

CAPÍTULO I

LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL OBJETIVA POR ACTIVIDADES ULTRARRIESGOSAS

1. *Aplicabilidad del criterio del “riesgo excepcional”*

Las circunstancias en las cuales los daños extremadamente graves pueden ser producidos como consecuencia del desarrollo tecnológico de la actualidad plantean el problema de la reparación de los daños ocasionados por una actividad *lícita* del Estado.

El caso más claro y más frecuentemente citado de la institución de una responsabilidad por hecho lícito es el de la Convención del 22 de marzo de 1972, sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, en vigor desde el 1o. de septiembre de 1972,¹ en cuyo artículo 2o. se especifica que el Estado de lanzamiento tiene la responsabilidad absoluta de acordar la reparación del daño causado por su objeto espacial sobre la superficie de la tierra o en contra de las aeronaves en vuelo.²

En esta hipótesis, incluso si la actividad en cuestión ha sido emprendida por una persona moral de derecho privado, es el Estado de lanzamiento, bajo cuya jurisdicción se encuentra dicha persona, quien va a asumir completamente la responsabilidad del daño, no requiriéndose al demandante aportar prueba alguna de cualquier forma de posible negligencia.

La preocupación esencial de la doctrina de la responsabilidad por actividades ultrarriesgosas es la de proteger, de la forma más eficiente, a todos aquellos sujetos que pudieran llegar a ser víctimas de los peligros inmanentes que conlleva la evolución de la tecnología.

Para ello, lo que se requiere es apartarse de la consideración y evaluación del comportamiento del autor del daño, por la gran dificultad o incluso imposibilidad de demostración de algún tipo de conducta culposa, centrán-

¹ Véase texto de la Convención en la serie dirigida por Colliard, C. A., *Documents d'Etudes. Le Droit de l' Espace*, N. 3.04, 1973, pp. 12-15.

² Artículo 2o. “Un Etat de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial a la surface de la Terre ou aux aeronefs en vol”, *ibidem*, p. 12.

dose únicamente en la prueba del vínculo de causalidad entre la actividad desarrollada y el daño cometido, y, en todo caso, dándose por presunta la posible negligencia.³

Para C. Wilfred Jenks, la expresión “ultra-hazardous activities” no implica que la actividad es ultrarriesgosa en el sentido de que hubiera un alto grado de probabilidad de que el riesgo o accidente en cuestión pueda llegar a materializarse, sino, más bien, que las consecuencias en el excepcional e incluso bastante improbable caso de que el riesgo se materialice, pueden llegar a tener un alcance tal, que las reglas especiales concernientes a la responsabilidad por dichas consecuencias son necesarias a fin de evitar una muy seria injusticia.⁴

Si los desastres que puede ocurrir por tales actividades son improbables, son, sin embargo, potencialmente reales, y la responsabilidad tendrá que basarse en el riesgo, y no en ningún tipo de culpa o negligencia, con lo cual se elimina la carga de la prueba, la cual por la naturaleza del riesgo no es de esperarse razonablemente que pueda ser aportada por la víctima.⁵

La responsabilidad por actividades ultrarriesgosas se concibe, dentro de la visión de W. Jenks, como un problema esencialmente práctico, y que por ello requiere primordialmente soluciones de tipo pragmático, pero sin que ello quiera decir que el principio de la responsabilidad objetiva se convierta en el fundamento general de la responsabilidad; aquel solo encuentra su justificación en aquellos casos en que la responsabilidad clásica no sea susceptible de aplicabilidad.⁶

W. Jenks emprende un análisis de los principales instrumentos y convenciones internacionales referentes a aquellas actividades que conllevan peli-

³ Existe acuerdo general en que la doctrina de origen anglosajón de la “strict liability for abnormally dangerous activities”, tiene su fuente primera en el caso *Rylands vs. Fletcher* (1865): “We think that the true rule of law is that a person who for his own purposes brings on his land and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it at his peril, and if he does not do so, is prima facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape”. Véase Rodgers, William H., *Environmental Law*, West Publishing, 1977, pp. 158-163.

De acuerdo con el *Restatement of Torts*, en su sección 520, ningún factor es considerado en sí como determinante para saber si una actividad es o no anormalmente peligrosa. “Apparently strict liability may result even though the activity does not involve a high degree of risk if the risk carries with it the possibility of such widespread harm that it becomes abnormally dangerous”. Kelson, J., “State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity”, *Harvard International Law Journal*, vol. 13, 1972, p. 205.

⁴ Jenks, C. W., “Liability for ultra-hazardous activities in International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, I, 1966, p. 107.

⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁶ *Ibidem*, pp. 107 y 108.

gros o riesgos excepcionales en su desarrollo, principalmente en el campo de la aviación,⁷ de la contaminación aérea, fluvial y marítima,⁸ en el terreno nuclear,⁹ del espacio extraatmosférico,¹⁰ y finalmente de algunos posibles problemas que puedan presentarse por operaciones en la plataforma continental y fondos marinos, modificaciones climáticas, desarrollos cibernéticos y experimentos biológicos.¹¹

De todo ello concluye que el concepto de una responsabilidad general por actividades que implican riesgos excepcionales, hasta el momento en que no se consagre en una convención internacional de aceptación general, será claramente inaceptable para todos aquellos que todavía conciben al derecho internacional como un cuerpo limitado de reglas específicas que derivan su autoridad del consentimiento explícito de los Estados.

