

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL POR DAÑOS TRANSFRONTERIZOS

En el presente capítulo nos hemos propuesto llevar a cabo el análisis de algunos de los casos más significativos para la comprensión de la responsabilidad que pueda llegar a generarse por la producción de daños transfronterizos en derecho internacional.

El examen de la presente jurisprudencia —con especial tratamiento del *Trail Smelter*— se realiza principalmente a través de la exégesis misma de los fallos arbitrales o judiciales de que se trate, pero sin descuidar el recurrir además al análisis crítico de la doctrina contemporánea más autorizada al respecto.

Solo el estudio cuidadoso de la jurisprudencia internacional y de la práctica diplomática nos puede permitir una evaluación real del alcance y del contenido de la posible inserción en derecho internacional de un principio de responsabilidad aplicable al caso de víctimas de daños transnacionales fuera de los marcos clásicos de imputabilidad por hecho ilícito.

El problema que sigue aún sin resolver en forma definitiva en el derecho internacional positivo es aquel de saber si un Estado será responsable de todo daño ocurrido en el ámbito de su jurisdicción, y que produce consecuencias perjudiciales fuera del mismo, o bien si el deber de la debida diligencia sigue siendo la medida y criterio para la evaluación de sus derechos y obligaciones.

1. *Importancia del caso Trail Smelter*

El precedente sentado por el arbitraje de *Trail Smelter* entre Estados Unidos y Canadá⁵⁹ ha sido considerado por la doctrina como el *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a la contaminación

⁵⁹ Véase el texto del laudo arbitral de 1938 y de 1941, junto con el texto del acuerdo de arbitraje de 1935 en *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III, Naciones Unidas, pp. 1906-1982.

transfrontera,⁶⁰ afirmándose que toda discusión sobre el derecho internacional general realtivo a la contaminación debe comenzar y forzosamente terminar con el examen y mención de dicho arbitraje.⁶¹

Por su parte, Alexandre-Charles Kiss ha expresado que difícilmente podría no insistirse demasiado sobre la importancia del caso del *Trail Smelter*, ya que para comenzar el acuerdo de arbitraje es en sí de gran relevancia, en la medida en que ya se consagra en el instrumento mismo la responsabilidad del Estado por actos de contaminación cuyo origen se encuentra dentro de su propio territorio, ocasionando daños en el territorio de terceros Estados, porque además es prueba de la insuficiencia de la técnica de la responsabilidad para solucionar el diferendo, necesiéndose ir más allá; esto es, hacia una reglamentación común y una cooperación entre los Estados interesados.⁶²

Del arbitraje mismo, son varias y muy numerosas las conclusiones que pueden ser inferidas, pero principalmente hay que decir que además de establecer de una vez por todas el principio de la responsabilidad (*liability*) internacional por daños causados al medio ambiente de otro Estado, enfatiza con claridad la obligación del Estado de velar por que la realización de actividades privadas se desarrolle de conformidad con el derecho internacional, y por último, reconociéndose implícitamente que el problema de la contaminación transfronteriza no puede ser resuelto con el solo pago de una indemnización por los daños ocurridos más allá de las fronteras del Estado.⁶³

A. Arbitraje de la Fundición de Trail

El río Columbia tiene su fuente en el dominio de Canadá. En un sitio dentro de la Columbia Británica denominado Trail, el río pasa al lado de una fundición localizada en una garganta, y en donde se realiza la fundición

⁶⁰ Handl, G., "Territorial sovereignty and the problem of transnational pollution", *American Journal of International Law*, 1975, p. 60.

⁶¹ Rubin, P. A., "Pollution by analogy: the trail smelter arbitration", *Oregon Law Review*, 1970-1971, p. 259. Es cierto que actualmente es imperativo un examen cuidadoso del laudo, pues, como dice Rubin, muchas veces dicho precedente puede solamente ser susceptible de aplicación, a condición de llevarlo a un nivel tal de abstracción que rebasa con mucho su propia lógica interna.

⁶² Kiss, A. Ch., "Problèmes juridiques de la pollution de l'air", *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, 1973, pp. 173 y 174.

⁶³ Kiss, A. Ch., *Survey of the current development in International Environmental Law. IUCN Environmental policy and Law Paper, Switzerland*, No. 10, Fust., 1976, p. 46, "Ultimately, the basis of the evolution of international legal rules concerning the protection of the environment may be found in the award given in the Trail Smelter case".

de grandes cantidades de zinc y de plomo. La distancia de Trail a la línea fronteriza es de aproximadamente once millas siguiendo el curso del río.⁶⁴

En 1896 se había establecido una fundición cercana a la localidad conocida como Trail bajo el patrocinio norteamericano. Para 1906, la empresa denominada Consolidated Mining and Smelting Company of Canada adquirió la propiedad de la planta de fundición de Trail.

Desde esa época, la Canadian Company va a explotar sin interrupción la mencionada fundición, ampliándola en forma periódica hasta llegar a convertirla en una de las mejores equipadas y más exitosas fundiciones de aquellos años.

En 1925 y 1927 la fundición aumentó de manera considerable la cantidad diaria de minerales fundidos de plomo y zinc, con lo cual provocó una más intensa descarga en el aire de gases de bióxido de azufre en concentraciones y cantidades cada vez mayores.⁶⁵

Por lo menos desde 1925 hasta finales de 1931 se constataron daños en el estado de Washington como consecuencia de las emanaciones de bióxido de azufre provenientes de la Fundición de Trail.

