



Ministerio de Relaciones Exteriores
República Dominicana



COLECCIÓN PENSAMIENTO INTERNACIONAL

Nº6

**Responsabilidad internacional de los estados,
derivada de actos lícitos e ilícitos**

Giovanni Manuel Báez Auffant

Dirección de Investigación e Innovación
(INESDYC)

Dirección de Estudios y Análisis Estratégicos
(MIREX)

COLECCIÓN PENSAMIENTO INTERNACIONAL No.6

Responsabilidad internacional de los Estados derivados de actos lícitos e ilícitos

Giovanni Manuel Báez Auffant

ISBN: 978-9945-623-11-6

Dirección de Estudios y Análisis Estratégicos (MIREX)

Anselmo Muñiz

Director

Dirección de Investigación e Innovación (INESDYC)

Milagros Nanita-Kennett

Directora

COMITÉ DE PUBLICACIONES DEL INESDYC

Embajador José Rafael Espaillat

Rector

Embajadora Alejandra Liriano

Vicerrectora académica

Arq. Milagros Nanita-Kennett

Directora de Investigación e Innovación

Ing. Rafael Martí

Encargado del Departamento de Planificación y Evaluación Institucional

Dr. Enrique Soldevilla Enríquez

Encargado de la División de Desarrollo de Material Intelectual

Cuidado de la edición: Enrique Soldevilla Enríquez

Diseño de cubierta: Yadira Paredes

República Dominicana, 2023

Responsabilidad internacional de los Estados derivados de actos lícitos e ilícitos

Giovanni M. Báez Auffant¹

Introducción

El siglo XX es catalogado como un período de extraordinarias dinámicas comerciales, tecnológicas y de profundas transformaciones en la comunidad internacional, trayendo consigo nuevos retos en materia de seguridad, medio ambiente y protección de los ciudadanos, retos que en el marco del Derecho Internacional Público implicaron el desarrollo de un importante *corpus* de doctrinas y jurisprudencia, entre ellas la denominada *Responsabilidad Internacional de los Estados*, que desde la década de 1920 ha sido objeto de estudio sistematizado y que hoy prevalece con vertientes amplias en el tema de medio ambiente y *jus cogens*.

En términos generales, el concepto de *responsabilidad internacional* se aplica en materia arbitral desde los inicios del siglo XX, basando su razón de ser en los principios de orden público mundial, el estado de derecho y la dignidad humana, lo que se traduce en equilibrar los daños a personas y a Estados con una cesión de actos, los nocivos y reparación, como lo atestigua la diversa jurisprudencia, que varía desde temas comerciales, de medio ambiente, responsabilidad transfronteriza y *jus cogens*.

Antecedentes del concepto y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

Las primeras conceptualizaciones que nos aproximan a la responsabilidad internacional se localizan en el trabajo desarrollado por el Instituto de Derecho Internacional que en 1927 acuñó la siguiente definición: “El Estado es responsable de los daños que causa a los extranjeros por toda acción u omisión contrarias a sus obligaciones internacionales, cualquiera que sea el órgano del Estado del cual proceda el acto: constituyente, legislativo, gubernativo o judicial” (Rousseau, 1966, pág. 353).

Dicha definición vincula su génesis específicamente con el caso España vs Reino Unido (1925), en el cual se plantean reclamaciones en nombre de los súbditos británicos y personas protegidas que habían sufrido pérdidas o lesiones en la zona española de Marruecos entre 1913 y 1921 durante la guerra del Rif. En dicha conceptualización se logran establecer principios generales en relación con la responsabilidad del Estado, vinculada a los intereses contrapuestos del Estado territorial (zona española de

¹ Especialista de política exterior en la Dirección de Estudios y Análisis Estratégicos del MIREX.

Marruecos) y los del Estado que busca proteger a sus nacionales (Reino Unido). El relator manifestó que, para que surja la responsabilidad internacional: "(...) debe haber o violación de una cláusula que prescriba un trato especial para los extranjeros, o violación manifiesta y grave de las normas aplicadas a los nacionales de la misma manera que a los extranjeros" (CDI S. , 1964, págs. 639-650).

Para 1930, la 3ª Comisión de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de la Sociedad de Naciones, reunida en La Haya, formalizó los primeros esfuerzos sistematizados para crear un Código Internacional de Responsabilidad Internacional de los Estados, que resultaría ser una propuesta más precisa que aquella propuesta por el Instituto de Derecho Internacional desarrollada en 1927, al establecer que: "*Toda infracción de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial), que causa perjuicio a la persona o a los bienes de un extranjero en el territorio de dicho Estado, determina la responsabilidad de este*" (Rousseau, 1966, pág. 357).

