

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Problema de la culpa	56
2. Delimitación del campo de la responsabilidad por acto no prohibido por el derecho internacional	58
3. Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos	60
4. Naturaleza del daño en accidentes extraterritoriales.	62
5. Daños y efectos extraterritoriales	63
6. Práctica estatal	65
7. El hecho ilícito	65
8. Obligaciones de resultado y comportamiento.	67
9. La debida diligencia y actividades ultrarriesgosas	69
10. <i>Soft liability</i>	71

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

La teoría de la responsabilidad internacional, ha dicho Max Sørensen, en su Curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya,¹ tiene por finalidad no sólo determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de un acto ilícito sino también cuáles serán las condiciones en las cuales las sanciones de derecho internacional pueden ser aplicables en ocasión de una violación de derecho internacional.²

Si de conformidad con la teoría clásica, la responsabilidad va a generarse como consecuencia de la violación de una obligación internacional, se entiende entonces que la doctrina más autorizada, sostenga que el ilícito sea el fundamento y elemento primero de la responsabilidad, aquel del cual emanan todos los demás: imputación del acto ilícito, perjuicio y reparación.³

Así, si dentro del marco del régimen de la responsabilidad tradicional es condición indispensable que se produzca una violación de una obligación internacional, la serie de daños que pueden llegar a producirse como consecuencia del gran desarrollo tecnológico contemporáneo, plantea por el contrario el problema de la reparación de daños ocasionados por una actividad lícita en sí.

De aquí que P. M. Dupuy, siguiendo la posición adoptada por autores como Sørensen, Ago y Reuter, sostenga que en forma inversa a lo que

¹ Sørensen, M. "Principes de Droit International Public", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 1960, t. III, pp. 1-251.

² *Ibidem*, p. 217. Es por ello que Sørensen es uno de los autores que más ha enfatizado el hecho de tratar separadamente la cuestión del carácter lícito o ilícito de ciertos actos estatales, principalmente en referencia a la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros, ya que de no ser así, el capítulo de la responsabilidad se identificaría con una exposición de la totalidad de las obligaciones y derechos de los Estados. *Ibidem*, p. 216.

³ Reuter, P., *Droit International Public*, París, Edit. P.U.F., Col. Themis, 1963, p. 134. Los dos rasgos fundamentales de la responsabilidad serán, de acuerdo a Reuter, su carácter de sanción y su falta de autonomía en relación a las obligaciones internacionales. *Ibidem*.

sucede en el mecanismo de la responsabilidad clásica, en donde ésta no puede ser más que derivada, complementaria o accesoria de la obligación principal, la responsabilidad internacional objetiva presentaría un carácter autónomo en la medida en que ésta no constituye la sanción a ninguna infracción jurídica.⁴

1. *Problema de la culpa*

Una de las más famosas y controvertidas cuestiones en materia de responsabilidad del Estado en derecho internacional, afirma Ricardo Luzzatto, es aquella que hace referencia a la determinación del elemento de la culpa en sentido amplio en el ilícito internacional.

Si se examinan las diversas tesis dadas en la doctrina es claro que ni el criterio de la culpa, ni el principio contrario de la pura causalidad (tomado en tanto que fundamento de un régimen de responsabilidad por riesgo o de algún otro diverso) pueden explicar la posición de los Estados en la práctica internacional.⁵

Es evidente que en términos generales la doctrina ha continuado dividiéndose en dos grandes grupos. Una parte continúa considerando que para que exista responsabilidad internacional se necesita que haya culpa ("*faute*"; "*fault*"; "*colpa*") mientras que los otros sostienen que la responsabilidad se genera "objetivamente" de la violación de una obligación internacional causada por un acto u omisión imputable al Estado sin que sea necesario de probar la existencia de un elemento subjetivo suplementario, como lo es la "culpa".⁶

Muchos de los autores partidarios de la teoría de la culpa entienden por este término, un cierto *animus* del órgano estatal en cuestión, que se manifiesta como intención dolosa o como negligencia culpable (culpa *stricto sensu*).

⁴ Dupuy P. M., *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, [ref. S. Bastid, París, Pedone, 1976, pp. 224-225.

⁵ Luzzatto, R., "Responsabilità e colpa in Diritto Internazionale", *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. LI, 1968, pp 53-56.

Para Luzzatto la solución del problema puede sólo derivar del examen cuidadoso de la práctica estatal. "...la soluzione del problema non puo derivare che dall'essame delle manifestazioni della pratica internazionale", *Ibidem*, p. 58.

⁶ En el siglo XIX, los institucionalistas se apegan a la doctrina de Grocio para quien la responsabilidad estaba fundamentada en la culpa, entendida como "culpa subjetiva" del Estado en sí. No será en realidad sino hasta principios del siglo XX que Anzilotti marca el fin del consenso entre los tratadistas, afirmando que el fundamento de la responsabilidad no está en el *animus* del individuo-órgano sino en el solo hecho de la violación de un deber internacional.

Para una esclarecedora síntesis de la doctrina al respecto ver el capítulo III del documento preparado por la División de la Codificación del Servicio Jurídico del Secretariado de Naciones Unidas. Document. A/CN.4/315. *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. II, 1.ère partie, 1978, pp. 185-198.

Sin embargo, otros tratadistas que se adhieren a la teoría de la culpa, entienden por ésta un sinónimo de la violación o infracción de la norma jurídica.⁷

Por el contrario, los partidarios de la teoría de la "responsabilidad objetiva" en contraposición a la responsabilidad por culpa, consideran que en principio un Estado es responsable de la infracción de una obligación internacional sin que sea necesario demostrar además que hubo una falta psicológica por parte del órgano concerniente.