Pero para aquellos que, obviamente como Jenks, conciben el derecho internacional como un cuerpo dinámico y en desarrollo creciente en forma paralela con las necesidades de la sociedad internacional, no tendrán ninguna dificultad en aceptar el concepto de una responsabilidad general (*general liability*) en derecho internacional por actividades que entrañan un riesgo excepcional, aun cuando hasta ahora no haya encontrado expresión en convenciones generales, en pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, en decisiones jurisprudenciales o en práctica internacional de autoridad relevante.¹²

Por último, Wilfred Jenks propone una declaración de principios jurídicos aplicables a las actividades ultrarriesgosas en general, según la cual todo Estado (principios 5 y 6) sería objetivamente responsable por daños a la comunidad internacional, a otros Estados o a sus nacionales por actividades que impliquen riesgos excepcionales originados en su jurisdicción o bajo su control; comprendiéndose por dichas actividades (principio 12) todas aquellas que impliquen un riesgo de graves daños en escala internacional, sin poder ser eliminados ni con el mayor y más diligente cuidado y precaución, como serían todas aquellas actividades que pudieran ocasionar un cambio sustancial en el medio natural propio o de otro Estado, contaminación sería del aire o del agua, modificaciones de los procesos biológicos, perturbaciones en el equilibrio de fuerzas y presiones geofísicas, etcétera.¹³

⁷ *Ibidem*, pp. 111-120.

⁸ *Ibidem*, pp. 121-126.

⁹ *Ibidem*, pp. 127-146.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 147-157.

¹¹ *Ibidem*, pp. 158-169.

¹² *Ibidem*, pp. 176 y 177.

¹³ *Ibidem*, pp. 193-196.

En forma un tanto similar, John M. Kelson ha sostenido que la doctrina tradicional de la responsabilidad del Estado basada en la noción de culpa (*fault*), ya sea por comportamiento intencional o negligente, es una tesis altamente artificial e inadecuada para la determinación de la responsabilidad en casos en que se opere con grandes adelantos tecnológicos, como la producción de fuerza nuclear, ya que es casi imposible que pudiera llegarse a un consenso de los estándares de diligencia que deben ser requeridos en la operatividad de actividades de tal naturaleza.

Consecuentemente, a falta de dicho consenso, la imputabilidad de la culpa o negligencia al Estado sería imposible, aun cuando la actividad que ha patrocinado el Estado fuera la causa evidente del daño internacional ocasionado.¹⁴

El propósito esencial de John M. Kelson es demostrar, en forma categórica, que el criterio de responsabilidad objetiva debe ser reconocido como un principio general de derecho internacional en aquellos casos en que el perjuicio o daño internacional ha sido ocasionado por una actividad anormalmente riesgosa (*abnormally dangerous activity*).

Para tal fin, J. Kelson analiza varios sistemas de derecho interno, poniendo énfasis particular en los de Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética, concluyendo que de ellos se desprende un consenso coherente de la aplicabilidad de la tesis de la responsabilidad objetiva para aquellas actividades que implican riesgos excepcionales.¹⁵

De igual forma, pasa revista a los principales tratados o convenciones que consagran de una forma u otra el principio de la *strict liability*, en los campos de aviación, espacial, nuclear y de contaminación por hidrocarburos, con intención de demostrar que todo ello confirma la aceptabilidad de un principio general en derecho internacional por actividades ultrarriesgosas.¹⁶

Así, el principio general de derecho internacional relativo a tales actividades se formularía, de acuerdo con John Kelson, en la forma siguiente: en aquellas hipótesis en que el riesgo o peligro de daño proveniente de una actividad tecnológica o industrial sea de naturaleza sustancial, ya sea por la probabilidad o magnitud del daño, y tenga un carácter transnacional, el operador de tal actividad asumiría una responsabilidad objetiva por los da-

¹⁴ Kelson, P., "State responsibility and the abnormally dangerous activity", *Harvard International Law Journal*, vol. 13, 1972, pp. 198-201.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 203-211.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 211-226.

ños y perjuicios causados por la actividad en cuestión, independientemente de saber si el daño pudo o no haber sido evitado.¹⁷

Probablemente sea el profesor L. F. E. Goldie quien por primera vez en una forma detallada y sistemática haya expuesto los trazos particulares de la doctrina de la responsabilidad objetiva por actividades ultrarriesgosas.¹⁸

El autor centra su análisis en la recepción del criterio de la responsabilidad objetiva por actividades espaciales, pero enfatiza desde un principio que tal criterio podría ser aplicable *mutatis mutandis* al desarrollo progresivo del derecho internacional, en relación con problemas transnacionales ocasionados por la aplicación de la ciencia contemporánea a la industria y la tecnología, como son la utilización pacífica de la energía nuclear, el control ambiental, las exploraciones de gas y petróleo submarino y las explotaciones geológicas en las plataformas continentales.¹⁹

En opinión de Goldie, los sistemas de derecho doméstico poseen la autoridad suficiente para prohibir aquellas actividades que implican un riesgo extremo cuando las mismas no soportan un beneficio social a la humanidad. El derecho internacional, por el contrario, es en gran medida un sistema de normas permisivas y facultativas, y de ahí que, afirma Goldie, si tal tipo de actividades no pueden ser prohibidas, la potenciabilidad del daño que pueden ocasionar es susceptible de ser reducida a través de la imposición de la responsabilidad objetiva, ya sea en su forma de “strict liability” o en su forma extrema de “absolute liability”, es decir, aquella categoría que no admite excluyentes de responsabilidad.²⁰

¹⁷ “Where the risk of harm from an activity, technological or industrial, is substantial either in probability or magnitude of harm, and is transnational in character, the operator of the activity will be strictly liable for the injury and damage caused by that activity, whether or not the harm could have been avoided”. *Ibidem*, p. 229.

¹⁸ Goldie, L. F. E., “Liability for damage and the progressive development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, pp. 1189-1264.