Si bien estas definiciones se vinculan directamente con el deber de proteger y con los derechos de *jus cogens*, se aprecia un elemento importante, como es la inclusión de los bienes; sin embargo, la primera gran inflexión en la evolución conceptual de la Responsabilidad Internacional, la encontraremos en el contexto del derecho ambiental, con un giro de jurisprudencia que ocurrirá con la separación de la corriente derivada de la necesidad proteger que se había experimentado de manera exclusiva hasta el caso de *Trail Smelter*, Estados Unidos v Canadá, desarrollado entre 1938-1941, que discute la responsabilidad por la contaminación de las aguas extranjeras y la existencia de un deber estatal de detener la contaminación de las aguas. Exigiendo garantías de un equilibrio entre la contaminación derivado por las actividades económicas y el impacto ambiental transfronterizo, sin importar de que se tratase de una actividad de una persona jurídica.

Tras la crisis y disolución de la Sociedad de Naciones, entre 1930 a 1946 se entra en un hiato que se interrumpe desde 1953 hasta nuestros días, cuando se reasume un nuevo trabajo de estudio y sistematización de codificación, esta vez, por medio del mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el que se encomienda a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la tarea de codificar las reglas concernientes a la Responsabilidad Internacional sistematizando en abundante y sensible jurisprudencia de décadas, siendo uno de los principales

aportes de la Comisión la nueva perspectiva de la responsabilidad internacional, en específico la desarrollada por el relator Quentin-Baxter, que entre 1969 y 1973, indicó la novel hipótesis que en ciertos casos los Estados podrían ser responsables de las consecuencias perjudiciales de sus actos por acciones lícitas o en otros términos "actos no prohibidos por el derecho internacional", lo que dio inicio a desarrollar una serie de teorías en el marco de la debida diligencia y la cuantificación de los daños, planteó el tema de la responsabilidad internacional de actos lícitos (*liability*) en 1973, incluyéndose en su programa de trabajo en 1977 (UN, 2003).

En 1976 la Comisión preparó su proyecto de convención internacional sobre responsabilidad internacional por actos ilícitos, y en 1996 se realizó la primera lectura para que los gobiernos tuviesen la oportunidad de analizar las propuestas de codificación y que la Corte Internacional de Justicia pudiese verificar el efecto codificador de algunos artículos. Una segunda lectura seguida en 1997 dio inicio al proyecto final bajo la supervisión del último relator oficial a la atención de los Estados, el profesor James Crawford, concluyendo la primera lectura en diciembre de 2001, y remitiendo en 2002 el documento final, no sin dejar abierto el debate de Responsabilidad Internacional tanto para actos ilícitos como lícitos.

Definición del concepto *responsabilidad internacional por actos ilícitos*

El proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional representa el trabajo de codificación sobre la materia más avanzado en derecho internacional, y es el resultado de más de 40 años de trabajo, de lo se debe destacar la definición misma del concepto de Responsabilidad del Estado encontrada en los Artículos 1, 2 y 3 del documento Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la asamblea General en su 85º sesión (diciembre del año 2001) la cual se acoge en la conclusión de la Comisión de Derecho Internacional respecto a la Responsabilidad Internacional por hechos Internacionalmente Ilícitos.

La misma se separa de los aspectos que tradicionalmente se atribuyen como elementos de la responsabilidad internacional clásica, y en cambio parte de una violación a una normativa, obligación o principio internacional que el Estado genera y que trae responsabilidad en el contexto de un orden público internacional:

“Artículo 1: Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

En cuanto al concepto clásico de responsabilidad internacional es apreciable una separación del concepto de protección que apreciábamos en las conceptualizaciones arraigadas hasta los años 30, en específico con respecto a la conceptualización clásica de los conceptos de trato a los extranjeros y la protección diplomática., pasando en cambio a la caracterización de dos elementos: *el primero se relaciona el hecho ilícito de un Estado y el segundo se relaciona a la responsabilidad como consecuencia necesaria, a diferencia del tratamiento clásico del tema eran tres: el hecho ilícito, el daño y la relación causal entre uno y otro. Cabe destacar que en este contexto la responsabilidad es reparación o es punición, o es ambas cosas. Los artículos del texto de la CDI han depurado a la responsabilidad de todo vestigio de elemento punitivo y dejado su entero campo a la reparación*

En este contexto, Barboza sostiene que la doctrina recogida en la Comisión por la Resolución AGNU 56/83 se identifican tres rasgos esenciales que diferencian la responsabilidad actual de la clásica:

- *“Una fundamental diferencia de enfoque: mientras clásicamente la responsabilidad por ilicitud se enfocaba solamente desde el ángulo del tratamiento a extranjeros y de la protección diplomática, ahora se examinan sistemáticamente las consecuencias de las violaciones a las obligaciones internacionales.*

- *No se menciona ni el daño ni la culpa como elementos necesarios para que se configure la responsabilidad internacional.*

- *Se aparta el articulado de la conceptualización la responsabilidad clásica, al precisar que es la violación o el incumplimiento de una obligación internacional lo que en derecho internacional genera la responsabilidad para dar lugar a diferencias en las consecuencias de las violaciones según la naturaleza de la obligación violada y la gravedad de la violación, separándose del concepto tradicional del daño. Resulta así que se enriquece el estudio de las obligaciones colectivas (erga omnes y erga omnes partes) y se contribuye a esclarecer la noción de orden público internacional al examinarse las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones imperativas, o de jus cogens.” (Barboza, <https://www.oas.org>, 2006, págs. 3,4)*

Artículo 2: *Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.*

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y

b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

En el Artículo 2 se desprenden dos conceptos básicos atribuidos al comportamiento por acción o por omisión, que generan responsabilidad internacional, en este contexto Autores como Joel Díaz Cáceda y Aizenstadt, expresan que se puede dividir a las obligaciones en dos grupos: aglutinando a las obligaciones de comportamiento. Las obligaciones de comportamiento pueden implicar una acción o una omisión de una actividad específica, siendo la finalidad de la norma regular determinada o determinadas actividades.