Así, para el internacionalista suizo Paul Guggenheim, el examen de la jurisprudencia arbitral y sobre todo de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, demuestra que el derecho de gentes positivo no condiciona la responsabilidad de la colectividad estatal al análisis de la culpabilidad del órgano estatal.⁸

Ahora bien, es muy importante enfatizar que el uso de la expresión "responsabilidad objetiva" o "responsabilidad causal" en relación con esta última parte de la doctrina, no significa que se quiera aplicar el concepto de responsabilidad internacional a las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades no prohibidas por el derecho internacional. Si esta parte de la doctrina califica la responsabilidad de "objetiva" o "causal", es sólo porque la consideran como independiente de toda prueba de "culpa subjetiva" por parte de los órganos estatales, pero tratase siempre de una responsabilidad que se genera a consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.⁹

Es igualmente conveniente señalar que para aquella corriente doctrinaria que no considera que el elemento de la "culpa" sea constitutivo necesariamente de la responsabilidad internacional, el delito de negligencia no se concibe más que en relación con una regla objetiva de comportamiento; se reduce en otras palabras a la no-observancia de una obligación internacional de vigilancia, en virtud de la cual el Estado debe usar de la debida diligencia.¹⁰

Posiblemente la solución más correcta o por lo menos más conveniente para los efectos de la responsabilidad por actividades no-ilícitas, sea la

⁷ En este sentido G. Salvioi, "S'il y a acte illicite, il y a faute, la faute consistant dans la violation d'une règle de droit", ver su curso, "Les règles générales de la paix", Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1933, IV, p. 97.

⁸ Guggenheim, P., *Traité de Droit International Public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 51-53. Guggenheim se refiere expresamente a la primera sentencia dictada por la C.P.J.I. en el caso *Wimbledon*, en donde la corte había tenido oportunidad de examinar la cuestión de la culpabilidad de los órganos del Estado alemán por haber rechazado el paso del buque *Wimbledon* a través del canal de Kiel; la Corte por el contrario se abstuvo de ello y condicionó la sanción únicamente a la violación objetiva del artículo 380 del Tratado de Paz de Versalles. *Ibidem*, t. II, pp. 52-53.

⁹ Ver *Annuaire de la... A/CN. 4/315 1978, op. cit.*, p. 193.

¹⁰ Guggenheim, P. *op. cit.*, p. 54. "L'objectivation de la notion de negligence crée pour la collectivité un devoir de vigilance et de diligence". *Ibidem*.

adoptada por el relator especial R. Quentin-Baxter, quien piensa que la antinomia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad sin culpa puede desembocar en una *reductio ad absurdum*. Si la práctica de los Estados en este terreno se refiere, en un último análisis, al criterio de la diligencia suficiente, por más "objetivado" que esté tal criterio ¿qué necesidad, se pregunta el relator, existe de una manera general, de un régimen anexo de responsabilidad que no tuviere su fundamento en la obligación de diligencia, y qué lugar atribuirle entonces a un régimen de tal naturaleza?¹¹

Una de las hipótesis de base para los ulteriores trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, es la tesis según la cual el régimen de responsabilidad por actividades no prohibidas por el derecho internacional, está concebido como siendo en gran parte (o casi en su totalidad) el producto de la obligación de diligencia suficiente, regla primaria de aplicación general que es admitida tanto por partidarios de la teoría subjetiva como por aquellos de la teoría objetiva de la responsabilidad.¹²

2. *Delimitación del campo de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional*

Desde un principio el entonces relator especial del tema sobre la responsabilidad por hecho ilícito, Roberto Ago, dejó claramente asentado que los problemas que crea la responsabilidad que surge de ciertas actividades lícitas debería ser tratada por la Comisión de Derecho Internacional en forma separada.

El fundamento totalmente distinto de la llamada responsabilidad por riesgo, la naturaleza diferente de las normas que la determinan así como su contenido y de las formas que puede adoptar, hacen que el examen simultáneo de ambas materias dificulte la comprensión de cada una de ellas.¹³

De la sola lectura del párrafo anterior se podría pensar que el régimen de responsabilidad por hechos ilícitos y el régimen de responsabilidad por hechos no-ilícitos, deberían ser recíprocamente exclusivos el uno del otro.

¹¹ Quentin-Baxter R., "*Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciales découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit internationale*", A/CN. 4/394, 1980, C.D.I. pp. 9-10 parr. 15.

¹² *Ibidem*, p. 10 parr. 16. El relator admite que habrá un momento en que se deberá admitir la influencia de un principio modificado, y más estrechamente en relación con nuestra época de interdependencia; la obligación de diligencia tiene que adquirir una nueva dimensión antes de poder dar cuenta convincente de fenómenos tales como lo enunciado en el principio 23 de la Declaración de Estocolmo.

¹³ Ago, R., "Origen de la Responsabilidad Internacional", Segundo Informe, Comisión de Derecho Internacional, *Anuario*, Doc. A/CN. 4/233, vol. II, 1970, p. 190 parr. 6 (B).

Sin embargo, esta visión sería errónea, por lo menos en la concepción de Quentin-Baxter, ya que el régimen de responsabilidad por consecuencias perjudiciales por actos no prohibidos, "...no puede ni debe rivalizar de ningún modo con el régimen de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, ya que este régimen es el centro mismo del sistema de derecho internacional".¹⁴

De conformidad con lo anterior el régimen de responsabilidad por actividades no prohibidas por el derecho internacional deberá desempeñar una función *auxiliar* y *subsidiaria*, sobre todo en relación a dos tipos de situaciones: 1º En relación a aquel tipo de situaciones en que las reglas relativas a la ilicitud se encuentren en vías de formación. 2º En relación a aquel tipo de situaciones en que las reglas relativas a la ilicitud incorporen criterios tan complejos que su aplicación en casos litigiosos no resulte fácil de determinar.¹⁵

Si la Comisión de Derecho Internacional no acepta como principal hipótesis de trabajo que los dos regímenes de responsabilidad puedan existir en forma totalmente independiente el uno del otro, es consecuencia en gran medida de la distinción e interrelación entre lo que ha denominado normas "primarias" y normas "secundarias".