El hecho de que Goldie lo haya expuesto en forma amplia y sistemática no quiere decir que anteriormente la doctrina haya ignorado el problema de los daños causados por actividades lícitas pero altamente riesgosas, como lo demuestra sin ambigüedades el profesor Paul Reuter en su curso de 1961 en La Haya: “...les circonstances dans lesquelles des dommages extrêmement graves peuvent être provoqués a la suite des développements techniques de la vie moderne posent des problèmes... que le droit international public ne pourra plus ignorer longtemps. Une action licite d’un Etat peut provoquer des dommages incalculables...”. Reuter, P., “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 103-II, 1961, p. 591.

¹⁹ Goldie, *op. cit.*, pp. 1189 y 1190.

²⁰ *Ibidem*, pp. 1220 y 1221. Esta idea central del pensamiento de Fred Goldie es recordada en varios otros escritos. Véase Goldie, “International principles of responsibility for pollution”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 9, 1970, pp. 308 y 309; “A general view

Digamos por último que Fred Goldie, en su curso de La Haya, se muestra, además, decididamente partidario, y esto a pesar del fallo de 1966 sobre el sudoeste africano, por el reconocimiento en derecho internacional de una *actio popularis*, a través de la cual un Estado podría, en nombre de la comunidad internacional y poseyendo un interés concreto, entablar una demanda ante la Corte Internacional de Justicia en contra de aquel Estado responsable de daños a la protección del medio ambiente.²¹

La tesis según la cual no existiría, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, nada que impidiera la configuración, en el ordenamiento internacional, de un principio, aunque sea la excepción, de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por una conducta lícita, ha sido ampliamente defendida por el jurista italiano Giuseppe Tesauro, y en particular con relación al campo de la contaminación marina.²²

Tesauro es de la opinión de que la falta de consistencia de la praxis, convencional y diplomática, no permite que por el momento se pueda hablar de una norma de derecho internacional consuetudinario que consagre una responsabilidad con otro fundamento que el del esquema clásico del hecho ilícito.²³

Si bien no existe una norma consuetudinaria, eso no quiere decir que no exista en dicho campo, según Tesauro, un principio general de derecho (artículo 38 del Estatuto de la Corte), entendido como una regla que aunque no se haya manifestado todavía en todas sus formas y aplicaciones en el ordenamiento internacional, es operante ya en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos más evolucionados.

El *status conscientiae* de los Estados respecto a la disciplina de ciertas relaciones internas es un indicio bastante consistente de su *status conscientiae* respecto a las disciplinas de las relaciones exteriores correspondientes.²⁴

of international environmental Law. A survey of capabilities trends and limits”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, Colloque, 1973, pp. 73 y 74.

²¹ Goldie, “A general view of international...”, *cit.*, pp. 103-109. “A form of international *actio popularis* developed for purposes of environmental protection... would be particularly relevant for vindicating shared claims for the protection of the atmosphere, the sea and common river systems”, pp. 108 y 109.

²² Tesauro, G., *L’inquinamento marino nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1971. Véase en particular el capítulo IV, pp. 143-195.

²³ *Ibidem*, p. 179. Para Tesauro, el fundamento de la responsabilidad objetiva es diverso del de la responsabilidad en general solo en el sentido de una modificación de la consideración de sus presupuestos y su relieve, en el sentido de que el acento cambia de la conducta perjudicial al daño y que se prescinda de la valoración de los componentes subjetivos de la conducta misma. *Ibidem*, pp. 174 y 175.

²⁴ *Ibidem*, p. 179.

De ahí que la objeción consistente en decir que la responsabilidad objetiva en los órdenes internos se presenta, ya en sí, como una excepción a la regla general de la responsabilidad por culpa, y que por ello no podría ser considerada como un “principio general”, no es una objeción con fundamento, de acuerdo Tesauro, ya que el problema es el establecer si respecto a determinadas hipótesis de eventos dañosos el principio de la responsabilidad objetiva, aun cuando excepcional respecto a la disciplina de la responsabilidad en su complejo, constituye o no una constante.²⁵

Lo que es importante saber, dice Tesauro, es si un cierto principio encontrado en los órdenes jurídicos internos desempeña un papel fundamental en la disciplina de determinadas relaciones, no importando si deroga en cierta manera principios diversos y, sobre todo, si los componentes histórico-sociales que representan la justificación racional pueden reproducirse en la misma medida en el ámbito del ordenamiento jurídico de la comunidad internacional, en cuyo caso no existe evidentemente, según dicho autor, ninguna razón para negar la posibilidad de identificar aquel principio con un principio general de derecho internacional.²⁶

En lo que respecta al problema de saber qué tipo de actividades deberían estar sujetas al régimen de responsabilidad objetiva, Tesauro sostiene que lo que realmente importa es el daño en concreto producido por una cierta actividad humana: en daños, por ejemplo, por contaminación marina no importa si la sustancia contaminante era o no, en sí (*di per se*), peligrosa y dañina.

Cuando una norma jurídica valoriza con carácter de excepcional la peligrosidad de un comportamiento, lo que se tiene en mira es la actividad en sí y su particular predisposición de provocar un daño, en términos ya sea de probabilidad, posibilidad o extensión y alcance del daño mismo.²⁷

2. *Apreciación crítica*

Para que la doctrina de la responsabilidad objetiva por actividades que impliquen riesgos excepcionales pueda ser aplicable dentro del ordena-

²⁵ *Ibidem*, pp. 179 y 180.

²⁶ *Ibidem*, p. 180. De hecho esta será la conclusión del autor: “...siamo del parere che le stesse esigenze che hanno suggerito l’applicazione del principio della responsabilità oggettiva nell’ambito dei rapporti disciplinati da ordinamenti interni sussitano anche perciò che si attiene ai rapporti tra stati”, p. 189.