En este contexto, el incumplimiento de la obligación internacional implica por sí mismo un perjuicio y por lo tanto no es necesario que en adición a éste existan daños económicos. Por ende, como parte del régimen de consecuencias el infractor debe, en primer lugar, cesar el acto violatorio y proporcionarle al Estado lesionado garantía de no repetición.

Respecto el literal b del Artículo 2, la Comisión de Derecho Internacional expresó: “(...) la violación de una obligación internacional consiste en la falta de conformidad entre el comportamiento que esa obligación exige del Estado y el comportamiento que el Estado observa del hecho, es decir, entre las exigencias del derecho internacional y la realidad de los hechos” (CDI, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, pág. 54).

Artículo 3: Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

Cabe destacar que la Responsabilidad Internacional del Estado puede surgir a partir de la contravención a una norma establecida en un instrumento internacional o a una obligación internacional, aunque no provenga de un tratado. El término ilícito no debe confundirse con el concepto de delito en el ordenamiento jurídico nacional, como describe la parte in fine del artículo 3.

En otros términos, para que exista un incumplimiento internacional debe existir una conducta que sea atribuible al Estado y que constituya una violación de una

obligación internacional. Esto incluye el elemento subjetivo o los hechos cometidos entre particulares que serán desglosados a continuación.

El elemento subjetivo

En términos académicos clásicos se entiende por *elemento subjetivo* el comportamiento de una persona que, en representación no oficial de un Estado, incumpla la normativa internacional, y que su acción individual pueda atribuírsele al Estado al que se le vincula, ~~como~~ “una persona moral que actúa por medio de los órganos individuales o colectivos del Estado,” y por tanto genera un hecho atribuible al Estado (Pastor, 1994, pág. 581).²

La persona y el hecho del Estado

Existe un vínculo inherente entre la facultad del individuo y el órgano o institución en el cual este ejerce funciones, como dinámica suficiente generadora de responsabilidad “(...) cuando en condición ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones” (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 47).

Por ende, la conducta de ciertas personas actuando en determinadas condiciones que se consideran un “hecho del Estado”, esto es en el contexto del concepto de lo subjetivo en el marco del trabajo presentado por la Comisión, a ver:

El Art.4, cuando esas personas o entidades son órganos del Estado,

El Art.5: cuando se ejercen atribuciones del poder público,

El Art.8: cuando actúan bajo la dirección o control del Estado, y

El Art.9: cuando lo hacen en ausencia o defecto de las autoridades Oficiales.

Artículo 4: Comportamiento de los Órganos del Estado

² Este concepto se puede identificar en la parte *in fine* del artículo 3 Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos que considera como hecho del Estado a aquellos actos cometidos por personas que actúan de derecho en calidad de representantes o agentes, previa designación de acuerdo con el ordenamiento interno. En este sentido el denominado *Hecho del Estado* supone una acción u omisión de un agente o varios.

“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional a el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

2. “Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.” (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 41).

Hecho y órgano del Estado

El apartado 1 del artículo 4 enuncia el primer principio de atribución a los efectos de la responsabilidad del Estado en el derecho internacional, señalando que la conducta de un órgano del Estado es atribuible a ese Estado, En este sentido la referencia a un “órgano del Estado” abarca todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre.

Es importante señalar que el concepto *Órgano de Estado* posee dos aspectos, el primero: incluye un órgano de cualquier entidad gubernamental territorial dentro del Estado en funciones legislativas, ejecutivas , judiciales u otras indoles y un segundo aspecto derivado de los actos de personas o entidades que no tienen la condición de órganos del Estado al que pueden atribuirse al Estado en el derecho internacional particularidad institución acción. Así, el artículo 4 se refiere a los órganos, ya sea que ejerzan “funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de cualquier otro tipo”. Se entiende que -en espíritu no taxativo del enunciado- la separación de poderes no se sigue de manera uniforme, y que muchos órganos ejercen alguna combinación de poderes públicos de carácter legislativo, ejecutivo o judicial, dejando claro que las palabras “o cualquier otra función” mantienen abierta la función.³

Tampoco se hace distinción a nivel de principio entre los actos de los funcionarios “superiores” y “subordinados”, siempre que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Como expresa en la frase “cualquiera que sea el cargo que ocupe en la

³ La idea de que el Estado es responsable por la conducta de sus propios órganos, actuando en esa capacidad, ha sido reconocido durante mucho tiempo en decisiones judiciales internacionales como lo sucedido con la Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos, en la que determinó: “Un oficial o persona en autoridad representa *pro tanto* a su gobierno, que en un sentido internacional es el conjunto de todos los oficiales y hombres en autoridad.” Ha habido muchas declaraciones del principio desde entonces. (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001).

organización del Estado” en el artículo 4. Sin duda, los funcionarios de menor rango pueden tener un ámbito de actividad más restringido y es posible que no puedan tomar decisiones finales. (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 41).

