiva. En este sentido se manifestó el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Bruselas de 1963:

El Estado, bajo cuya autoridad se ha efectuado el lanzamiento de un objeto espacial, es *responsable de los daños que resulten de ello, aun fuera de toda falta*. Las modalidades de aplicación de este principio podrían ser determinadas por convenio especial. . .

La práctica internacional ha venido perfilando jurídicamente estas actividades a través de las Naciones Unidas y a través de convenios concretos sobre la materia. Así, en la resolución 1962 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963, se proclamarían los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y explotación del espacio extraatmosférico. La reafirmación de tales principios dio lugar a convenios internacionales (27 de enero de 1969, salvamento de astronautas de 19 de diciembre de 1967). Es interesante resaltar el de 27 de marzo de 1972 (R/2777, de 29 de noviembre de 1971) sobre responsabilidad internacional por los daños causados por objetos espaciales; en él se organiza un régimen de responsabilidad objetiva, que parte de la definición del concepto de daño y en el que quedan precisados muchos de los extremos de responsabilidad estatal.<sup>136</sup>

La responsabilidad del Estado es absoluta en un doble sentido: no admite exoneraciones y responde de todas las actividades que se emprendan a partir de su territorio, reforzada por la exigencia de control, vigilancia, registro y matriculación de los objetos lanzados al espacio (artículo 2).

El daño es definido de manera amplia para evidenciar la gravedad de los efectos a las personas y a los bienes y justificar de este modo la mera exigencia de nexo causal en la obtención de la reparación. La reparación también tiene carácter absoluto, ya que alcanza a la integridad del daño. "El Estado de lanzamiento está obligado a reparar la integridad del daño, aun cuando puedan surgir dudas respecto a los daños morales o indirectos; no está previsto un techo para la reparación".<sup>137</sup>

Las actividades en este sector del espacio se pueden clasificar, siguiendo al profesor Marín López, en:

a) Contaminación por restos de aparatos espaciales o elementos biológicos (desechos orgánicos y gérmenes); b) abordaje espacial por destrucción de naves y tripulantes; c) daños ocasionados por vehículos espaciales en la superficie de

<sup>136</sup> Gutiérrez Espada, C., *La responsabilidad internacional por daños en el derecho del espacio*, Murcia, 1979.

<sup>137</sup> Cahier, Ph., *op. cit.*, p. 416. También Marín López, A., "Aspectos actuales de la responsabilidad internacional", *H. a Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, 1977, p. 815.

la Tierra; d) actividades sobre la Luna y otros cuerpos celestes. En este último ámbito de actividades está contemplada la posible responsabilidad de las organizaciones internacionales, cuando sean éstas los sujetos que las realizan. En cuanto a entes corporativos, la responsabilidad es de solidaridad mancomunada entre organización y Estados miembros con miras a que la reparación esté efectivamente garantizada en todo supuesto.

Regímenes de responsabilidad objetiva por daños aplicables a organizaciones internacionales están previstos en el convenio sobre lanzamiento y devolución de astronautas de 19 de diciembre de 1967, en el ya citado de objetos espaciales de 1972 y en el convenio de 1974 sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, de tratado sobre la Luna, de 18 de diciembre de 1980, en el cual el régimen de responsabilidad se extiende de manera analógica a las organizaciones y a los Estados.

### c) *Actividades nucleares*

Los riesgos derivados del uso de la energía atómica para fines pacíficos han hecho aparecer una obligación de reparar basada en la naturaleza catastrófica de los daños.

Existe a nivel internacional y nacional un auténtico desarrollo del derecho de la energía atómica de naturaleza específica. Pero en todas las reglamentaciones jurídicas de las actividades industriales o comerciales que utilizan el átomo hay un dato común: la existencia de regímenes jurídicos de responsabilidad basados en el daño. Con ello se intenta conjugar el desarrollo industrial de los pueblos con la defensa de los individuos, ante unos riesgos que pueden surgir, pese al mayor grado de diligencia y las mayores medidas de seguridad.