En su *Informe* de 1973, la Comisión había sostenido que al abordar el tema de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, pretendía definir el contenido de las reglas llamadas "secundarias", en la medida en que dicha categoría de reglas busca determinar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento a las obligaciones establecidas por las reglas "primarias".¹⁶

La anterior distinción la aclara el relator especial R. Quentin-Baxter haciendo referencia al artículo II del régimen convencional prototipo establecido por la Convención de 1971 sobre la "Responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales", el cual estipula que: "Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial en la superficie de la tierra o a las aeronaves en vuelo".¹⁷

Esta disposición establece a cargo de los Estados partes una obligación "primaria" de otorgar una reparación por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Por efecto de una regla "secundaria", si un Estado parte no otorga la reparación debida

¹⁴ Quentin-Baxter, R., "Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias de actos no prohibidos por el derecho internacional", C.D.I., Doc. A/CN.4/346, 1981, p. 6.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶ C.D.I., *Anuario*, Doc. A/9001/Rev.1, 1973, vol. II, pp. 171-172, parr. 40.

¹⁷ "Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales: Washington, Londres y Moscú, marzo 29, 1972, *T.I.A.S.*, 7762, p. 47.

infringe su obligación internacional comprometiendo así su responsabilidad.

De aquí que, afirma su relator en el informe preliminar, se puede apreciar que el régimen de responsabilidad por actividades no prohibidas no contradice la universalidad de las normas (secundarias) de la responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, ya que los dos regímenes se sitúan en planos diferentes. Las obligaciones que se generan por actividades no prohibidas serán entonces el producto de reglas "primarias" particulares, cuya violación, como la de cualquier otra regla "primaria", hace intervenir las normas "secundarias" de la responsabilidad de los Estados por hecho ilícito.¹⁸

La ventaja analítica que ve su relator al incluir el tema de la responsabilidad por actos no prohibidos dentro de la esfera de las llamadas normas primarias es sobre todo en razón de que con ello se "ofrece la garantía absoluta de que no se ponen en peligro la aplicación corriente y ortodoxa de los principios y normas de la responsabilidad de los Estados".¹⁹

Igualmente, otra de las ventajas estructurales de no incluir el tema en cuestión dentro de la esfera de las normas secundarias, entendidas siempre éstas como aquellas que adquieren eficacia sólo cuando se produce una violación de una norma "primaria", es que no habrá necesidad de suministrar definiciones rígidas que entorpezcan el resultado del análisis posterior de la práctica estatal.

En términos más generales, ya no es necesario trazar una intrincada frontera entre el campo propio de este tema y el de la responsabilidad de los Estados. No se trata de soberanías competidoras, y la ampliación de una no se realiza a expensas de la otra.²⁰

3. Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos

Al hablar de las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional como fuente de la responsabilidad clásica, se distingue generalmente entre el "elemento subjetivo", constituido por el comportamiento imputable al Estado como sujeto de derecho internacional, y el "elemento

¹⁸ Ver, Quentin-Baxter, R., "*Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*", C.D.I., Doc. A/CN. 4/334, 1980 *op. cit.*, párrs. 19 a 25.

A propósito de la distinción entre estas dos categorías de normas el relator hace la siguiente afirmación general: "...ainsi peut-on dire que les règles secondaires ne sont qu'une matrice vide dans laquelle les règles primaires-celles qui établissent l'obligation-peuvent produire concrètement leurs effets", *Ibidem*, párr. 25.

¹⁹ Quentin-Baxter, R., "Segundo Informe..." Doc. A/CN. 4/346, *op. cit.*, p. 9 párr. 15.

²⁰ *Ibidem*, p. 11, párr. 17.

objetivo”, constituido por la infracción mediante dicho comportamiento de una determinada obligación internacional.²¹

Roberto Ago, siguiendo de cerca la tesis de Dionisio Anzilotti, no encuentra motivos suficientes para que además de los dos elementos antes mencionados, se considere al elemento del “daño” como un tercer factor condicionante de la existencia del hecho ilícito internacional.

“Toda violación de un compromiso contraído respecto de otro Estado, toda lesión de un derecho subjetivo de ese Estado, constituyen de por sí un perjuicio, material o moral, para dicho Estado”.²²

Esta tesis la ha defendido Ago explicando que lo que en realidad sucede es que al lado de la hipótesis en que con el solo comportamiento se incumple la obligación internacional (por ejemplo, negativa del órgano legislativo a la aprobación de una ley a la adopción de la cual se había comprometido el Estado mediante tratado), existe también la hipótesis en la cual se requiere de la concurrencia de un elemento suplementario. Así, en el caso del incumplimiento del deber de protección de la sede de una embajada extranjera es necesario que se produzca un “acontecimiento exterior”, como lo sería el ataque de particulares contra dicha embajada, para que se configure el hecho ilícito.

La importancia del daño material que en su caso se haya irrogado puede constituir un dato decisivo para determinar el importe de la reparación debida, pero no puede ayudar a determinar si se ha menoscabado un derecho subjetivo de otro Estado y por lo tanto, si existe un hecho ilícito internacional.²³

Es cierto que el “daño” puede concebirse como independiente de la noción del hecho ilícito, en tanto que no forma parte integrante del mismo, ya que viene a ser consecuencia de aquél.

Pero, si bien el daño no es fuente de la responsabilidad, es por lo menos la *condición* de ésta, ya que como lo ha demostrado lúcidamente Jean Combacau, sin perjuicio sufrido por una persona de derecho internacional no hay responsabilidad, puede existir hecho ilícito pero si no engendra un daño no puede dar lugar a una responsabilidad.