Artículo 5: Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público:

El término “entidad” refleja la amplia variedad de órganos que, pueden estar facultados por la ley de un Estado para ejercer elementos de la autoridad gubernamental. Estos pueden ser corporaciones públicas, entidades semipúblicas, organismos públicos de diversa índole e incluso, en casos especiales, empresas privadas, siempre que en cada caso la entidad esté facultada por la ley del Estado para ejercer funciones de carácter público normalmente ejercidas por el Estado. Los órganos, y la conducta de la entidad se relaciona con el ejercicio de la autoridad gubernamental en cuestión (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 43).

Dicho artículo se extiende a la atribución al Estado del comportamiento de órganos que no son órganos del Estado en el sentido del artículo 4, pero que no obstante están autorizados para ejercer autoridad gubernamental como es el caso de las entidades para estatales. De acuerdo con la Comisión: *“el artículo tiene por objeto tener en cuenta el fenómeno cada vez más común de las entidades paraestatales, que ejercen elementos de autoridad gubernamental en lugar de los órganos del Estado, así como las situaciones en que las antiguas empresas estatales han sido privatizadas, pero conservan ciertas funciones públicas o reglamentarias”*(CDI, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, págs. 41-42).

Como ya se ha observado en párrafos anteriores, el comportamiento generador del hecho ilícito puede estar constituido por una acción u omisión o una combinación de ambos, y se podrá manifestar, por ejemplo, con la promulgación de una norma interna concreta en un caso determinado. Para la Comisión de Derecho Internacional, habrá responsabilidad [...] *incluso en la amenaza de adoptar esa medida, independientemente de que la amenaza sea ejecutada, o en una decisión judicial definitiva [...]. En todos los casos, la comparación entre el comportamiento observado de hecho por el Estado y el comportamiento jurídicamente prescrito por la obligación internacional es lo que permite*

determinar si hay o no violación de esa obligación (CDI, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, pág. 55).

El artículo 8 establece sobre el “Comportamiento bajo la dirección o control del Estado”:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

Al respecto cabe señalar el concepto desarrollado en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, en el 2001, sobre la amplitud del concepto que envuelve los términos “persona” o “grupo de persona” refleja el hecho de que una conducta amparada por el artículo puede ser la de un grupo que carezca de personalidad jurídica propia pero que actúe de hecho. Por lo tanto, si bien un Estado puede autorizar la conducta de una entidad legal como una corporación, también puede tratar con conjuntos de individuos o grupos que no tienen personalidad jurídica pero que, sin embargo, actúan como un colectivo (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 47).

El Artículo 9 establece: “Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales”. Este artículo trata del caso excepcional de la conducta en el ejercicio de elementos de la autoridad gubernamental por parte de una persona o grupo de personas que actúan en ausencia de las autoridades oficiales y sin ninguna autoridad real para hacerlo.

El carácter excepcional de las circunstancias previstas y que ocurren rara vez, como, por ejemplo: durante una revolución, un conflicto armado o una ocupación extranjera, cuando las autoridades regulares se disuelven, se están desintegrando, han sido suprimidas o están temporalmente inoperantes, estableciendo tres condiciones que deben cumplirse para que la conducta sea atribuible al Estado: primero, la conducta debe relacionarse efectivamente con el ejercicio de elementos de la autoridad gubernamental, segundo, la conducta debe haber sido realizada en ausencia u omisión de las autoridades oficiales, y, en tercer lugar, las circunstancias deben haber sido tales que requieran el ejercicio de esos elementos de autoridad. También pueden cubrir casos en los que la autoridad legal se restablece gradualmente, después de la ocupación extranjera. (2) El principio subyacente al artículo 9 debe algo a la antigua idea de la *levée en masse*, la

autodefensa de la ciudadanía en ausencia de fuerzas regulares (CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, Volumen II, Segunda parte, 2001, pág. 49).

En resumidas cuentas, hemos visto que en la responsabilidad por hecho ilícito se atribuye al Estado la conducta de ciertas personas actuando en determinadas condiciones. Sus comportamientos se consideran un “hecho del Estado”, básicamente cuando esas personas o entidades actúan en calidad de órganos del Estado (Art.4), o ejercen atribuciones del poder público (Art. 5) o actúan bajo la dirección o control del Estado (Art.8), o lo hacen en ausencia o defecto de las autoridades oficiales (Art.9),

Naturaleza de la Responsabilidad de los Estados por actos Lícitos

Durante la década de los 50 y 60, en el seno de la comisión se extendió la hipótesis centrada en la teoría de que los Estados a pesar de su afán de cumplir con las normativas internacionales de cuidado al medio ambiente y de prevenir daños en sus actividades comerciales de alto riesgo y militares (por naturaleza de alto riesgo), no están exentas de accidentes que los lleve a desarrollar daños a terceros por lo que la justificación de los objetivos mismos de las actividades deben ser lo suficiente a tolerar un cumulo o umbral de daños.