Las consecuencias que puede tener un accidente nuclear han llevado a los Estados, desde que se generaliza el uso de la energía atómica, a tomar medidas de cooperación internacional. Desde 1960 son varios los convenios multilaterales que reglamentan estas actividades y en todos ellos aparecen regímenes de responsabilidad internacional especiales.<sup>133</sup> Todos estos convenios tienen un objeto común: determinar las reglas de la responsabilidad que recaen sobre los iniciadores del riesgo nuclear. Se establecen obligaciones de reparación basadas en los daños excepcionales, de carácter objetivo y absoluto. No existen ni siquiera previsiones de una cuantificación del daño que se aminore en función del grado

<sup>133</sup> El 29 de julio de 1960 se firma en París el convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear. En 1963 se adopta un convenio complementario, al que se le une un protocolo en 1964. Bajo los auspicios de la Agencia Internacional de la Energía Atómica, el 10 de mayo de 1963 se adopta un régimen riguroso de responsabilidad para el área europea. En 1971 hay un intento de armonización de la normativa internacional del derecho nuclear y del derecho marítimo en lo relativo a la responsabilidad internacional.

de diligencia prestado en la evitación del accidente. Tampoco existe posibilidad de exoneraciones, sino únicamente en caso de que los accidentes sean consecuencias directas de conflictos armados, guerra civil, insurrección o cataclismos naturales de carácter excepcional.<sup>139</sup> Es un criterio de máxima exigencia ante la reparación, si bien en las soluciones concretas sobre la reparación se intenta conciliar los intereses del sector para que no quede onerosamente agravado, habida cuenta que el desarrollo de una nueva fuente de energía constituye una tarea de interés público.<sup>140</sup> El carácter absoluto de la responsabilidad nace de su naturaleza objetiva y de la excepcionalidad del daño. Desplaza, por tanto, cualquier tipo de prueba sobre la culpa o negligencia. Si la única requerida es la del nexo de causalidad entre accidente y daño nuclear, en los casos de daño nuclear diferido o indirecto pueden surgir dificultades que problematicen la obtención efectiva de la reparación.

Es quizás en el ámbito de la imputación de la responsabilidad donde radica la singularidad del régimen de responsabilidad objetiva en materia de actividades nucleares. Se concentra toda la responsabilidad del daño causado en una sola figura: la persona del explotante. Es lo que Dupuy denomina la *canalización* de la responsabilidad, en la que cree ver una derogación fundamental del derecho común de la responsabilidad conocido en la mayor parte de los sistemas jurídicos.<sup>141</sup>

Dos motivos principales han llevado a concentrar toda la responsabilidad sobre el explotante, lo que constituye una restricción de los derechos reconocidos a la víctima por el derecho común de la responsabilidad. Sin embargo, es conveniente evitar las dificultades y los retrasos que resultarían en los casos de posibilidad de acción en responsabilidades múltiples. Sería necesario para cubrir a todos aquellos que pudieran estar asociados al explotante, contratar seguros especiales muy onerosos e incluso no existe seguridad de poderlos obtener.<sup>142</sup>

Son, en definitiva, razones de tipo práctico y económico las que llevan a la derogación del derecho común sobre la materia de responsabilidad. Razones prácticas dobles: eficacia en la obtención de un resarcimiento y la protección económica que un sector, como el de la energía atómica, reclama en orden a la utilidad pública. Por ello incluso interviene el poder público, que es quien con arreglo al derecho interno va a determinar quién es el destinatario de la regla de "canalización".

Razones asimismo económicas son las que establecen una responsabilidad objetiva y absoluta, pero limitada, en cuanto a los montos de la reparación. En

<sup>139</sup> Art. 6, París, art. II, 5 de Viena, art. 2, 5 de Bruselas.

<sup>140</sup> Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industriel*, París, 1976, p. 112.

<sup>141</sup> Dupuy, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

<sup>142</sup> Exposición de motivos del Convenio de París.

todos los convenios transcritos en páginas anteriores existe un techo y en la práctica internacional los aseguradores han constituido *pools* internacionales de seguro y reaseguro.

Los mecanismos de la puesta en práctica de estos regímenes están bastante armonizados entre los diferentes convenios. Existe también una tendencia en los derechos internos para la uniformidad en las soluciones<sup>143</sup> y para la reglamentación de las explotaciones de plantas atómicas, de tierra o buques de propulsión nuclear por sujetos de derecho público o de derecho privado, pero bajo su jurisdicción.