Al presentar varios granjeros quejas por daños ocasionados a sus propiedades, la compañía les comenzó a otorgar indemnización por los perjuicios argüidos.⁶⁶

La cuestión de las emanaciones y daños causados fue presentada a nivel oficial por vez primera por medio de una comunicación del cónsul general de Estados Unidos en Ottawa dirigida al gobierno de Canadá, en junio de 1927.

Más tarde, en diciembre de ese mismo año, el gobierno de Estados Unidos propondría al gobierno de Canadá que los problemas surgidos como consecuencia del funcionamiento de la Fundición Trail fueran remitidos a la Comisión Internacional Conjunta, a fin de llevar a cabo una investigación y presentar un informe, de conformidad con el artículo IX de la Convención entre Estados Unidos y Gran Bretaña, del 11 de enero de 1909.⁶⁷

B. Informe de la Comisión Internacional Conjunta

La Comisión Internacional Conjunta comenzó a reunirse a partir de octubre de 1928, para la recepción y examen de pruebas, informes científicos

⁶⁴ *Trail Smelter Case, Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III, Naciones Unidas, pp. 1913 y 1941.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1917.

⁶⁶ La primera queja formal fue hecha en 1926 por J. H. Stroh, cuya propiedad estaba localizada a algunas millas al sur de la línea fronteriza. *Ibidem*, p. 1917.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 1918.

cos, desahogo de testimonios, argumentos y alegatos de los defensores tanto de Estados Unidos como del Canadá.

El 28 de febrero de 1931 la Comisión estableció en forma unánime que todos los daños pasados y todos los que se ocasionaran hasta el 1o. de enero de 1932 serían compensados con la suma de \$350,000 dólares, recomendando además que se pusieran en funcionamiento varias medidas con objeto de reducir las emanaciones de gases perjudiciales.

Sin embargo, dos años después del rendimiento del anterior informe, el gobierno de Estados Unidos se dirigía al gobierno de Canadá para comunicarle que las condiciones existentes eran por completo insatisfactorias y que los daños causados a los cultivos continuaban siendo de gran envergadura, por lo cual se reanudaron con ello las negociaciones diplomáticas.⁶⁸

C. Acuerdo Especial de Arbitraje de 1935

El anterior estado de cosas llevó a las partes interesadas a la celebración de un acuerdo internacional de arbitraje para la solución del diferendo, firmado en la ciudad de Ottawa el 15 de abril de 1935.⁶⁹

De conformidad con el artículo III del acuerdo arbitral, el tribunal debería pronunciarse en forma principal sobre las siguientes cuatro cuestiones:

1. Si los daños ocasionados por la Fundición Trail en el estado de Washington se han producido a partir del 1o. de enero de 1932 y, de ser ello así, ¿qué indemnización debería pagarse por ellos?
2. En la eventualidad de que la respuesta a la primera parte de la cuestión precedente fuera en sentido afirmativo, ¿debe entonces exigirse a la Fundición Trail que se abstenga de ocasionar daños en el futuro en el estado de Washington, y, de ser ello así, en qué medida?
3. A la luz de la respuesta a la cuestión precedente, ¿qué medidas o régimen, si los hubiera, deberían ser adoptados o mantenidos por la Fundición Trail?
4. ¿Qué indemnización o compensación, si procediera, debería ser otorgada en razón de cualquier decisión o decisiones dictadas por el tribunal, de conformidad con las dos cuestiones precedentes?⁷⁰

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 1918 y 1919.

⁶⁹ *Convention for settlement of difficulties arising from operation of Smelter at Trail, B. C.* El cambio de ratificaciones se efectuó el 3 de agosto de 1935. Texto del acuerdo reproducido en *R. S. A.*, vol. III, *op. cit.*, pp. 1907-1910.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 1908. El tribunal de arbitraje, de acuerdo con el artículo II del tratado, se integró por tres juristas: Charles Warren, de nacionalidad norteamericana, Robert A. E.

Hay que señalar que en el compromiso arbitral, además de señalarse los pasos procedimentales a los que se debería atener el tribunal, se especifica igualmente que para la solución del diferendo el tribunal debería aplicar el derecho y la jurisprudencia existente en los Estados Unidos, relativos a los fenómenos de polución, así como el derecho y la práctica internacionales, tratando de llegar a una decisión justa para las partes interesadas.⁷¹

D. *El laudo arbitral del 16 de abril de 1938*

En su laudo arbitral de 1938, la comisión arbitral se ocupa primeramente del estudio detallado del clima y de la topografía de la región, y de un análisis minucioso de la dirección de los vientos y de las corrientes y sus efectos sobre los cultivos presupuestadamente afectados por la contaminación.

Basándose sobre la evidencia de las pruebas científicas aportadas, Estados Unidos, afirma la Comisión, ha sostenido que los daños eran ocasionados por la emanación de gases de bióxido de azufre provenientes de la Fundición Trail, que avanzaban a través del valle del río Columbia, penetrando así en territorio estadounidense.