Sostener que la simple violación del derecho constituye en sí un daño puede ser una afirmación verdadera de acuerdo a la teoría del derecho, pero no conforme al derecho internacional positivo.²⁴

Nosotros no podemos menos que suscribir la anterior puntualización, ya que la práctica internacional demuestra hasta hoy día que puede muy

²¹ Ago, R., “Segundo Informe...”, Doc A/CN. 4/233, *op. cit.*, vol. II, p. 200-209.

²² *Ibidem*, p. 208, parr. 54.

²³ *Ibidem*, p. 209, parr. 58.

²⁴ Combacau, J., “La responsabilité internationale”, *Manuel de droit international public*, París, ed. Montchrestien, 1975, pp. 625-672.

bien existir, y sea o no de nuestro parecer, un hecho ilícito imputable a un Estado pero sin que se genere una responsabilidad porque el Estado que se pretende víctima no puede invocar la presencia efectiva de un daño jurídicamente calificado.

En el estado actual del derecho internacional, una demanda en responsabilidad no es admisible más que a condición de que el Estado demandante pueda aportar la prueba de que se le ha afectado un "interés jurídicamente protegido", esto es, que se le ha ocasionado un daño efectivo por la lesión de un derecho subjetivo.²⁵

Obviamente si se aceptara una acción de responsabilidad que tuviera por fundamento la invocación de una presunta violación al derecho objetivo, probablemente cualquier Estado podría prevalerse de ella, lo cual sería semejante a la admisión de una "*actio popularis*", figura que el derecho internacional positivo hasta hoy en día desconoce.

En otras palabras y como brillantemente ha analizado B. Bollecker-Stern, si el nacimiento de la obligación de reparar está siempre subordinada a la existencia de un daño distinto de la sola visión del derecho, entonces hay que admitir que la responsabilidad internacional se limita a desempeñar el papel de *garantía de la soberanía y la igualdad de los Estados*.

Y por el contrario si se admitiese que en ciertos casos la sola violación del derecho constituye en sí un daño susceptible de indemnización, que Bollecker-Stern califica de "*perjuicio jurídico*", dando lugar a una obligación de reparación, la responsabilidad desempeñaría entonces una función de *garantía del orden jurídico internacional*, con lo que, en forma un tanto velada, se estaría introduciendo en derecho internacional una cierta clase de contencioso de la legalidad.²⁶

4. Naturaleza del daño en accidentes extraterritoriales

Si para que se configure un hecho ilícito, conforme a derecho internacional, se requiere que exista una acción u omisión imputable al Estado,

²⁵ La Corte Internacional de Justicia en su fallo del 18 de julio de 1966 sobre el *Caso del Sud-Oeste Africano* declaró inadmisibles la acción de Etiopía y Liberia en razón de que los demandantes no habían probado que el comportamiento de la Unión Sud-Africana les hubiera ocasionado una lesión a un interés jurídicamente protegido. *Recueil des Arrêts Avis consultatifs et Ordonnances*, C.I.J., 1966, p. 6 y ss.

²⁶ Bollecker-Stern, B. *La préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*; ref. P. Reuter, París, Pedone, 1973, en particular pp. 29-90. Fuera de la hipótesis de *jus cogens*, Bollecker-Stern no encuentra en el derecho positivo la existencia de un derecho del Estado a ver el derecho internacional respetando en sí mismo. "...en droit international (...) l'intérêt que portent tous les Etats au respect du droit ne semble avoir subi une transformation coutumière en intérêt juridique, qu'en ce qui concerne quelques rares normes de la plus haute importance, faisant sans doute partie du jus cogens". *Ibidem*, p. 89.

consistente en una violación de una obligación internacional, el elemento del daño como hemos visto, se está omitiendo como condición expresa de la responsabilidad.²⁷

En la doctrina se ha sostenido que una objeción fundamental a la omisión de la referencia al daño como elemento adicional para la determinación de la existencia de un hecho ilícito internacional, podría surgir sobre la base de que la formulación del texto del artículo de la Comisión podría revelarse como inadecuado en el contexto de obligaciones no claramente definidas o especificadas en derecho internacional.

Así, la mayor crítica que puede formularse a este respecto, dice Günther Handl, reside en el hecho de que en una situación de derechos conflictuales territoriales, como serían en general los efectos extraterritoriales que son causados por una actividad lícita *per se*, los derechos y obligaciones de los Estados en cuestión no son verificables por referencia a ninguna regla específica y preexistente en relación con la actividad referida.²⁸

La determinación de los límites exactos de los derechos y obligaciones va a depender de una previa determinación de los hechos del caso. En las situaciones de derechos en conflicto, éstas necesariamente estarán caracterizadas además por reclamaciones de derechos y perjuicios sufridos.

Luego entonces se desprende lógicamente, que el daño va a servir como punto de partida en la determinación de los hechos del caso concreto, e indudablemente tendrá un impacto decisivo en la inferencia del principio general aplicable, como lo es el de "*sic utere tuo*", en conexión con los derechos y deberes de las partes en disputa.²⁹

5. Daños y efectos extraterritoriales

Lo que debemos preguntarnos, siguiendo a Handl, es si el derecho internacional de *lege lata* requiere prueba de la comisión de un perjuicio en el sentido de daño material como *conditio sine qua non* de la responsabilidad estatal, o si, por el contrario, el mero hecho de comprobar la existencia de efectos extraterritoriales (sin importar su naturaleza) puede generar una situación de responsabilidad.

En otras palabras, lo que interesa determinar es si conforme a derecho

²⁷ Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando: a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado; y b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional.

Texto del artículo 3o. (antes artículo 2o.) de la primera parte del proyecto aprobado por la Comisión en primera lectura. Ver. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, A.G.N. 10 (A/35/10), 32 período de sesiones, 1980, p. 63.

²⁸ Handl, G., "Territorial sovereignty and the problem of Transnational Pollution", *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, p. 60.