Estas discusiones elevadas en la Comisión de Derecho Internacional llevaron al desarrollo de un trabajo de codificación que entre 1969 y 1973 trajo como resultado un código de responsabilidad de Estado en "actos no prohibidos por el derecho internacional", y que nuevamente fue motivo de discusión hasta la primera década del 2000 retomando el tema de la responsabilidad con nuevas perspectivas, como la constituyen los conceptos de actividades transfronterizas y las actividades de alto riesgo, justificables por su necesidad y que mantienen su vigencia, en específico sobre temas de daños transfronterizos por actividades peligrosas y ultrapeligrosas y temas del *ius cogens* que merecen ser señalados y discutidos con posterioridad, debido a su relevancia en el desarrollo del concepto de Responsabilidad de Estado por hechos lícitos.

Sin embargo, antes de iniciar a entender el alcance de esta responsabilidad del Estado en el contexto de "actos no prohibidos por el derecho internacional", resulta menester entender las dos perspectivas básicas que surgieron con el trabajo de la comisión , que pasaron ser las líneas conceptuales de la Responsabilidad de los Estados derivadas de actos lícitos , surgidas del trabajo de dos de sus relatores

que caracterizaron la base de la teoría subyacente en la responsabilidad de los Estados por actos lícitos.

Como primer referente se explicarán las perspectivas desarrolladas por el relator pionero, el señor Quentin –Baxter, quien llevó el tema durante la segunda mitad de la década de los 60 hasta su fallecimiento, acaecida en la década de los 80, dejando un legado que, en rasgos generales, se basa en la idea de que el daño resultante de estas actividades daba lugar a un derecho de acción, a su vez que el pago de la compensación no se veía como una obligación absoluta.

Dichas bases teóricas serán reinterpretadas por el segundo relator, el señor julio Barboza, quien llevará el concepto de "actos no prohibidos por el derecho internacional", al plano teórico actual. En esencia el trabajo del relator Julio Barboza, adoptó un enfoque diferente que sería el discutido hacia la década del 2000, para el Proyecto de Artículos de Responsabilidad Internacional en la CDI. Esta perspectiva se centró en la responsabilidad objetiva más que en el incumplimiento del deber de diligencia debida. Este enfoque tiene en cuenta una situación en la que un Estado ha cumplido con el estándar de diligencia debida pero no obstante tras la ocurrencia de un accidente con consecuencia de daño a un Estado vecino, el riesgo que representa la actividad debe alcanzar un nivel que sea "apreciable" y el daño debe alcanzar un nivel que sea "apreciablemente perjudicial".

Igual que Quentin-Baxter, en la perspectiva de Barboza no se contemplaban reparaciones plenas en la responsabilidad ya que la clave residía en equilibrar el beneficio del acto lícito y la desventaja del daño. sin que se deriven obligaciones secundarias como consecuencia del incumplimiento, como el deber de pagar daños y perjuicios. Barboza difiere el punto de vista de Quentin-Baxter de que las obligaciones primarias pueden ser incumplidas sin que surjan obligaciones secundarias como consecuencia del incumplimiento, como el deber de pagar daños. En otros términos, la responsabilidad *sine delicto* tiene la virtud de transformar la naturaleza de la actividad y pasa de ser un acto lícito a uno ilícito por continuidad: esta idea se entiende si partimos del principio de que lo que produce el daño transfronterizo es un acto continuo, llegaría un momento en que dicho acto, por ser continuo y de resultado perfectamente previsible, cambiaría el carácter de la actividad, de esta manera daño ya no sería contingente, sino necesario siendo el acto peligroso en uno que se transforma en nocivo.

Por último, otro elemento diferenciador en perspectivas de la temática lo supone el contexto del procedimiento, Barboza sugirió que la falta de adopción o cumplimiento de los requisitos procesales de prevención en el trabajo del relator Quentin- Baxter podría conllevar ciertas consecuencias procesales adversas para el actor de la reclamación o para el Estado fuente del daño desarrollando un umbral de daño cubierto, en el cual la comisión buscó designar el nivel o umbral de daño inaceptable y por lo tanto merecería medidas correctivas, incluida una indemnización adecuada (Barboza, www.oas.org, 2006).

Como menciona Barboza, en su esencia, el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado buscaba codificar obligaciones primarias. que se imponen directamente a los Estados, y dan lugar a obligaciones secundarias las cuales se derivan del incumplimiento de las obligaciones primarias. En otros términos, los estados tienen el deber de resarcir el daño y cooperar con otros en el caso de daño transfronterizo asociado con actividades que ocurran en sus territorios o bajo su control, así como buscar balancear los intereses en el contexto de las actividades realizadas y su viabilidad o importancia económica, para dar paso a las actividades de alto riesgo (y ultrapeligrosas), pero justificadas por su gran importancia económica o de defensa (Barboza, <https://www.oas.org>, 2006).