El gobierno de Canadá, por su parte, alegaba que incluso si los gases de bióxido de azufre habían penetrado en territorio estadounidense, no habían originado ningún daño después del 1o. de enero de 1932.⁷²

La comisión arbitral, después de considerar varios puntos de vista sobre la teoría del mecanismo de distribución de gases y no considerando aquélla completamente aceptable, llega a la conclusión de que con base en la comparación y en el estudio minucioso de los datos suministrados por ambos gobiernos, en numerosas ocasiones las emanaciones aparecen en forma prácticamente simultánea en puntos situados a muchas millas de distancia entre sí a lo largo del valle, constatándose esto último especialmente durante la estación de crecimiento de las tierras de labor.

Así, el tribunal es de la opinión que los humos que emanan de las chimeneas del Trail Smelter penetran en las corrientes superiores de aire y son transportados por las mismas en un movimiento relativamente continuo a

Greenshields, de nacionalidad canadiense, y Jan Frans Hostie, de nacionalidad belga, fungiendo este último como presidente del tribunal.

⁷¹ *Ibidem*, artículo IV, p. 1908. El hecho de que el tribunal arbitral tuviera la obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia norteamericana ha sido considerado por Charles de Visscher como un factor que no contribuye a reforzar la autoridad internacional del fallo arbitral. Véase Ch. Visscher De, *Problèmes de confins en droit international public*, París, Pedone, 1969, p. 85.

⁷² Convention for settlement..., *R. S. A.*, vol. IV, *op. cit.*, p. 1922.

lo largo del valle, siempre y cuando el viento prevaleciente a ese nivel se encuentre en esa dirección.⁷³

El tribunal procede después a la consideración de las diversas clases de daños invocados por Estados Unidos: daños sobre las tierras cultivables, daños sobre las tierras no cultivables, daños sobre el ganado, daños con respecto a las propiedades en la ciudad de Northport, daños con respecto a las empresas comerciales y daños respecto del agravio ocasionado a los Estados Unidos por violación de su soberanía.⁷⁴

El tribunal examinó todos y cada uno de los diversos tipos de daños arriba mencionados, y la mayoría de ellos fueron descartados por la Comisión como daños que dan lugar a indemnización, ya sea en virtud de que aquellos no habían sido fehacientes comprobados, o de que se les consideraba como demasiado indirectos, remotos o inciertos.

E. *Violación de soberanía*

Sin embargo, en relación con la demanda por daños por el supuesto agravio causado a Estados Unidos por violación de su soberanía (*item e*), es importante señalar el razonamiento sobre el que se basó la comisión arbitral para desechar la pretensión.

El tribunal manifestó que por lo que se refería a tal cuestión, no consideraba necesario decidir si los hechos probados constituían o no una infracción o violación de la soberanía de acuerdo con el derecho internacional, en virtud que de conformidad con el acuerdo de arbitraje, las partes contratantes sometieron ante la consideración del tribunal las cuestiones relativas a la existencia de daños ocasionados por el Trail Smelter en el estado de Washington y a la indemnización que se debería otorgar por los mismos, y el gobierno de Canadá asumió bajo el artículo XII el compromiso de asegurar el debido cumplimiento del laudo arbitral.

El tribunal opina que no era intención de las partes incluir las sumas de dinero gastadas por Estados Unidos en la investigación realizada de los problemas creados por el funcionamiento del Trail Smelter, que es lo que precisamente el gobierno norteamericano califica en su declaración como daños basados en la “violación de soberanía”.

⁷³ *Ibidem*, pp. 1922 y 1923.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1924-1933. Estados Unidos también alegó “...damages in respect of interest on \$300.000 eventually accepted in satisfaction of damage to January 1, 1932, but not paid until November 2, 1935”, p. 1932. El tribunal consideró que el pago no era contemplado por la Convención, p. 1933.

Dado que Estados Unidos no invocó ningún otro daño basado en una presunta violación de su soberanía, el tribunal no considera que sea de su competencia decidir si, de hecho y de derecho, podría haberse acordado una indemnización por tales daños en caso de que hubieran sido específicamente invocados.⁷⁵

En definitiva, el tribunal respondió a la cuestión núm. 1 del artículo III del Acuerdo de 1935, afirmando que la indemnización a pagar por los daños ocurridos en el estado de Washington desde el 1o. de enero de 1932 hasta el 1o. de octubre de 1937, como consecuencia de las emanaciones de humos y azufre provenientes de la Fundición de Trail, es de \$78,000 dólares, debiéndose considerar como la indemnización y compensación (*indemnity and compensation*) final y completa por todos los daños cometidos entre esas fechas, agregándose un interés del seis por ciento sobre el monto de la indemnización, devengados desde la fecha de la publicación de la decisión hasta el momento del pago.⁷⁶

Jacques Ballenger, al comentar el fallo, ha señalado que el monto de la indemnización acordado a Estados Unidos parece risible con todos los gastos realizados por ese gobierno durante todo el proceso.⁷⁷

Sin embargo, hay que señalar que el muy importante régimen de control permanente de contaminación que será establecido en la sentencia de 1941, y que costará a Canadá la suma de \$20 millones de dólares, no habría sido probablemente aceptado si no es con base en el Acuerdo de 1935 para la instauración de un tribunal arbitral.