²⁷ *Ibidem*, pp. 187 y 188. Para G. Tesauro, no es la “peligrosidad intrínseca” lo que justifica la responsabilidad objetiva: “...sostanze radioattive e idrocarburi, se considerati in se, sono termini incommensurabili per un giurista, tanto che voler fare paragoni e confronti sulla rispettiva pericolosità intrinseca davvero non ha senso”, p. 187.

miento jurídico internacional, es imprescindible como condición previa que exista un profundo análisis jurídico de los supuestos necesarios a la realización e implantación de un régimen de responsabilidad objetiva en las relaciones internacionales.

Es precisamente esta carencia de verdadero análisis jurídico lo que parece caracterizar a la mayoría de los autores defensores de dicha doctrina, ya que los mismos, como lo ha demostrado Pierre-Marie Dupuy, analizan insuficientemente la institución de la responsabilidad objetiva consagrada por el derecho internacional positivo, en vías de formación y, por otra parte, desconocen parcialmente las condiciones sociológicas y jurídicas necesarias al establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva, principalmente por vía de principio general de derecho.²⁸

Ahora bien, si se pretende aplicar un régimen de responsabilidad objetiva en derecho internacional por la reparación de daños ocasionados por actividades que comportan riesgos excepcionales, el concepto en sí parecería, en opinión de Dupuy, francamente inaccesible, y es por ello que los autores anglosajones se ven siempre indecisos entre la elección de una definición estrictamente jurídica y una definición de carácter material.²⁹

Así, por ejemplo, si se toma la definición de Wilfred Jenks sobre actividades que implican riesgos excepcionales, se hace evidente que al no poderse contentar su autor con el criterio jurídico (“...activities... which can not be eliminated by the exercise of the utmost care”) se ve precisado a complementarlo con una definición de carácter material, enunciando los varios tipos de consecuencias perjudiciales que eventualmente pueden vincularse a su ejercicio.

Esta forma de proceder es, como acertadamente lo señala Dupuy, doblemente contingente, ya que, por una parte, el control de las tecnologías empleadas evoluciona a un ritmo considerable, y, consecuentemente, los

²⁸ Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, pref. S. Bastid, París, Pedone, 1981, pp. 183 y 184.

P. M. Dupuy toma como ejemplo principalmente a Goldie y Jenks, y en menor medida a Kenson, y afirma que la alianza un poco paradójica de un idealismo solidarista y de un economismo pragmático impide que tales autores puedan realizar un profundo análisis técnico-jurídico del problema, que sin duda puede ser insuficiente en sí mismo, pero sin lugar a dudas es altamente indispensable. *Ibidem*, pp. 168 y 169.

²⁹ *Ibidem*, pp. 206 y 207. Además, es cierto que en la presentación que hacen de la responsabilidad objetiva, sus partidarios se sitúan aparentemente en forma un tanto indistinta, ya sea en un terreno de *lege ferenda* o de *lege lata*, presentando a veces sus tesis como solución futura, y a veces sosteniendo de una buena vez la existencia de un principio o costumbre general de responsabilidad objetiva en derecho internacional. *Cfr.* Cahier, Ph., “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international”, *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève et Leiden, Sijthoff, IUHEI, 1977, p. 426. Para este autor, Goldie y Jenks se sitúan más en una óptica de *lex ferenda* que en una visión de *lex lata*.

tipos de perjuicios susceptibles de ser provocados por tales actividades podrán evolucionar en forma similar, y, por otra parte, la evolución de los conocimientos científicos permitirá poner en evidencia la existencia de otras consecuencias perjudiciales, vinculadas a actividades reputadas hoy en día como de carácter y naturaleza inofensivos.

De aquí que no podría darse más que una definición general indicando en todo caso solo los caracteres principales a los cuales deberán responder tal género de actividades.³⁰

De lo anterior no se podría válidamente inferir que sea teóricamente imposible poder concebir a priori que una responsabilidad por riesgos excepcionales pudiera encontrar una expresión extracontractual, en el caso en que la actividad considerada se manifieste en forma patente como ultrapeligrosa y sin posibilidad de ningún margen de duda al respecto.

De hecho, lo que el profesor P. M. Dupuy enfatiza es que la experiencia de los derechos internos, lejos de incitar sistemáticamente a ver en el régimen de responsabilidad por riesgos excepcionales un principio general de derecho, invita, al contrario, a una gran prudencia, ya que todos ellos han tendido, más allá del abandono de la distinción entre cosas peligrosas y cosas que no lo son, a la efectiva instauración de leyes especiales para actividades rigurosamente individualizadas.

Así, el estudio comparativo de los diversos derechos nacionales enseña, además de lo precario de la noción de actividad ultrarriesgosa, que la institución de esta forma de responsabilidad es difícilmente concebible en ausencia de *lex specialis*.³¹

3. Tesis del profesor Philippe Cahier

El profesor Philippe Cahier, quien ha sostenido en un brillante estudio la existencia de una obligación de reparación en derecho internacional por actividades lícitas, pero que comportan riesgos excepcionales, basada esta en un principio general de derecho (independientemente por ello de todo marco convencional), parece salir al encuentro de algunas de las objeciones más serias lanzadas en contra de la doctrina de la responsabilidad por actividades ultrapeligrosas.

³⁰ Dupuy, P. M., *op. cit.*, pp. 207 y 208.

³¹ *Ibidem*, pp. 208 y 209. Su autor señala cómo, por ejemplo en Francia, a consecuencia de los peligros particulares que presentaban casos como los de la circulación aérea, la explotación de teleféricos o de centrales nucleares, ocasionó que se elaborara y se dictara para tales hipótesis una “ley especial” para cada una de ellas, que reglamentara su ejercicio en forma individualizada.

La regla de la utilización no perjudicial del territorio es una obligación de comportamiento y no de resultado; esto quiere decir que los Estados deben ejercer una debida diligencia para asegurarse de que su territorio no sea utilizado en contra de los intereses de terceros; pero no implica que tengan la obligación de garantizar que el territorio de su Estado no esté jamás al origen de un daño ocasionado a otro Estado.