Actividades peligrosas y ultrapeligrosas

Una de las conceptualizaciones más recientes en el contexto de la Responsabilidad de los Estados por Actos Lícitos, cuyos antecedentes remontan a finales de la década de los 90 y principios de 2000, lo constituyen las actividades ultra peligrosas y ultrapeligrosas, generadas por actividades militares y civiles de altísimo impacto en el medio ambiente y justificadas por su necesidad, como es con referente de los ensayos nucleares, siendo antecedente directo y los ensayos nucleares de Francia en las Polinesias y la demanda Australia de detención de dichos ensayos en las polinesias por supuesta liberación de radiactividad en la atmosfera.⁴

⁴ Al respecto la Corte Internacional de Justicia en Opinión Consultiva sobre Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares que la: "obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas más allá de su control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional en relación con el medio ambiente". Principio subsidiado por los principios de la debida diligencia con relación al daño ambiental transfronterizo y las proporción y necesidad las acciones militares eran necesarias (Reports Corte Internacional de Justicia. Legalidad de la Amenaza o uso de Armas Nucleares, 1996, pág. 29).

En este mismo tenor, aunque en el contexto de lo civil encontramos en sucesos relativamente comunes como lo constituyen los daños transfronterizos de las plataformas petroleras en el con el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable daños transfronterizos, Tal caso en la tragedia que causó el derrame de hidrocarburos por el tanquero *Prestige* en las costas de España, Portugal y de Francia a fines de 2002, y el derrame petrolero de la plataforma petrolera *Deepwater Horizon*, operada por la corporación británica BP en el Golfo de México, ilustran la magnitud y diversidad de preocupaciones ambientales y jurídicas que ello puede generar en específico en la distinción entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo gana terreno y espacio propio en el ámbito internacional (Aizenstadt, 2012, pág. 13).

Aizenstad describe que los tratados en que se establece la responsabilidad *sine delicto*, las conductas que originan el daño no se atribuyen al Estado, y las obligaciones que a éste incumben nacen simplemente porque dichas actividades se desarrollan bajo su jurisdicción o control. Así sucede en el único caso en que se asigna directamente al Estado una responsabilidad *sine delicto*.

Una notable excepción a esta responsabilidad directa atribuible al Estado la constituye la Convención sobre responsabilidad por daños causados por objetos espaciales (el Estado de lanzamiento); una variante en esta tendencia es el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, dentro del marco del Tratado del Espacio, donde no es el explotador privado, sino el Estado, el que tiene una responsabilidad absoluta en la existencia de normas consuetudinarias de prevención respecto de las actividades de riesgo, así como en los convenios en los que, imponiéndose la responsabilidad al explotador, se atribuye al Estado una responsabilidad subsidiaria en relación con las víctimas.

La CDI, al tratar el tema de la responsabilidad por actos no prohibidos, propuso ciertas normas de prevención para las actividades peligrosas: autorización previa del Estado de origen para su desarrollo, evaluación del impacto transfronterizo, consultas con vistas a la creación de un régimen jurídico para esa actividad, con vigencia entre las partes interesadas. Las normas finalmente propuestas siguieron las líneas generales que la CDI había acordado antes al respecto.

Creemos, al igual que Barboza por lo demás, que los pagos ex gratia, como el que hizo el Gobierno de los Estados Unidos al de Japón en el caso del pesquero Fukuyu Maru, o el

del mismo Gobierno a los habitantes de las islas Marshall. ratifican que el Estado que paga tiene conciencia de que pesa sobre él una obligación básica, o general de indemnizar, pero no obstante prefiere evitar la creación de un precedente que prejuzgue sobre el alcance de aquella obligación de indemnizar que le compete. No se realizaría un pago semejante si no existiera tal conciencia, aunque la obligación misma pudiera tener un perfil no bien definido (Barboza, www.oas.org, 2006).

Como habíamos mencionado, para Eizenstadt, tratándose de actividades peligrosas y ultrapeligrosas no prohibidas por el derecho internacional, la distinción entre responsabilidad objetiva por daño o por riesgo cobra relevancia. Hasta ahora la regla prevaleciente conforme al derecho internacional general ha sido la responsabilidad que generan los hechos ilícitos. En cambio, tratándose de los actos y de las actividades peligrosas y ultrapeligrosas permitidas, el factor determinante de la responsabilidad es el riesgo. De ahí que la responsabilidad *sine delicto* sea, por ahora, la excepción. Esto significa que hasta que esta clase de responsabilidad no alcance la categoría de regla general de derecho internacional general tendría que establecerse por vías convencionales, por lo que, para garantizar certeza, es necesario el desarrollo internacional de este tipo de responsabilidad a nivel general. Existen, claro, circunstancias en las cuales el riesgo inminente ver los Artículos 1 y 39 de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Otras perspectivas y dificultades para su codificación

Los críticos del Proyecto de artículos sobre responsabilidad derivada de actos Lícitos afirman que la responsabilidad del Estado es totalmente capaz de abordar la cuestión de los daños transfronterizos en el contexto de medio ambiente señalando sobradas razones respecto la proliferación de convenios internacionales que tratan el tema sin distinguir si se trata de actividades lícitas o ilícitas, como los constituyen los mecanismos destinados a evitar las disputas o controversias entre los Estados, y los nuevos mecanismos de solución de controversias que se han establecido en algunos sistemas, principalmente en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente.