²⁹ *Ibidem*, p. 60.

internacional positivo, la prueba de la sola existencia de efectos ambientales extraterritoriales causados por la actividad lícita *per se* de un Estado pudiera llegar a ser equiparable a la comisión de un daño moral por invocación de una violación de soberanía al Estado afectado.³⁰

El análisis de la práctica internacional en general conduce a Handl a la afirmación de que un fallo en reparación por daño moral al Estado, sólo puede resultar como consecuencia de una conducta que es en ella misma prohibida por una clara y específica regla de derecho internacional público.

En este orden de ideas la diferencia en cuanto al contexto fáctico entre el *caso del Estrecho de Corfú* y el *caso I'm Alone* por una parte, y el *caso de la Fundición de Trail* por otra parte, consiste en opinión de Handl en lo siguiente: 1) La violación de soberanía en los dos primeros casos no fue asociada con la utilización del propio territorio ya sea por Gran Bretaña o por Estados Unidos, en tanto que en el caso de *Fundición de Trail* sí existió tal asociación. 2) La violación de soberanía en los primeros dos casos fue consecuencia o resultado de una conducta que estaba prohibida *per se* por una específica regla de derecho internacional, mientras que en el último de los casos la violación de soberanía fue la resultante de una actividad estatal lícita.

Independientemente de que esta segunda diferencia es la fundamental, Handl señala que en cuanto a las consecuencias de la violación de soberanía se refiere, todo parece indicar que en una situación del primer tipo de categoría antes referida (*Estrecho de Corfú, I'm Alone*), la responsabilidad puede surgir sin prueba de daño material, mientras que en una situación de la hipótesis última, es decir, un caso de polución transnacional, la responsabilidad estatal sólo se genera a partir de la prueba de la realización de un daño material.³¹

Esto, sin embargo, no debe prestarse a confusión en cuanto al contenido mismo de la sentencia de 1938 sobre la *Fundición de Trail*, en cuanto que el perjuicio, aun cuando debe ser establecido con convincente y clara evidencia, ninguna otra calificación substantiva puede ser inferida con certeza de la decisión arbitral. Luego entonces, de la sentencia misma no puede saberse, de acuerdo a Handl, si el término "*injury*" significa daño material solamente o también moral, ya que no puede decirse que el tribunal trató esta cuestión en forma concluyente.³²

³⁰ *Ibidem*, p. 52-53. Cuando Handl habla de efectos ambientales extraterritoriales independientemente de daño material hay que entender algo similar a la responsabilidad por "translimitación", conocida en los sistemas del *Common Law*.

³¹ *Ibidem*, pp. 60-66.

³² *Ibidem*.

6. Práctica estatal

En el altamente descentralizado sistema jurídico internacional, en el cual los Estados son a la vez creadores y receptores de las reglas de derecho, la línea entre la práctica estatal como evidencia de una costumbre (en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte) y como evidencia del proceso de formación de dicha costumbre es necesariamente fluida. La diferencia esencial ciertamente reside en la "*opinio juris*".³³

Handl encuentra particularmente difícil la tarea de determinar el elemento de la "*opinio juris*" en relación de ciertas declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales.

Independientemente del *status legal* de tales instrumentos (recomendaciones sin carácter obligatorio) bajo la constitución de la organización, puede suceder que una declaración o resolución en particular deba de ser considerada como reveladora de una clara expresión de "*opinio juris*" y por ello mismo poseyendo un carácter obligatorio.

En este sentido deberá ser considerado el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, el cual a la luz del objeto y fin de la mencionada Declaración, puede ser entendido solamente como haciendo referencia únicamente al daño material. Para Handl esto confirma que el daño de naturaleza material es la precondition de la responsabilidad del Estado surgida de una actividad lícita *per se*.³⁴

7. El hecho ilícito

El relator especial Quentin-Baxter en su segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, ha enfatizado la tesis de que así como no todo daño transfronterizo podría ser calificado como ilícito, igualmente en forma inversa tampoco es posible hablar de actividades lícitas en el sentido de actos permitidos sin importar cuáles fueren sus consecuencias transfronterizas, ya que de lo contrario dejaría de tener sentido o por lo menos sería superfluo, el tema objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional.

³³ *Ibidem*, p. 66. Handl entiende dicho elemento en los términos consagrados por la Corte en el caso de la plataforma continental en Mar del Norte. "...the belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it". North Sea Continental Shelf Cases, I.C. J., Reports, 1969, p. 44, parr. 77.

³⁴ Handl, "Territorial sovereignty...", *op. cit.*, pp. 66-68. En el caso del principio 21 no se trataría de hipótesis de declaraciones o resoluciones que en ausencia de una previa práctica estatal crean derecho en forma de legislación cuasi-internacional (Res. 1962 (XVIII)), ya que el concepto básico de responsabilidad consagrado en el principio 21 se fundamenta para Handl en lo que sin lugar a dudas debe ser considerado hoy en día como una práctica estatal bien establecida.

“No todos los daños transfronterizos son ilícitos; pero los daños transfronterizos apreciables no son jurídicamente insignificantes”.³⁵

El esquema del que ha partido el relator especial, es dar por sentado el criterio del “equilibrio de intereses”, como el medio más viable para lograr una solución a pretensiones antagónicas de Estados soberanos.

El permanecer el derecho internacional encasillado en el rígido criterio de la aplicabilidad del puro principio de lo lícito o lo ilícito no ofrecería una respuesta al problema del equilibrio entre la libertad de ejercicio del Estado soberano dentro de su territorio y su deber de no injerencia en el ámbito territorial de terceros.

Una vez que se ha decidido que no todo daño es ilícito, el criterio de lo ‘lícito’ ya no basta por sí solo (...) De la proposición que no todo daño es ilícito se desprende el corolario de que todo daño efectivo no es nunca jurídicamente menos apreciable.