Pero si esto es así, en caso de daños causados por actividades que comportan riesgos excepcionales, el Estado víctima debería ofrecer la prueba de que las autoridades estatales no ejercieron el control o vigilancia necesarios sobre las industrias que se dedican a tales actividades.

Aparte de la dificultad en sí del ofrecimiento de una prueba de tal naturaleza, los Estados, sostiene Philippe Cahier, ejercen en general sobre dichas actividades un control muy estricto, que corresponde probablemente a la obligación de diligencia que impone el derecho internacional, y por lo cual el derecho a la reparación no podría encontrarse en la existencia de un acto lícito cometido por el Estado causante del daño.³²

Los Estados obligados a reparar los daños causados por empresas que se dediquen a actividades que comportan riesgos excepcionales no podría ser el resultado más que de una norma consuetudinaria, o bien, en su defecto, producto de un principio general de derecho.

Sostener la existencia de una norma consuetudinaria en la materia parece muy problemático, ya que no solo la práctica internacional es rara y no concluyente, sino que además, dice Cahier, el número de convenciones (la mayoría no en vigor) que consagran una responsabilidad objetiva no es lo suficientemente abundante como para que se pudiera afirmar que estamos al origen de una regla consuetudinaria, ni menos para servir como elemento de prueba de la misma.

Además del hecho significativo de que si bien las convenciones que han consagrado un régimen de responsabilidad objetiva (por ejemplo, en derecho nuclear y espacial) muestra que los Estados firmantes estaban convencidos de la necesidad de adoptar tal régimen de responsabilidad, esto no quiere decir que por ello estaban convencidos de conformarse a una regla consuetudinaria.³³

³² Cahier, P. H., *op. cit.*, pp. 419 y 420. Esto no quiere decir que no pueda existir, según Cahier, paralelamente al derecho a la reparación causado por el accidente, un derecho basado en un acto ilícito, como lo fue el caso de la Fundición de Trail, en donde un Estado habiendo tenido conocimiento de que las actividades de una empresa ocasionaban daños al territorio de otro Estado, no hacía nada para hacer desaparecer la causa del daño. *Ibidem*, p. 421.

³³ *Ibidem*, p. 422. En el mismo sentido, el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional emprenda el análisis de la responsabilidad por riesgo producto de actividades lícitas es indicativo de que se tiene conciencia de la necesidad del estudio de dichos problemas, pero

4. *Principio general de derecho y teoría del riesgo*

Es, sin embargo, con base en los “principios generales de derecho”, entendidos como aquellos principios comunes a la mayoría de los órdenes jurídicos internos (artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte), en donde Philippe Cahier encuentra un fundamento extraconvencional a la teoría del riesgo en derecho internacional.

Su razonamiento básico es el siguiente: así como en derecho interno se tiene tendencia a renunciar a la noción de culpa para establecer, en caso de accidente, la responsabilidad civil de la persona que se dedica a actividades peligrosas, así en derecho internacional conviene renunciar, en casos semejantes, al acto ilícito y establecer la regla conforme a la cual el Estado debe reparar los daños ocasionados al territorio de terceros Estados como consecuencia de actividades que implican riesgos excepcionales realizadas dentro de su territorio.³⁴

El profesor Cahier se da cuenta de que podría objetársele el hecho de que la noción de culpa es bien diversa a la noción de acto ilícito, pero lo que hay que recordar, dice, es que para que exista un principio general de derecho no es necesario que exista una similitud de reglas, ya que el “principio general de derecho” está constituido por la esencia o principio subyacente, común a los diversos órdenes jurídicos internos.

El principio subyacente en cuestión sería el de la supresión de la culpa en tanto que elemento constitutivo de la responsabilidad civil por actividades peligrosas, con objeto de asegurar a las víctimas una protección más adecuada. Al hacer la transposición de dicho principio subyacente al campo del derecho internacional con las adaptaciones necesarias, tendremos que en este terreno el principio consistirá en la supresión del hecho ilícito como elemento constitutivo de la responsabilidad por daños ocasionados en el ejercicio de actividades ultrarriesgosas: siendo siempre la finalidad la de asegurar a las víctimas una protección más adecuada.³⁵

no es indicativo de la posible existencia de una norma consuetudinaria. En sentido contrario, Günther Handl sostiene que el trabajo de la Comisión es indicativo *prima facie* de la existencia en el derecho internacional general de la responsabilidad objetiva del Estado. Véase Handl, G., “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 551 y nota 122, en donde parece por lo demás malinterpretar en este punto el pensamiento de Philippe Cahier.

³⁴ Cahier, Ph., *op. cit.*, p. 427. Al comienzo de su estudio, Ph. Cahier afirma que si por culpa (*faute*) hay que entender un acto u omisión cometidos intencionalmente o con negligencia culposa, no parece que el derecho internacional moderno exija tal noción como elemento constitutivo de la responsabilidad, y esto lo prueba tanto la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. *Ibidem*, pp. 409 y 410.

³⁵ *Ibidem*, pp. 427 y 428.

En este orden de ideas, y si la regla en la materia es la expresión de un principio general de derecho, el profesor Ph. Cahier es de la opinión de que el principio mismo podría enunciarse de la forma siguiente:

Todo Estado está en la obligación de reparar los daños causados a otros Estados, o a residentes extranjeros, que sean resultado de actividades que, aunque siendo lícitas, comportan riesgos excepcionales y que son emprendidas ya sea por su propia cuenta o bajo el imperio de su jurisdicción.³⁶

Este derecho a la reparación sería independiente, como ya veíamos antes, de aquel que podría surgir de la eventual violación de la regla consuetudinaria (arbitraje del *Trail Smelter*; caso del Estrecho de Corfú, que exige que un Estado no permita la utilización de su territorio de manera perjudicial en contra de terceros Estados).