Dichas propuestas de solución de controversias insisten en que la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional sean consecuentes

y armoniosos con las teorías que sustentan la responsabilidad estatal entre estos, donde cabe resaltar la Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Basilea (1989); el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro (1992) la Convención sobre los Humedales de Alta Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (“Convención de Ramsar”) (1971), y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001) Así también, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y el Protocolo de Kioto, de la Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que ponen acento en mecanismos no conformacionales de cooperación.. (Aizenstadt, 2012, pág. 18).

En otros términos, autores como Rivera señalan que el eje central de la crítica al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad fue que la CDI estaba, creando o en otros casos replicando reglas primarias de derecho ambiental: *En efecto, la CDI parecía creer que no existían obligaciones primarias de protección contra daños transfronterizos: parecía incapaz de comprender que el derecho internacional podría, como en la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, imponer obligaciones de regulación, el control diligente y la prevención de daños incluso sobre actividades lícitas sin que se prohíba la actividad ni se excluya la posibilidad de responsabilidad por el incumplimiento. Incluso en 1978, la visión de la ley de la CDI parecía extraordinaria* (Rivera, pág. 14).

Esto significa que, tratándose de los actos y de las actividades peligrosas y ultrapeligrosas permitidas, el factor determinante de la responsabilidad es el riesgo. De ahí que la responsabilidad *sine delicto* sea, por ahora, la excepción. Esto significa que hasta que esta clase de responsabilidad no alcance la categoría de regla general de derecho internacional general tendría que establecerse por vías convencionales

Jus cogens y nuevas perspectivas ⁵

⁵ Respecto a la naturaleza de las normas Ius Cogens podemos definirla de *grosso modo* de que las mismas son normas imperativas de derecho internacional cuyo cumplimiento abarca de la comunidad internacional en su conjunto (erga omnes) y que su centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento, tanto obligaciones como derechos, aunque mayormente se emplea la expresión “obligaciones erga omnes” para hacer referencia a la naturaleza de *jus cogens* y *erga omnes*.

En el caso específico de la CDI, el concepto de *ius cogens* fue debatido durante la década de los 90, siendo uno de los objetivos principales de discusión por el relator James Crawford, en específico el artículo 39 del proyecto de la CDI los mecanismos para la solución de controversias y la provisión que establecía la relación con las Naciones Unidas, cuyo texto se expresaba así: “Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito del Estado enunciadas en las disposiciones de esta parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Sin embargo, a pesar de su carácter jerárquico y su universalidad no fueron incluidos en el proyecto acabado por la CDI en el 2000, mayormente por la falta de antecedentes directos de *jus cogens* en el contexto de responsabilidad Estatal. La conceptualización ha pasado su extensión de desarrollo progresivo, según lo ha demostrado la CDI al mencionar “las que prohíben la agresión, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid* y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados, y el derecho a la libre determinación”. La conveniencia de establecer una distinción cualitativa entre las normas que integran este sistema jurídico ha sido objeto de un importante debate y una pieza fundamental en la estructura del régimen responsabilidad internacional general, en el sentido de que los Estados están obligados a su protección. como normas de la más alta jerarquía en la comunidad internacional. Las mismas surgen independientemente de los tratados internacionales y han pasado ser el concepto sombrilla de crímenes internacionales: genocidio, tortura, crímenes contra la humanidad, piratería, esclavitud, discriminación racial, *apartheid* y agresión, entre otros (Commission, 2011, págs. 116-117).

Otra fuente que no podemos dejar a un lado es respecto a las decisiones judiciales de distintos tribunales internacionales se han encargado de ampliar el contenido material de las normas de *Ius cogens*, siendo su extensión de desarrollo progresivo. Asimismo, la coincidencia que existe en los sistemas de protección regional de derechos humanos en la protección de la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición del trabajo forzoso y la esclavitud como derechos no susceptibles de suspensión en situaciones extraordinarias, guarda relación, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional.

Aldana Rohr, señala que la consolidación de determinadas normas de *jus cogens* en los contextos regionales debe interpretarse dentro de su propio marco convencional, y también limitado a su ámbito de aplicación territorial, personal y material. Es decir, como es sabido, el ejercicio de determinados derechos no puede ser suspendidos, pero esto no es equivalente a decir que la totalidad de derechos con esta gradación representa normas de *jus cogens*, en el sentido universal del término, no obstante, cabe precisar que los pronunciamientos de los tribunales regionales deben entenderse dentro de los límites jurisdiccionales determinados convencionalmente, sino que puedan considerarse, en todos los casos, generales.