Con relación a las otras cuestiones planteadas en el acuerdo, el tribunal resolvió a título provisional que (cuestión núm. 2) la Fundición Trail debe abstenerse de causar daños hasta el 1o. de octubre de 1940, y que, por otro lado (cuestión núm 3), no siendo capaz por el momento de determinar el régimen permanente para el funcionamiento de la fundición, de tal suerte que se impidan futuras emenaciones significativas (*significant fumigations*), pero sin restringir irrazonablemente la producción de la planta, el tribunal establece entonces y, por lo tanto, un régimen temporal con vistas al control de la contaminación, a través de la designación de una serie de expertos, de consejeros técnicos y de instalaciones de observación.⁷⁸

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 1932 y 1933. La comisión arbitral añade además que la presente controversia no entraña de manera alguna el tipo de hechos que en el fallo relativo al caso *Fm Alone*, dictado el 5 de enero de 1935, justificó la adjudicación a Canadá de daños por violación de soberanía.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 1933.

⁷⁷ Ballenegger, J., *La pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, p. 205.

⁷⁸ *Trail Smelter Case, op. cit.*, pp. 1934-1937.

F. *Laudo arbitral del 11 de marzo de 1941 de conformidad con la Convención firmada el 15 de abril de 1935*

a. Autoridad de cosa juzgada

En su decisión final, la comisión arbitral se vio precisada a reconsiderar la cuestión primera del artículo III, en virtud de que Estados Unidos reclamaba la indemnización mayor de la que le había sido acordada en la decisión del 16 de abril de 1938, alegando además el acaecimiento de mayor número de daños a partir de 1937.⁷⁹

Sin embargo, el tribunal deniega la petición estadounidense referente a una mayor indemnización, en virtud de considerar que el laudo dictado previamente debía ser considerado que tenía autoridad de cosa juzgada, y que la autoridad de *res judicata* que se vincula a una decisión final de un tribunal internacional es una regla esencial y bien establecida en derecho internacional.⁸⁰

Por lo que atañe a la reclamación concerniente al acaecimiento de más daños a partir del 1o. de octubre de 1937, el tribunal, después de un cuidadoso análisis de los registros de todas las emanaciones de gases que según alegaba Estados Unidos habían causado o podrían ocasionar daños, llega a la conclusión de que dicho gobierno no ha sido capaz de probar que las emanaciones producidas entre el 1o. de enero de 1937 y el 1o. de octubre de 1940 hayan producido daños a los cultivos, a los árboles o a otros elementos.⁸¹

Finalmente, y dentro del marco de la cuestión primera, Estados Unidos demanda una indemnización con respecto a los gastos en que ha incurrido, invocando el hecho de que cuando se produce un daño (*injury*) y es de temerse razonablemente la continuidad del mismo, es necesario realizar una investigación, y que el costo de esta es una consecuencia del daño tan susceptible de indemnización, como lo es el propio daño producido sobre las tierras de labor.

En opinión de la comisión, sin embargo, las sumas de dinero erogadas para determinar la existencia, la causa y la magnitud del daño no son susceptibles de indemnización, como no lo son otros costos implícitos en la obtención de una reparación judicial o arbitral, tales como los honorarios de los abogados de la defensa, etcétera.⁸²

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 1948-1959.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 1950. "There is no doubt that in the present case, there is *res judicata*. The three traditional elements for identification: parties, object and cause... are the same". *Ibidem*, p. 1952.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 1958 y 1959.

⁸² *Ibidem*, pp. 1959 y 1960.

La comisión es, además, de la opinión de que cuando se solicita a un tribunal arbitral que reconozca los gastos en que haya incurrido un gobierno para preparar pruebas en sustentación de su demanda, en particular por daños causados al territorio nacional, esto debe emanar ya sea en forma expresa del instrumento que instituye al órgano arbitral, o bien como una necesaria implicación de lo ahí previsto. En opinión de la comisión, en el caso presente ninguna de ambas hipótesis podía desprenderse de la Convención de 1935.⁸³

b. Obligación de abstenerse de ocasionar daños en el futuro

Es precisamente a propósito de la respuesta a la segunda cuestión del artículo III de la Convención, relativa a la abstención por parte de la Fundición Trail de causar daños en el futuro al estado de Washington, que la comisión va a abordar los aspectos jurídicos de la responsabilidad que han hecho célebre la sentencia dictada en ocasión de este importante precedente.

El primer problema que se presenta es saber si la cuestión antes referida debe ser contestada sobre la base del derecho practicado en los Estados Unidos o con base en el derecho internacional. El tribunal, sin embargo, no considera que el problema deba ser necesariamente resuelto ahora, dado que las reglas que se aplican en los Estados Unidos para resolver los derechos casi soberanos de los Estados de la Unión en materia de contaminación del aire, aunque más elaborados, están de conformidad con las reglas del derecho internacional.⁸⁴

Los árbitros reconocen que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacionales existe unanimidad de criterio en reconocer que el Estado tiene en todo momento el deber de proteger a los demás Estados contra actos lesivos cometidos por individuos que se encuentran bajo su jurisdicción (por lo demás esto no fue nunca cuestionado por Canadá). Pero la verdadera dificultad residía en determinar aquello que realmente debía ser considerado como un acto lesivo.⁸⁵

La relatividad de la regla es ilustrada a través del litigio entre los *Cantones de Soleure y de Argovie* conocido por la Corte Federal suiza, y en el cual el cantón de Soleure había entablado una demanda en contra del cantón de Argovie, a fin de que se le prohibiera el uso de un establecimiento de tiro que ponía en peligro su territorio. La Corte Federal de Suiza, aun cuando

⁸³ *Ibidem*, p. 1962.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 1963.