Dentro de los parámetros de daño y de no ilicitud existe el mundo en que actos no prohibidos por el derecho internacional dan, sin embargo, lugar a responsabilidad u obligación.³⁶

Lo que nosotros debemos preguntarnos ahora es: ¿cómo entonces poder explicar la aparente contradicción que surge entre el ejercicio de actividades altamente riesgosas emprendidas dentro del territorio o jurisdicción de un Estado soberano, y el cumplimiento de la obligación, bien asentada en la jurisprudencia internacional (caso de la *Fundición de Trail*; caso del *Estrecho de Corfú*), de no permitir que se haga del territorio nacional una utilización perjudicial para terceros Estados?

Si nos atenemos al pensamiento de P. M. Dupuy la respuesta estaría dada con fundamento en los principios del derecho internacional, los cuales no parecen imponer ninguna obligación de resultado al Estado en el ejercicio de sus competencias territoriales. De aquí que pueda existir compatibilidad entre el desarrollo de actividades ultrarriesgosas dentro o a partir del territorio nacional, y el respeto del principio de utilización no perjudicial del territorio.

Si debiera seguirse a aquellos, continúa diciendo Dupuy, que abusivamente consideran (sobre todo en su apreciación del *Trail Smelter*) que el anterior principio instituye una verdadera obligación de resultado y no de medios o comportamiento, sería entonces la categoría misma de “actividades lícitas” la que desaparecería bajo el efecto de una presunción absoluta de responsabilidad, eventualidad ésta de sobra incompatible con el principio y práctica de la soberanía.³⁷

³⁵ Quentin-Baxter, *Segundo Informe*, A/CN. 4/346/Add 1,30 de junio de 1981, *op. cit.*, p. 11, párr. 59.

³⁶ *Ibidem*, p. 10, párrs. 6-7.

³⁷ Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages*

En otras palabras si toda actividad que provocase un daño originara instantáneamente una responsabilidad internacional del Estado bajo cuya jurisdicción territorial se realiza, desaparecería entonces la así llamada categoría de actividades lícitas objeto de estudio de la Comisión de Derecho Internacional.

Dentro de esta línea de razonamiento sería igualmente del todo inaceptable querer sostener que la actividad sería legalmente lícita si y sólo si la misma no fuera generatriz de daños; ésta iría en contra de todo rigor jurídico al estar condicionando la noción misma de licitud a consecuencias substancialmente diversas del contenido de su significación.

Así, si el principio de utilización no perjudicial del territorio fuese concebido como una estricta obligación de resultado, todo perjuicio ocasionado a un Estado que tuviere su origen dentro de la jurisdicción de otro Estado constituiría *ipso facto* una infracción al derecho internacional y esto, como veníamos siguiendo a Dupuy, generaría una presunción absoluta de responsabilidad, la cual en la práctica no se diferenciaría en mucho de las consecuencias de la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva.

8. *Obligaciones de resultado y comportamiento*

Por la evidente trascendencia que adquiere el calificar el principio de utilización no perjudicial del territorio nacional como una obligación de comportamiento y no de resultado, es necesario delimitar su exacta significación.

Al igual que la gran mayoría de los derechos civiles, el derecho internacional conoce la importante distinción entre obligaciones de resultado, aun cuando el significado en ambos órdenes jurídicos no sea del todo idéntico.

La condición de ilicitud se va a generar en forma diversa dependiendo el tipo de categoría de la obligación.

Si se trata de obligaciones de resultado la condición de ilicitud se produce desde el momento en que un Estado sufre un daño jurídicamente calificable, independientemente de cualquier consideración acerca de lo que el Estado al cual le es imputable dicho hecho haya realizado a fin de prevenir tal daño.

Por el contrario, en las obligaciones de comportamiento la condición de ilicitud no se realiza por la sola constatación del daño sufrido por un Estado, sino que además se requiere probar que el Estado presuntamente

d'origine technologique et industrielle, op. cit., pp. 221-226. Para Dupuy la formulación de un principio idéntico tanto en el caso de la Fundición de Trail como del Estrecho de Corfú, a partir de situaciones materiales diferentes pone en evidencia que el principio de utilización no perjudicial del territorio constituye a la vez el corolario y la contrapartida del ejercicio exclusivo de las competencias territoriales.

infractor no ha puesto en práctica todos los medios necesarios proporcionales al riesgo de que se produjesen tales daños.³⁸

Así, las condiciones de infracción de una obligación van a diferir dependiendo de ésta exija del Estado una actividad específicamente determinada o bien que se limite a exigirle un cierto resultado, dejándole la elección de los medios para su obtención.

La Comisión de Derecho Internacional ha retenido, siguiendo la práctica y jurisprudencia internacionales, la anterior diferenciación, afirmando que siempre y cuando una obligación internacional exija la adopción por cualquier órgano del aparato estatal (sea legislativo, administrativo o judicial) de un comportamiento específicamente determinado, la obligación en cuestión se encontrará ejecutada en caso de que el comportamiento específicamente requerido por la norma hubiese sido adoptado.

Habrá entonces violación de la obligación internacional que exige la observancia de un determinado comportamiento específico, cuando el comportamiento del Estado no se hubiere realizado de conformidad con la exigencia marcada por la obligación.

Así, por ejemplo, dice la Comisión, si una convención como la de 1965, relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación racial, impone al Estado abrogar las disposiciones legislativas que tengan por efecto crear dicha discriminación, la obligación es violada por el solo hecho de que las disposiciones en cuestión no hayan sido formalmente abrogadas aun cuando las mismas no hubieren sido jamás aplicadas.³⁹

Contrariamente a las obligaciones de comportamiento, las obligaciones internacionales de resultado no requieren el comportamiento específicamente determinado de los órganos estatales, sino que en esta última hipótesis es el *resultado* que se exige, el criterio decisivo para la constatación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

En opinión de la Comisión, no cabe duda que para establecer de qué manera se realiza la violación de una obligación internacional calificada en forma general como obligación de "resultado", lo que será determinante es el resultado alcanzado de hecho por el Estado en relación al resultado exigido por la obligación. Si estos dos resultados coinciden habrá entonces cumplimiento o ejecución de la obligación.