Caso representativo a estas nuevas dinámicas de los vínculos *inter alías* entre derechos humanos, lo constituyen las decisión de la CIJ del 2005, con respecto a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo, que responsabiliza a los Estados por permitir actividades subversivas en sus territorios, responsabilizándolos por las violaciones en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo a personas que no tengan la nacionalidad del Estado demandante. Esta perspectiva se funda en la opinión consultiva de la Corte, relativa al muro, y en el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al artículo 1º común a los Convenios de Ginebra.

Somos de opinión de que el estudio del régimen de responsabilidad internacional del Estado por violación a normas de *jus cogens* no puede hacerse en forma aislada, pues ha sido acompañado e impulsado por las normas *erga omnes* (respecto de todos) y los intentos por codificar el concepto de crimen internacional del Estado. Dicha evolución de normas (como las de *jus cogens*) deben ser analizadas bajo la perspectiva de la CIJ, CDI, AGNU, CSNU. Incluyendo también, aunque sea debatible, la Carta de la ONU con respecto a la prohibición del uso de la fuerza y otras prohibiciones vinculadas a la protección de derechos humanos.

Conclusiones

A casi veinte años de terminado el trabajo de la Comisión en sus últimos esfuerzos en codificar la Responsabilidad de los Estados en el contexto de la Responsabilidad Internacional por actos lícitos (2005), y más de veinte del código de la Responsabilidad Internacional por actos ilícitos, nos encontramos aún con la discusión académica impulsada por la jurisprudencia que permite desarrollo progresivo y no lineal de este complejo tema, en específico por el desarrollo en temáticas sobre las obligaciones secundarias, la debida diligencia, la dimensión humana , la dimensión del daño ambiental

transfronterizo y los protocolos de medio ambiente, que han cambiado el trabajo de la Comisión desde finales de la década de los 90.

Sin embargo, nos encontramos con la irrupción aún mayor con las vinculadas a las normas *jus cogens*, bajo el estudio del régimen de responsabilidad internacional del Estado, cuya naturaleza de desarrollo progresivo en temas tan amplios y diversos como el derecho humanitario, el derecho de los pueblos a autodeterminarse, la prohibición de la tortura y del genocidio y la prohibición de amenaza o uso de la fuerza, la adquisición territorial por la fuerza, el *apartheid* y la discriminación racial, como las normas invocadas con mayor frecuencia en el seno de la CIJ, en los tribunales Ad-Hoc y en los tribunales regionales de Derechos Humanos, que han permitido la consolidación de nuevas normas de *jus cogens* y que enriquecen aún más el complejo estudio de la Responsabilidad Internacional de los Estados, casos en específico en los antecedentes: La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (2004) y en las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (2005) y que abren nuevas perspectivas a ser estudiadas en una próxima entrega.

Referencias

- Aizenstadt, N. (2012). La Responsabilidad Internacional de los Estados por Actos Ilícitos, Crímenes Internacionales y Danos Transfronterizos. *Anuario Mejicano de Derecho Internacional*, 3-23. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29227.pdf>
- Barboza, J. (1995). *International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and Protection of the Environment* (Vol. 247). (Académie, Ed.)
- Barboza, J. (2006). <https://www.oas.org>. Obtenido de https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf
- Barboza, J. (2006). www.oas.org. Obtenido de La Responsabilidad Internacional: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Julio_Barboza.pdf
- Boyle. (s.f.). *State Responsibility*.
- CDI. (2001). <https://legal.un.org>. Obtenido de https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

- CDI. (2001). <https://legal.un.org>. Obtenido de https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf
- CDI, S. (1964). <https://legal.un.org/i>. Obtenido de https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_169.pdf
- cij. (20 de Febrero de 2023). *diipublico.org*. Obtenido de ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO (LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO CONTRA UGANDA: <https://www.dipublico.org/cij/doc/129.pdf>
- Commission, U. N. (2011). Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000, Vol.II, Parte 1. 116.
- Díaz, J. (s.f.). La responsabilidad internacional de los Estados:base para la defensa de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho PUC*, 249-272.
- Horbach, N. (1996). Liability versus Responsibility Under International Law . Leiden.
- Nuclear Tests Case (Austl. vs. Fr.). (s.f.).
- Pastor, R. J. (1994). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizacio-nes Internacionales*. Madrid:: Editorial Tecnos.
- Reports Corte Internacional de Justicia ,Legalidad de la Amenaza o uso de Armas Nucleares (Corte Internacional de Justicia 1996).
- Rivera, R. (s.f.). U.S. STATE RESPONSIBILITY Á LA TRAIL SMELTER:ARMS TRAFFICKING AND TRANSBOUNDARY. *Mexican Law Review*, 5(1), 3-39. Obtenido de <https://www.scielo.org.mx/pdf/mlr/v5n1/v5n1a1.pdf>
- Rohr, A. (s.f.). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34497.pdf>. Obtenido de La Responsabilidad Internacional del Estado por Violacion al Jus Cogens.
- Rousseau, C. (1966). *Derecho Internacional Público*. Editorial Ariel.
- Talavera, F. -N. (2000). *Derecho Internacional Público. Tomo I. Introducción y fuente*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- UN. (2003). *International Liability For Injurious Consequenses Arising Outarising Out*.