5. *Importancia del daño*

Los principales problemas que en opinión de Philippe Cahier pueden surgir de la enunciación de dicho principio general son los referentes a la noción de riesgos excepcionales, el problema de la imputabilidad y al establecimiento del monto de la reparación, independientemente de otros, como las causas de exoneración, el agotamiento de recursos internos, etcétera.

En cuanto a la noción de riesgos excepcionales, en un muy inteligente esfuerzo para encontrar solución al problema, el profesor Philippe Cahier, al contrario de otros autores, como W. Jenks,³⁷ piensa que no es tanto el tipo de actividad que debe ser tomado en consideración, sino lo que importa es la extensión del daño. Si el daño es importante, y deberá serlo para poder repercutirse en el territorio de un Estado extranjero, entonces, dice Cahier, es porque nos encontramos frente a una actividad que comporta riesgos excepcionales, abriendo derecho a reparación. “La realización de un daño de una gravedad tal que vaya más allá de las fronteras de un Estado es la prueba misma de un riesgo excepcional”.³⁸

De acuerdo con esta tesis, el problema desde un punto de vista práctico no se genera en derecho internacional, más que en el momento en que el

³⁶ “Tout Etat est tenu de réparer les dommages causés à d’autres Etats ou a des ressortissants étrangers à la suite d’activités qui, bien que licites, comportent des risques exceptionnels et qui sont entreprises soit pour son compte soit sous l’empire de sa juridiction”. *Ibidem*, p. 428.

³⁷ *Vid. supra*.

³⁸ “Pour nous, la réalisation d’un dommage d’une gravité telle qu’il dépasse les frontières d’un Etat est la preuve même d’un risque exceptionnel”, Cahier, Ph., *op. cit.*, p. 431.

daño se ha realizado, en que ha lesionado los derechos e intereses del territorio de otro Estado.

Ahora bien, de no adaptarse el criterio propuesto, centrado en el daño repercutido sobre un territorio extranjero como prueba misma de la actividad ultrarriesgosa, lo que sucedería, en opinión de Cahier, sería que el Estado víctima tendría que aportar la prueba de que los daños ocasionados son consecuencia de una actividad que implicaba riesgos excepcionales. Además de que dicha prueba difícilmente sería posible que se presentara, esto iría en contra totalmente de la teoría del riesgo, la cual nace en derecho interno precisamente para evitar a las víctimas la carga de la prueba.³⁹

Por lo que toca a la imputabilidad del daño, consecuencia de una actividad ultrarriesgosa, los problemas no surgirían cuando se tratara de órganos del Estado o de establecimientos u organismos públicos, sino cuando se tratara de empresas que poseen un carácter puramente privado.

En este último caso, por aplicación de la regla general, el Estado, salvo que hubiera infracción de la debida diligencia, no podrá ser considerado como responsable, como no lo es de los actos de personas particulares.⁴⁰

Por último, en lo relativo a saber si habría que fijar un límite a la reparación (como es el caso en materia nuclear), el profesor Philippe Cahier piensa que al igual que en derecho interno, generalmente no se fija un límite a la reparación de las personas o empresas; así, en ausencia de reglamento convencional, habría que admitir que los Estados deben reparar íntegramente todos los daños, aplicándose por lo demás las reglas comunes para la reparación en derecho internacional.⁴¹

6. Tesis de Günther Handl

El término “international liability” es utilizado por Handl para denotar una obligación internacional “secundaria” o “funcional” (principalmente

³⁹ *Ibidem*, p. 430 y 431. Para P. M. Dupuy, contrariamente a Ph. Cahier, la justificación profunda del régimen de responsabilidad por riesgo está dada por la imprevisibilidad de los daños que pueden causarse. La aplicabilidad de dicho régimen de responsabilidad dependerá sobre todo de la actividad que ha producido los daños, y no únicamente del carácter catastrófico, grave o espectacular del daño. Dupuy, *La responsabilité internationale des...*, *cit.*, pp. 219-223.

⁴⁰ Cahier, *op. cit.*, pp. 431 y 432. Esta situación en la cual no podría exigirse al Estado la reparación por daños causados por sociedades privadas le parece a Cahier inequitativa, y propone que en el futuro la Comisión de Derecho Internacional, mediante convención, introduzca la responsabilidad del Estado por daños provenientes de actividades ultrarriesgosas del sector privado. *Ibidem*, p. 432.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 432 y 433.

la de compensación), la cual surge frente al Estado víctima como resultado de la violación que comete el Estado autor del daño de su obligación “primaria” (esto es, su “responsabilidad”) de asegurar que las actividades bajo su control o jurisdicción no causen daños ambientales extraterritoriales.⁴²

En última instancia es el control físico sobre el territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye la base de la responsabilidad estatal por actos que afecten a terceros Estados.⁴³

Esta perspectiva funcional de la soberanía territorial, en el sentido de control estatal sobre un territorio, una población y recursos como el último depositario de la responsabilidad territorial, está concebido como pieza clave en el derecho ambiental.

Antes de la Declaración de Estocolmo de 1972, la práctica estatal y las principales decisiones jurisdiccionales (*Trail Smelter*; Estrecho de Corfú) trataban de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados en el contexto de las actividades llevadas a cabo en el interior del territorio estatal.