⁸⁵ *Idem*.

ordenó el mejoramiento de las instalaciones existentes dentro del campo de tiro, afirmó que la demanda de *Soleure* en el sentido de que se suprimieran por completo todos los riesgos iba demasiado lejos, ya que no era posible exigir un mayor número de precauciones para los campos de tiro situados en las cercanías de la frontera de dos cantones que aquellas que se requerían para los campos de tiro en el interior de cualquier cantón.⁸⁶

Al no encontrar la comisión arbitral ningún precedente conocido por una jurisdicción internacional relativo a contaminación del aire o del agua, se refirió entonces a ciertos fallos dictados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, afirmando que es razonable en derecho internacional invocar por analogía precedentes establecidos por dicha Corte, en aquellas hipótesis en donde no existe una regla de derecho internacional que prevalezca en contrario.⁸⁷

Así, el tribunal menciona varios precedentes conocidos por la Corte norteamericana, como el relacionado con la causa del estado de Nueva York en contra del estado de Nueva Jersey (256 U.S. 296,309) acerca de la contaminación de la bahía de Nueva York, en donde la Corte, remitiéndose al precedente *Missouri contra Illinois* (200 U.S. 496,521), y al cual el tribunal arbitral había ya hecho referencia, sostuvo que la carga que pesa sobre el estado de Nueva York al tener que sustentar los alegatos de su demanda es mayor a la que se le impone a un querellante en una controversia ordinaria entre partes privadas. Antes que este tribunal pueda ser persuadido de ejercer la facultad extraordinaria que le confiere la Constitución, de controlar la conducta de un Estado por la demanda interpuesta por otro Estado, la amenaza de violación de derechos debe ser muy grave, debiéndose establecer mediante evidencia clara y convincente.⁸⁸

Por último, en el campo de la contaminación del aire, el tribunal arbitral menciona el caso *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Duckton Sulphur, Copper and Iron Co.* (206 U.S. P. 230 y 237 U.S. pp. 474-477), en donde la Suprema Corte ordenó que se disminuyera la actual probabilidad de causar daños a los ciudadanos de Georgia.⁸⁹

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 1963 y 1964. "...for it is reasonable to follow by analogy, in international cases, precedents established by that court in dealing with controversies between States of the Union or with other controversies concerning the quasi sovereign rights of such States, where no contrary rule prevails in international law and no reason for rejecting such precedents can be abduced from the limitations of sovereignty inherent in the Constitution of the United States".

⁸⁸ *Ibidem*, p. 164. "...the threatened invasion of rights must be of serious magnitude and it must be established by clear and convincing evidence".

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 1964 y 1965.

De esta forma, e inspirándose particularmente en los precedentes antes mencionados, el órgano arbitral llega a la siguiente conclusión:

El tribunal, en consecuencia, considera que las decisiones arriba mencionadas, tomadas en su conjunto, constituyen una base adecuada para sus conclusiones, a saber, que de acuerdo con los principios del derecho internacional, así como el derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de manera tal que por emanaciones de gases se ocasionen daños dentro del territorio de otro Estado o sobre las propiedades o personas que ahí se encuentren, cuando se trate de consecuencias graves y el daño sea determinado mediante pruebas ciertas y concluyentes.⁹⁰

Aun cuando el tribunal admite que los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos que han servido de base a sus conclusiones son decisiones en equidad (*decisions in equity*), sostiene igualmente que el gobierno del Canadá es responsable de acuerdo con el derecho internacional por el funcionamiento de la Fundación de Trail.⁹¹

En cuanto a la tercera cuestión planteada por la Convención, el tribunal considera que en vista de que en el futuro podrían producirse daños, a menos de que la fundición se sometiera a algún control específico, los árbitros elaboran una reglamentación de gran minuciosidad para el establecimiento de un régimen o medida de control riguroso; señalan, además, el derecho de inspeccionar las instalaciones de la fundición y de toda la propiedad de la cual se llegaran a alegar daños como consecuencia de la contaminación.⁹²

En relación con la última cuestión, referente a saber si era procedente el acordar alguna compensación, el tribunal considera que con el establecimiento del régimen de control y las medidas prescritas se eliminarían muy probablemente las causas de la presente controversia, evitando con ello que el territorio norteamericano se vea expuesto a daños futuros de carácter material. Sin embargo, como el régimen y las medidas de control previstos

⁹⁰ “The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”. *Ibidem*, p. 1965.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, pp. 1966-1980. Esta parte de la sentencia arbitral, en donde la naturaleza misma del daño exige el establecimiento de un régimen permanente de control, es considerada por la doctrina como una innovación en el derecho internacional. Morin, J. Y., “La pollution des mers au regard du droit international” dans *La protection de l’environnement et le droit international*. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Colloque 1973, pp. 324 y 325.

que deben ser adoptados y mantenidos por la Fundación Trail pueden no dar el resultado que se espera, el tribunal arbitral especifica que se estará en la obligación de otorgar indemnización si de cualquier forma llegaran en el futuro a producirse otros daños, de conformidad siempre con las cláusulas consignadas en el artículo XI del compromiso arbitral.⁹³

Alexandre Charles Kiss ha dicho que en el fondo esta sentencia contiene la demostración lógica de la necesidad de ir más allá de la etapa del derecho internacional general, en donde la protección ambiental no es asegurada, y esto en forma relativa, más que por la reparación de daños efectivamente sufridos, y designa ya la vía a seguir: reglamentación internacional y cooperación entre los Estados interesados.⁹⁴

c. Conclusiones

La responsabilidad de Canadá por los daños causados por la Fundación de Trail estaba ya aceptada y consagrada en el Acuerdo de Arbitraje del 15 de abril de 1935;⁹⁵ sin embargo, el tribunal no desprendió estrictamente de dicho Acuerdo su decisión, sino que lo hizo a través del examen de varios precedentes de derecho constitucional norteamericano aplicados por analogía al campo del derecho internacional.