La constatación de la violación de una obligación de este género se hace entonces para la Comisión, de forma muy diferente a lo que sucede en el caso de obligaciones de "comportamiento", en donde el criterio decisivo para concluir a la ejecución o violación de la obligación está dado por la confrontación entre el comportamiento específicamente determinado requerido por la norma y el comportamiento adoptado por el Estado.⁴⁰

³⁸ Combacau, J., "La responsabilité internationale", *op. cit.*, p. 660.

³⁹ *Annuaire de la Commission de Droit International*, vol. II, A/CN. 4/SER. A/1977/Add 1 (Part 2), 1977, pp. 13-20.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 20-31.

9. La debida diligencia y actividades ultrarriesgosas

Hemos visto que si existe compatibilidad entre el desarrollo de actividades altamente riesgosas dentro de la jurisdicción de un Estado y el cumplimiento de la obligación de no-utilización perjudicial del territorio, es en virtud de que el derecho internacional no impone ninguna obligación de resultado al Estado en el ejercicio de sus competencias territoriales.

Sin embargo, para que el ejercicio de dichas actividades sea un ejercicio lícito, el derecho internacional requiere que las mismas se lleven a cabo mediante una efectiva diligencia preventiva, a la medida de los peligros que ellas generan y que son en sí mismos imprevisibles.⁴¹

La doctrina está de acuerdo en admitir que la noción de “debida diligencia” es introducida en el derecho internacional positivo a través de lo que se conoce como las “reglas de Washington”, consagradas en el Tratado del 8 de mayo de 1871, celebrado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos con objeto de someter a un arbitraje *ad hoc* el diferendo relativo al caso del *Alabama*.

De conformidad con dichas reglas un gobierno está obligado a:

1. Hacer uso de la debida diligencia para impedir el lanzamiento, armamento o equipamiento dentro de su jurisdicción de todo buque del cual tenga motivo para creerlo destinado a entrar en guerra contra una potencia con la cual está en paz.
2. No permitir o tolerar que ninguno de los beligerantes se sirva de sus puertos o de sus aguas como base de sus operaciones navales en contra del otro.
3. Ejercer la debida diligencia dentro de sus propios puertos y aguas, y en relación con toda persona dentro de su jurisdicción, a fin de impedir toda violación de las obligaciones y deberes que preceden.⁴²

Para nuestros propósitos se puede decir siguiendo a la mayoría de los tratadistas en la materia, que es el pensamiento de Max Huber en relación con el célebre caso de la *Isla de Palmas* sometido ante la Corte Permanente de Arbitraje, el que sitúa el fundamento de la obligación de la diligencia que se podría esperar de un Estado soberano en razón de las circunstancias dadas del caso.

La soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Ese derecho tiene por corolario un deber: la obligación de

⁴¹ Dupuy, P. M., “International liability for transfrontier pollution”, *Tendances actuelles de la politique et du Droit de l'Environnement*, I.U.C.N. Environmental policy and Law paper, núm. 15, Suisse, 1980, en particular pp. 368-371.

⁴² Ver el acuerdo entre Gran Bretaña y Estados Unidos instituyendo un tribunal de arbitraje *ad hoc*, y el fallo relativo del 14 de septiembre de 1872 en Lapradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, París, 1932, pp. 889 y ss.

proteger, al interior del territorio, los derechos de los demás Estados, en particular su derecho a la integridad y a la inviolabilidad en tiempos de paz y en tiempos de guerra, así como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero.⁴³

De una manera general, nos dice Dupuy, el derecho internacional se ha limitado a la reafirmación de ese solemne principio, dejando al Estado soberano la discreción de sus modalidades de ejercicio, y al juez, cuando de diferendo se tratase, el cuidado de apreciar en concreto la eficacia del comportamiento estatal.⁴⁴

Sin embargo, en un interesante informe del Secretariado de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, si bien se reconoce que la obligación general de diligencia es una noción flexible, susceptible de adaptaciones diversas, dependiendo de la situación fáctica en particular y de las posibilidades prácticas de supervisión, no por ello se deja de enfatizar que de conformidad al derecho internacional la obligación de diligencia está con todo constituida por un grupo de reglas medias o "standards" de comportamiento que los Estados deben observar:

- a) Los Estados deben poseer de una manera permanente el aparato jurídico y material suficiente para asegurar normalmente el respeto de sus obligaciones internacionales, y, deben dotarse en el campo de la protección al medio ambiente de la legislación y la reglamentación administrativa, penal y civil necesarias.
- b) El cumplimiento con el deber de diligencia implica, en concomitancia con el principio de la buena fe, que el Estado además de dotarse de la infraestructura legal y administrativa apropiada, deberá realizarlo con la diligencia y vigilancia apropiadas a las circunstancias.
- c) Igualmente, y aun cuando no hay identidad entre los principios, es sin embargo posible el apreciar íntimamente relacionados el deber de diligencia con el deber de cooperación internacional impuesto a los Estados, en particular por lo que se refiere a la protección al medio ambiente.⁴⁵

Lo anterior es obviamente compatible con la interpretación mayoritaria del principio 21 de la Declaración de Estocolmo, el cual establece que los Estados tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados, consagrando así la obligación de comportamiento y no de resultado.⁴⁶

⁴³ *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, p. 839.

⁴⁴ Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale...*, *op. cit.*, y también del mismo autor, "Due Diligence in the International Law of Liability", *Legal aspects of transfrontier Pollution*, O.E.C.D., París, 1977, pp. 369-379.

⁴⁵ Ver, "Observations on the concept of the international responsibility of states in relation to the protection of the environment", Note by the O.E.C.D. Secretariat, en *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, O.E.C.D., 1977, en particular pp. 380-388.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 385-386.