En contraste con este estado de cosas, la finalidad de la obligación contenida en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, dice Handl, se extiende incluso a las actividades realizadas en cualquier lugar fuera del territorio estatal, siempre y cuando dicho Estado tenga la prioridad en el ejercicio del control sobre la conducta violatoria.⁴⁴

Ahora bien, el estándar general de la responsabilidad en derecho internacional parece claramente basado, dice Handl, en la culpa (*fault*), pero no en el sentido de negligencia culpable, malicia o dolo, por parte del órgano del Estado, sino en el sentido de violación de una obligación internacional impuesta por el derecho positivo, mas no en la culpa subjetiva como en derecho interno.⁴⁵

⁴² Handl, G., “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *op. cit.*, p. 526 y nota 5.

⁴³ Esta idea la fundamenta Handl en la Opinión Consultiva dictada por la Corte Internacional de Justicia en 1971 a propósito del problema de Namibia.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 528. De acuerdo con esta visión, las actividades privadas en el espacio extraterrestre, en altamar o en la plataforma continental, quedarían encuadradas sin duda en la hipótesis del principio 21: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y 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 o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, A/CONF.48/14/Rev. 1, 1973, p. 5.

⁴⁵ Handl, G., “State liability...”, *cit.*, p. 536, nota 50. Los debates en el seno del Comité Preparatorio encargado del Proyecto de Declaración de Estocolmo revelan una clara

La hipótesis prevista en el principio 21 es la de una conducta lícita *per se* (“lawful per se”), en el sentido que denota un comportamiento que no es *ab initio* contrario al derecho internacional porque no es violatorio de ninguna conducta específica prevista en norma jurídica alguna. Dicha conducta podrá convertirse en ilícita si llega a producir significativos daños ambientales extraterritoriales.⁴⁶

7. Responsabilidad objetiva como principio general de derecho

Si bien la jurisprudencia internacional no prevé una base para sostener la existencia de la responsabilidad objetiva por solución transnacional como un principio general, como tampoco lo ofrece la práctica legal internacional, la cual definitivamente reconfirma la necesidad del estándar de la culpa como elemento fundamental, el profesor Günther Handl cree que, con todo, es permisible proceder bajo la suposición de que una *strict liability* por actividades anormalmente riesgosas existe hoy en día como un principio de derecho internacional general.⁴⁷

Handl opina que una exposición jurídica en detalle para fundamentar la anterior aseveración resulta entre otras cosas inútil, ya que la evidencia que se aduce a tal fin es contradictoria, pero que no se puede negar una sustantiva y creciente corriente doctrinaria que apoya la idea de una responsabilidad estatal objetiva fuera del marco convencional en las hipótesis de las actividades ultrarriesgosas.⁴⁸

oposición de la mayoría a la imposición de una responsabilidad objetiva. Véase U.N. Doc. A/CONF.48/PC. 12 Ann. 15 parr. 65 (1972). Para Handl, el caso del Trail Smelter, estrecho de Corfú y lago Lannoux, confirman que el principio de la culpa o negligencia es el estándar jurídico internacional de la responsabilidad por contaminación transnacional. Véase Handl, *op. cit.*, pp. 536-639.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 539, nota 67. Además de que es obvio que en el arbitraje del *Gut Dam* entre Estados Unidos y Canadá no existe precedente de responsabilidad objetiva (el acuerdo previo preveía el régimen de responsabilidad), Handl, con razón, afirma que incluso no se entiende cómo dicho arbitraje podría tener relevancia alguna, ya que la construcción del dique por parte de Canadá requería necesariamente la autorización previa por parte de los Estados Unidos. La hipótesis del principio 21 es el de que una actividad lícita *per se* no sujeta al veto del Estado vecino, en ausencia de evidencia de que llegue a producir significativos daños extraterritoriales. *Ibidem*, pp. 538 y 539.

⁴⁷ Así, Handl (*ibidem*, pp. 540-553) se refiere también a la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre contaminación fluvial por la que se confirma que el principio jurídico consuetudinario de la “devida diligencia” es el estándar para evaluar si el Estado ha cumplido con su obligación de evitar daños extraterritoriales. Artículos II y III de la Resolución sobre “The pollution of rivers and lakes and the international Law”, adoptada por el Instituto en su sesión de Atenas (septiembre 4-13, 1979).

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 552 y 553.

Hay que señalar que Handl cita en apoyo de su tesis, además de juristas tales como Kelson, Jenks, Goldie y Tesauro, a otros internacionalistas, como Riccardo Luzzato, Ludwig A. Teclaff y M'Gonigle Zacher. Sin embargo, si nos referimos a los estudios de estos últimos tres autores, no parece que pueden ser citados, según se pretende, como apoyo “aún más calificado” para dicha tesis.

Así, R. Luzzato se refiere al caso diplomático *Diago Fukurgu Maru*, de 1954, entre Estados Unidos y Japón, considerando la suma acordada por Estados Unidos como un arreglo “giuridicamente obligatorio”.⁴⁹

Si bien es cierto que Estados Unidos otorgó al Japón una suma de dos millones de dólares por los daños ocurridos a consecuencia de las experiencias nucleares efectuadas en las islas Marshall, el gobierno estadounidense siempre precisó que se trataba de una compensación *ex gratia* y, por lo tanto, independiente de todo reconocimiento de una verdadera obligación de resarcimiento.⁵⁰

Por su parte, Ludwig A. Teclaff, a propósito del régimen de responsabilidad objetiva, sostiene que aun cuando la necesidad de una regla en tal sentido es indiscutible, la evidencia es hasta ahora tan escasa y pobre para hablar siquiera de una tendencia en derecho positivo.⁵¹

De igual forma, los autores M'Gonigle y W. Zacher consideran en forma bastante escéptica que la *strict liability* como principio consuetudinario de derecho internacional pudiera haber entrado en el terreno del derecho positivo.⁵²

De cualquier forma, Handl, apoyándose directamente en W. Jenks, sostiene que en última instancia saber si la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas existe o no dentro del marco del derecho internacional general depende de la perspectiva que se tenga de la ciencia del derecho internacional.⁵³

⁴⁹ Luzzato, R., “Responsabilità e colpa nel diritto internazionale”, *Revista di Diritto Internazionale*, vol. LI, 1968, pp. 101-105.