El método de la analogía en sí, como base para la inducción de una regla general en derecho internacional, parece ser aceptado en esta disciplina desde tiempo atrás y aplicado por los órganos jurisdiccionales para evitar el *non liquet* en la solución de controversias.⁹⁶

Sin embargo, lo que el profesor Alfred P. Rubin pone en cuestión no es tanto la teoría del método analógico en sí, sino su aplicabilidad al caso concreto del Trail Smelter. En su opinión, no solo es esencialmente diferente la caracterización de los derechos “soberanos” de los Estados integrados en un sistema federativo, respecto a la caracterización de los Estados como sujetos

⁹³ Trail Smelter Case, *op. cit.*, pp. 1934-1937.

⁹⁴ Kiss, A. Ch., “Problèmes juridiques de la pollution de l’air”, dans *La protection de l’environnement et le droit international. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Colloque 1973, pp. 174, 470 y 471.

⁹⁵ Arden Shenker está de acuerdo en que el Tratado de 1935 hay una concesión implícita, pero no explícita de la responsabilidad del dominio del Canadá por la actividad del Trail Smelter. Véase “Oral Proceedings”, *Oregon Law Review*, vol. 50, 1970-1971, p. 284.

⁹⁶ Morin, B. Y., “La pollution des mers...”, *cit.*, p. 321. Ya desde el siglo XIX G. F. De Martens aceptaba la analogía como fuente útil en las resoluciones internacionales. “C’ est l’application de ce qui a été réglé pour certains cas a l’égard d’ autres cas semblables, et qui n’ ont pas encoré été déterminés”, citado por Morin, *idem*.

soberanos de derecho internacional, sino que además, sostiene este autor, el tribunal arbitral realizó una interpretación incorrecta de los precedentes invocados de la jurisprudencia norteamericana.⁹⁷

El resultado de todo ello es, según Alfred Rubin, que por interpretación del laudo arbitral sobre el Trail Smelter se favorece la continuación de las actividades contaminantes mientras no se demuestre que ocasionan “daños” en el sentido de lesiones o perjuicios directos, susceptibles de ser traducidos en términos pecuniarios, sobre la producción agrícola o industrial de un segundo Estado.⁹⁸

Es cierto, como ya hemos visto, que el tribunal rechazó la pretensión estadounidense relativa a daños ocurridos por supuesta violación de la soberanía estatal; pero es también claro que el órgano judicial no habría podido dictaminar de otra forma, ya que lo que el gobierno estadounidense calificó como “violation of sovereignty” eran la serie de erogaciones realizadas en las investigaciones que se habían llevado a cabo por los problemas derivados del funcionamiento de la Fundición Trail.

Por consiguiente, el tribunal consideró sin vacilación que salía totalmente del marco del Acuerdo de Arbitraje de 1935 la reclamación de Estados Unidos relativa a la “violación de soberanía”, declarado que se consideraba dispensado de decidir si podría haberse acordado alguna indemnización bajo dicho rubro si otros hubieran sido los daños invocados.⁹⁹

Por otra parte, el hecho de que la Comisión arbitral añadiera que la controversia sobre la Fundición de Trail no presentaba de manera alguna el tipo de situaciones que en el fallo relativo al caso *I'm Alone* justificó la adjudicación al Canadá por daños resentidos por violación de su soberanía,¹⁰⁰

⁹⁷ Rubin, P. A., “Pollution by analogy...”, *op. cit.*, pp. 268-270.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 272. “Thus, under the rules pronounced by the tribunal, there would appear to be no international responsibility at all for acts of pollution not giving rise to tangible monetary injury”. *Ibidem*, p. 273.

⁹⁹ The tribunal is of opinion that it was not within the intention of the parties... include such moneys expended... Since the United States has not specified any other damage based on alleged violation of its sovereignty, the tribunal does not feel that it is incumbent upon it to decide whether, in law and in fact, indemnity for such damage could have been awarded of specifically alleged”. Trail Smelter Case, *R. S. A.*, *op. cit.*, p. 1932.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 1932 y 1933. En el fallo dictado el 5 de enero de 1935, referente al caso *I'm Alone*, si bien se consideró lícita la persecución (*hot pursuit*) del buque canadiense en alta mar, sin embargo se consideró también que Estados Unidos debía acordar una reparación en términos de satisfacción por el hundimiento del buque, “The act of sinking the ship, however by officers of the United States Coast Guard, was... an unlawful act; and the Commissioners consider that the United States ought formally to acknowledge its legality, and to apologize to His Majesty’s Canadian Governments Therefor”, véase “Joint final report of the Commissioners”, *R. S. A.*, vol. III, pp. 169 y ss.

deja posiblemente entrever que en cualquier hipótesis si en el presente caso se hubieran alegado otro tipo de daños de naturaleza “moral”, muy probablemente el tribunal habría desechado la pretensión estadounidense.