De la misma manera la mayoría de los miembros de la Comisión para el estudio de la contaminación fluvial del Instituto de Derecho Internacional, estuvieron de acuerdo en que la obligación de no contaminar se limita a una obligación de diligencia y a la fórmula general de que todo Estado está obligado a vigilar con una diligencia razonable, el hecho de que su territorio no sea utilizado como fuente de contaminación perjudicial para terceros.⁴⁷

10. *Soft Liability*

Dentro del esquema clásico de la responsabilidad internacional, la restitución en especie es considerada como el modo de reparación por excelencia.

Este tipo de reparación se traduce esencialmente en un restablecimiento efectivo de la situación que debería haber existido de no haber mediado la comisión de un ilícito internacional: restablecimiento del *statu quo ante*.

Si se piensa que el principio general de la reparación tiende a hacer desaparecer las *consecuencias* perjudiciales producidas por el hecho ilícito imputable al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, es entonces lógicamente explicable que la reparación en especie se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar toda reparación en general.⁴⁸

Sin embargo, en la práctica y aun cuando la *restitutio in integrum* sea teóricamente el modo de reparación que debe tener preeminencia, ésta es raramente susceptible de cabal aplicación ya que por múltiples razones, de orden material o jurídico, las situaciones factibles de un restablecimiento del estado de cosas anterior al ilícito son por demás escasas, como lo demuestran la práctica y jurisprudencia internacionales.⁴⁹

Ahora bien, en la hipótesis de reparación de daños transfronterizos del orden generalmente industrial, el problema llega a ser más agudo en la medida en que con frecuencia se revela casi imposible el hacer cesar en forma definitiva la actividad perjudicial, en vista de la gran importancia económica que puede revestir la misma para el desarrollo de la comunidad nacional.

Un caso que ilustra en buena parte el anterior estado de cosas es el referente al caso del *Fricktal inferior* entre la Confederación Helvética y la República Federal Alemana.

⁴⁷ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session d'Athènes, vol. 58, 1979. Ver particularmente las observaciones de Ch. Rousseau, pp. 304-305; Iguaz Seidl-Hohenveldern pp. 301-307; Sette Camara, pp. 302-309; Jan H. W. Vezijl pp. 311-313.

⁴⁸ Ver, Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Aspectos de la reparación en derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 27, México, UNAM, 1976, pp. 349-372; y del mismo autor: *Responsabilidad Internacional del Estado*, tesis UNAM, 1974, pp. 53-71.

⁴⁹ *Ibidem*.

Las emanaciones de una fábrica de *Alusuisse* situada al lado derecho de la ribera del río Rin, eran frecuentemente llevadas por el viento en dirección de la región del *Fricktal*, dentro del Cantón de *Argovie* en territorio helvético. A raíz de varias quejas de los agricultores por daños causados se creó, en 1954, una Comisión de investigación, pero sin que se llegara a una solución satisfactoria a largo plazo para ambas partes.

En 1958 la sociedad matriz *Alusuisse* y los quejosos convienen en celebrar una convención mediante la cual se encomendaba a diversos expertos la tarea de constatar regularmente los daños sufridos por el ganado, agricultura y bosques determinando el monto correspondiente a resarcir.

En la hipótesis en que los expertos no pudieran lograr conclusiones unánimes se preveía, por medio de dos acuerdos complementarios, que el litigio sería llevado ante un tribunal arbitral compuesto de dos árbitros y un presidente y subsidiariamente ante el Tribunal federal, actuando como única instancia.

El sistema de indemnización fue más tarde reemplazado por un nuevo acuerdo de fecha 14 de marzo de 1965, de conformidad con el cual *Alusuisse* otorgaría en adelante una indemnización global de 100,000 francos por año a las víctimas, comprometiéndose además a adoptar mejores medidas de prevención en función de los progresos técnicos presentes y venideros.

Constatándose posteriormente el monto de los daños superior a la cantidad anualmente acordada, un nuevo acuerdo fue celebrado en 1970 conforme al cual la cantidad de la indemnización se elevaba en 50,000 francos por año, con efectos retroactivos, a 1968.⁵⁰

En este tipo de casos se deja subsistir la causa del daño y solamente se tratan de reducir las consecuencias perjudiciales, pero sin garantizarse una terminación definitiva del daño que se viene generando.

En este tipo de situaciones Pierre-Marie Dupuy ha propuesto que se diga que el daño ha sido entonces no reparado, como sería el caso en un procedimiento clásico de responsabilidad, sino solamente "compensado", significándose con ello aquel tipo único de reparación imperfecta que es concomitante con la persistencia del daño y cuya función sería la de conciliar el mantenimiento de una actividad de interés general con la salvaguardia de intereses particulares.⁵¹

Es por ello por lo que Alexandre Charles Kiss se preguntaba ya en el Coloquio de La Haya de 1973 sobre la Protección del Medio, si a fin

⁵⁰ Balleneger, Jacques, *La pollution en Droit International*, Genève, Droz, 1975, pp. 224-226; Kiss, A. Charles, "Problèmes juridiques de la pollution de l'air", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Colloque de 1973, p. 201.

⁵¹ Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale...*, op. cit., p. 278. Es claro que este tipo de reparación que deja subsistir la causa del daño y no cubre la integridad del perjuicio, parecería como la compra por el autor del daño de algo así como un "derecho de polución."

de cuentas la comunidad internacional no estaría tendiendo cada vez más, en estos campos, hacia una forma de "soft responsibility" establecida por vía de acuerdo entre las partes interesadas y no hacia formas jurisdiccionales; siendo siempre lo importante la existencia de algo no menos efectivo que los mecanismos conocidos por la responsabilidad internacional clásica.⁵²

⁵² Kiss, A. Charles, *op. cit.*, p. 203, e intervención oral p. 497.