⁵⁰ Sobre el caso véase Goldie, “Liability for damage...”, *cit.*, pp. 1231 y ss., y Balleneger, *La pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, pp. 208-210.

⁵¹ Teclaff, L. A., “International Law and the protection of the oceans from pollution”, *Fordham Law Review*, vol. XL, 1972, p. 547.

⁵² Gonigle, M' y Zacher, M., *Pollution Politics and International Law*, foreword M. F. Strong, University of California Press, 1979, p. 152. A propósito de la responsabilidad objetiva sostenida por Goldie, dichos autores afirman “There is, however, no certainty about this point, and with the prevalence of fault liability in other areas of maritime law, there has been a strong inclination toward a continuing reliance on it in international pollution incidents”.

⁵³ Handl, G., *op. cit.*, pp. 551 y 552. “The question ultimately reduces itself to one’s jurisprudential perspective on international law itself”, *ibidem*, p. 552.

8. *Concepto de actividad anormalmente peligrosa*

El campo de la responsabilidad objetiva del Estado por daños transnacionales ambientales quedaría circunscrito al supuesto de la contaminación transnacional accidental, y, en este sentido, a los accidentes que no presenten en forma alguna una culpa (*fault*) imputable al Estado.

Si la pérdida ocurrida debe ser imputable, no a la víctima, sino al Estado contaminante, dentro de un sistema internacional generalmente basado en la culpa, deberá recurrirse a este propósito al concepto de actividad de naturaleza anormalmente peligrosa.

En ausencia de una determinación a priori, por acuerdo concertado entre las partes, de que una cierta actividad es en sí riesgosa transnacionalmente, el término de *abnormally dangerous activity* deberá ser entendido, afirma Handl, como un concepto que implica un excepcional o significativo riesgo de un severo daño transnacional, pero que contiene una escasa o mínima probabilidad de que dicho daño llegue a materializarse.⁵⁴

De aquí que Handl no acepte la fórmula del profesor Ph. Cahier, antes vista (la prueba misma de la actividad ultrarriesgosa está dada por la repercusión del daño en el territorio de otro Estado), pues si bien su atractivo es evidente, lo extensivo de la misma incluiría daños accidentales de mínima consecuencia.

Pero parece perfectamente establecido, dice Handl, que hasta que y solamente que una actividad se califique claramente como naturaleza ultrarriesgosa, un daño transnacional no generaría *per se* una responsabilidad objetiva; después de todo, añade, hay que recordar la máxima según la cual el derecho no se ocupa de cosas de mínima cuantía (*de minimis non curat praetor*).⁵⁵

En suma, para Handl, la responsabilidad objetiva en general presupondrá un elemento de especial peligro, identificable este en vinculación con la actividad perjudicial de naturaleza transnacional.

En ausencia de una definición a priori, a través de tratado, la calificación de este elemento va a requerir un análisis contextual *ex post facto*, en el cual un daño accidental de carácter severo y transnacional va a mostrar la evidencia concluyente de la presencia de un “peligro especial”. Pero incluso en ausencia de un daño severo, admite Handl, el Estado puede incurrir en responsabilidad objetiva, siempre y cuando haya incumplido su deber de

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 553-555. La anterior definición está inspirada en la doctrina de W. Jenks. Cfr. “Liability for ultra-hazardous...”, *cit.*, p. 107.

⁵⁵ Handl, *op. cit.*, p. 555.

proporcionar información previa y que el daño en cuestión sea al menos “sustancial” o “significativo”.⁵⁶

9. *Imputabilidad al Estado por actividades privadas*

Por último, el argumento según el cual el Estado que ejerce el control no es responsable por una conducta privada, aun cuando claramente se establezca que se trata de una actividad ultrarriesgosa, a menos que le sea imputable, es un argumento inaceptable para Günther Handl, por estar basado en una extensión no justificada de la regla de la imputabilidad (elemento esencial en el estándar de la responsabilidad tradicional) a actividades claramente sujetas al régimen de excepción, esto es, al de la responsabilidad objetiva.⁵⁷

Si en la mayoría de los casos las autoridades estatales, es de suponerse que ejercen no solo un estricto control en relación con la autorización para llevar a cabo actividades excepcionalmente peligrosas (en el sentido de que pueden implicar significativos daños transnacionales), sino, además, sobre las modalidades del ejercicio de dichas actividades por particulares, el Estado está entonces íntimamente vinculado con el ejercicio y desempeño de las mismas.

La constatación del hecho anterior justificaría por sí solo —dice Handl— la imposición de una responsabilidad objetiva al Estado que ejerce el control, por todo daño transnacional que pudiera resultar del ejercicio de tales actividades, aun cuando materialmente sean desempeñadas por entidades privadas.⁵⁸

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 555-557. A propósito de la obligación de “información previa” en relación con aquellos Estados expuestos a un riesgo significativo de contaminación transfronteriza, obligación que, dicho sea de paso, difícilmente tiene sus contornos bien precisos en el derecho positivo, Handl dice lo siguiente: “...insofar as the state’s violation of its international obligation is not necessarily causally linked to the damage, but is still made the criterion for determining international liability, the controlling state is obviously deemed to incur strict liability for the transnational injury”. *Ibidem*, p. 556.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 557 y 558. Este punto de vista compartido en cierta forma por autores como Jenks y Kelson, es una tesis dirigida en contra de lo expuesto por Ph. Cahier, quien, como se vio, sostiene que nada por el momento parecería justificar una derogación a la regla general de la no imputabilidad al Estado por actividad esencialmente de naturaleza privada.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 558 y 559.