Lo anterior se explicaría como consecuencia del hecho de que entre el caso del *P'm Alone* y el caso del *Trail Smelter* hay una diferencia fundamental, que no hay que perder de vista, y es que mientras que en el primer caso la conducta que da origen a la reclamación (de violación de soberanía) es un comportamiento ilícito ante el derecho internacional, en el segundo caso la conducta origen del diferendo (funcionamiento de una fundición) es una conducta que en sí no puede ser calificada más que como una actividad *lícita* ante el derecho internacional.

Es a propósito de la sentencia del *Trail Smelter* que el profesor Bourne se ha preguntado si del fenómeno de contaminación se eliminara el concepto de daño para su significación jurídica ¿de qué se estaría entonces hablando cuando se habla de contaminación?¹⁰¹

La única solución posible es, en su opinión, que independientemente del hecho de que para que se hable de contaminación debe tratarse de alteraciones o cambios “perjudiciales” en el medio ambiente, lo que realmente es fundamental en todo esto es la existencia de estándares a través de los cuales pueda juzgarse si el perjuicio (*harm*) que se alega es o no ilícito.¹⁰²

Señalemos además que Alfred Rubin ha sostenido que dado que los aparatos tecnológicos accesibles en 1941 para limitar la contaminación eran menos eficientes de lo que son hoy en día, y que por lo tanto si se demostrara que la producción industrial puede ser mantenida sin contaminación del territorio vecino, la regla del *Trail Smelter* perdería su validez y razón de ser por aplicación de la máxima “cessante razione legis, cessat et ipsa lex”.¹⁰³

De aquí que, de acuerdo con Günter Handl y en cierto sentido en oposición a la opinión del profesor Alfred P. Ruben, la única conclusión cierta que puede ser inferida del laudo arbitral sobre el caso *Trail Smelter*, es que conforme al derecho internacional un Estado se verá precisado a tolerar las consecuencias de actividades de otro Estado, lícitas *per se* aunque afecten su territorio, hasta el momento en que los efectos extraterritoriales no se traduzcan en una lesión o perjuicio (*injury*) de serias consecuencias.¹⁰⁴

Podemos estar de acuerdo en que del laudo arbitral mencionado no pueda inferirse con certeza otra calificación sustancial acerca del daño, más

¹⁰¹ “Oral Proceedings”, *Oregon Law Review*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 294 y 295.

¹⁰³ Rubin, A., *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁴ Handl, G., *op. cit.*, pp. 60-63.

que el hecho de que deba ser probado en forma cierta y concluyente, y por lo tanto quedando abierta la interrogante de saber si también el perjuicio o lesión moral puede quedar cubierto en el concepto de daño (*injury*). Sin embargo, por la confrontación con el caso *Pam Alone* y el caso del *Estrecho de Corfú*,¹⁰⁵ por una parte, y con el caso del *Trail Smelter*, por la otra, Günter Handl más adelante llega a la conclusión de que todo parecería indicar que en una situación de contaminación con efectos transnacionales (por ejemplo, Fundición Trail) la responsabilidad de un Estado solo podría surgir con base en la prueba de que se han ocasionado daños de naturaleza material, en tanto que en una hipótesis como la del *Pam Alone y Estrecho de Corfú* la responsabilidad por violación de la soberanía se generaría independientemente del hecho de que se aporte la prueba del acaecimiento de daños de orden material.¹⁰⁶

G. Naturaleza de la responsabilidad

L. F. E. Goldie ha sostenido en repetidas ocasiones a través de un buen número de estudios y conferencias, que la naturaleza de la responsabilidad que se desprende del laudo arbitral del *Trail Smelter* es una típica responsabilidad objetiva, en el sentido de una responsabilidad sin culpa.¹⁰⁷ Igualmente, el profesor W. Jenks parte de la idea de que el tribunal en forma implícita sostuvo la responsabilidad de Canadá por la naturaleza de las operaciones de la fundidora,¹⁰⁸ en particular porque ninguna prueba fue aportada en relación con una supuesta negligencia por parte de Canadá.¹⁰⁹

¹⁰⁵ C. I. J., *Recueil*, 1949, pp. 4 y ss., en su fallo del 9 de abril de 1949 sobre el caso del Estrecho de Corfú, la Corte afirmó que por las acciones de barrido de minas (operación *Retail*), el Reino Unido había violado la soberanía de Albania, y que esta constatación constituía en sí misma una satisfacción apropiada. *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁶ Handl, G., *op. cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁰⁷ Goldie, L. F. E., "Liability for damage and the progressive development of International Law", *I. C. L. Q.*, vol. 14, 1965, pp. 1189-1264. "This arbitration depends upon different standards from those usually associated with fault especially as no testimony was offered of Canadian negligence", *ibidem*, p. 1227.

¹⁰⁸ "It is therefore a true case of liability for ultra-hazardous activities without proof of fault or negligence", Jenks, W., "Liability for Ultra-Hazardous activities in International Law", *R. C. A. D. I.*, I, 1966, p. 122.

¹⁰⁹ Goldie, L. F. E., "International Principles of Responsibility for pollution", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 9, núm. 2, 1970, pp. 283-330. "If Trail Smelter is to be viewed as an application of public international law, rather than of common law, the irreducible minimum of the relevant principles of law contained therein is the strict liability which Canada owed to the United States". *Ibidem*, p. 307.