Es también significativo cómo, a medida que se avanza en el perfeccionamiento de este derecho internacional de la energía atómica y de los regímenes jurídicos de responsabilidad, surge, junto a los intereses individuales de las víctimas y los intereses del sector económico, un interés del conjunto de la comunidad internacional ante las consecuencias generalizadas de un accidente excepcional. En este sentido hay que recordar cómo en el litigio entre Australia y Nueva Zelanda frente a Francia, planteado ante el Tribunal Internacional de Justicia por las explosiones nucleares francesas, los Estados demandantes no se apoyaron en obligaciones convencionales, sino en el hecho de que tales actividades creaban riesgos excepcionales y objetivos para la comunidad internacional en su conjunto y, en consecuencia, la responsabilidad que de ello derivaba debía ser igualmente objetiva.<sup>144</sup>

### Conclusiones

Los distintos aspectos sobre la responsabilidad internacional aquí abordados no admiten una reducción valorativa. Hemos abordado distintas cuestiones no asimilables por naturaleza, ni por el grado de tratamiento jurídico y práctico que reciben en el derecho internacional actual. Pero los diversos aspectos de la institución de la responsabilidad internacional evidencian, a través de sus incidencias jurídicas actuales, un desbordamiento de la institución clásica, de sus perfiles tradicionales y de la inadecuación de la reglamentación jurídica existente. Se ha forzado en exceso un paralelismo con la dogmática jurídica de los derechos internos y con el tratamiento de sus soluciones. El medio sobre el cual se proyectaba tal trasvase no se adecuaba a ello, como lo ha evidenciado su propia evolución y transformación.

En una perspectiva actual, era absolutamente necesaria la labor de la Comisión de Derecho Internacional, codificando aquellas reglas relativas a los Estados, que más elaboración y aceptación tenían ya. Pero igual de útil ha sido la

<sup>143</sup> Dupuy, P. M., *op. cit.*, pp. 118 y ss.

<sup>144</sup> Sur, Serge, "Les Affaires des essais nucléaires devant la C.I.J." *RGDIP*, 1975/4, p. 972; Dupuy, P. M., *L'Affaire des essais nucléaires françaises et le contentieux de la responsabilité internationale publique*, G. Yearbook International Law, 1977, p. 393.

toma de conciencia de que los problemas no acababan con un proyecto de artículos al respecto, sino que ahí justamente comenzaban. Había que plantearse un tratamiento de la responsabilidad de otros sujetos internacionales en sí mismos y no por referencia a los Estados, como había de plantearse la necesidad de otras posibles formas de responsabilidad que el grado de desarrollo de la sociedad internacional venía evidenciando. Para ello existe ya práctica internacional (convencional) suficiente, por la que se progresa en el perfeccionamiento jurídico internacional.

En este sentido, respecto a la responsabilidad internacional objetiva cabe constatar su necesidad en su amplio espectro de actividades internacionales. Sobre todo está la necesidad de una elaboración de las reglas primarias de responsabilidad. Los regímenes de reparación se concretarán en función de las especificidades de cada sector y de la naturaleza de los daños a que pudieran dar lugar.

A partir de los datos analizados se puede observar cómo la responsabilidad objetiva tiene una dimensión individual y una dimensión social. Tiende a afirmarse como una responsabilidad de los Estados y de las organizaciones internacionales frente a la comunidad internacional. Y es que, a medida que el derecho internacional evoluciona y se perfecciona, se establece un equilibrio entre lo irreductible de la soberanía estatal y los intereses de la comunidad internacional. En este sentido la institución de la responsabilidad internacional es un catalizador del grado de integración social internacional.

Ma. Luisa ESPADA RAMOS

## INDICE DE ABREVIATURAS

A.F.D.I. . . . .	Annuaire Français de Droit International
A.J.I.L. . . . .	American Journal International Law
C.D.I. . . . .	Comisión de Derecho Internacional
E.F.I. . . . .	Escuela de Funcionarios Internacionales
I.C.L.Q. . . . .	International Comparative Law Quarterly
R.E.C.A.D.I. . . . .	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
R.E.D.I. . . . .	Revista Española de Derecho Internacional
R.G.D.I.P. . . . .	Revue Générale de Droit International Public
T.I.J. . . . .	Tribunal Internacional de Justicia
T.P.J.I. . . . .	Tribunal Permanente de Justicia Internacional