Además, Fred Goldie sostiene que cuando el tribunal de arbitraje se refirió, a través del método analógico, a la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte estadounidense, al hacerlo estaba transformando en ese momento el cuerpo del derecho doméstico de un país en derecho internacional público, debiéndose considerar dicha opción en forma similar al procedimiento que se utiliza para inferir los principios generales de derecho a que hace referencia el artículo 38, párrafo 1, inciso C, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹¹⁰

Hay que señalar que Goldie utiliza los términos de “*responsibility*” y “*liability*” siguiendo la práctica de los tribunales de los países bajo el sistema jurídico del *common law*, en contraposición con los países bajo el sistema del *civil law*, en donde no parece encontrarse un equivalente similar.¹¹¹

Ahora bien, aun cuando Goldie demuestra, en el estudio antes citado, cómo la diferencia entre “*responsibility*” y “*liability*” es más controvertida de lo que a primera vista pudiera parecer bajo el sistema del *common law*, debido a una diversidad de connotaciones, sin embargo, al referir esa dicotomía al campo del derecho internacional y los problemas de contaminación, bien puede decirse que su significación llega a simplificarse. El concepto de “*responsibility*” va a ser entendido como la serie de obligaciones por las cuales tiene que responder un Estado, en tanto que “*liability*” vendría a denotar las obligaciones de indemnización o compensación que se generan por el incumplimiento de deberes jurídicos, en particular aquí deberes de preservación.¹¹²

Por otra parte, Goldie pone también énfasis en la diferencia entre la “*strict liability*” y la “*absolute liability*”; la primera denota una responsabilidad objetiva, pero admite causas excluyentes mediante prueba de las cuales un

¹¹⁰ Goldie, L. F. E., “A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits”, *La Protection de l’environnement et le droit international. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, Colloque 1973*, pp. 26-143. “While these are, in general, adopted from the policies underpinning the converging or congruent domestic laws of a number of states the issue is not as to the number of states following such laws as the generality of the values they reflect”. *Ibidem*, p. 71.

¹¹¹ Goldie, L. F. E., “Responsibility and Liability in the Common Law”, *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, O. E. C. D. 1977, pp. 306-344. “A person may be said to be responsible for an injury if, in the law, he may be said to have caused a harm to which liability may be attached”. *Ibidem*, p. 370.

¹¹² El principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 habla en el texto en inglés de “...responsibility to ensure that activities...”, y el principio 22, de la cooperación de los Estados para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a “... liability and compensation for the victims of pollution...”. Para un detallado análisis de ambos principios véase Sohn, L. B., “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14, pp. 485-502.

sujeto puede exonerarse de la imputación de responsabilidad, en tanto que la “*absolute liability*”, siendo también una forma de responsabilidad objetiva, denotaría, sin embargo, aquella forma de responsabilidad más rigurosa, y por ello menos frecuente, en donde no se admiten las causas excluyentes de responsabilidad.¹¹³

Hechas las anteriores precisiones, debemos preguntarnos si realmente el laudo arbitral sobre el caso *Trail Smelter* sienta un precedente de responsabilidad objetiva, ya sea en el sentido de *strict liability* o de *absolute liability*.

Es cierto que el tribunal de arbitraje no analizó el comportamiento del gobierno del Canadá para determinar si su responsabilidad estaba comprometida por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia ante el derecho intrnacional, como tampoco se encuentra a todo lo largo de la sentencia ninguna alusión a una posible negligencia del Estado por no haber evitado la emanación de gases tóxicos de la empresa privada Consolidated Mining and Smeltin Co. of Canada.

El tribunal, como vimos, se circunscribió a declarar o confirmar la responsabilidad imputable a Canadá en virtud del principio según el cual ningún Estado posee el derecho de usar o permitir la utilización de su territorio de manera tal que con ello se ocasionen daños al territorio de terceros Estados.

De aquí entonces que lo único que podríamos preguntarnos es si sería posible concebir que los árbitros habrían sobreentendido, o dado por supuesto en alguna medida, que Canadá era jurídicamente responsable por haber cometido un hecho ilícito por omisión de la debida diligencia, o bien porque concluyeron que por el solo hecho de que un daño se produjo, el Estado en cuestión era legalmente responsable, en cuya hipótesis habría habido aplicación del régimen de una responsabilidad objetiva.

Haber invocado la responsabilidad objetiva, concepto hasta entonces desconocido en el derecho internacional positivo, habría sido, como dice Jacques Ballenegger, completamente revolucionario.¹¹⁴

La respuesta es más sencilla, según J. Ballenegger: los árbitros fueron dispensados de examinar el problema de la responsabilidad de Canadá, y con mayor razón el fundamento de la misma, ya que ninguna de las cuatro

¹¹³ Goldie, L. F. E., “Liability for damage...”, *cit.*, en particular pp. 1200-1220. A propósito de la Convención de París de 1960 sobre Energía Nuclear: “... the operator’s liability is not subject to the classic exonerations for tortious acts, force majeure, acts of God or intervening acts of third persons”. *Ibidem*, p. 1217, véase también la intervención de Goldie, L. F. E., en “Interventions Orales”, *La Protection de l’environnement et le droit international. Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, Colloque de 1973-1975, pp. 481 y 482.

¹¹⁴ Ballenegger, J., *La pollution...*, *cit.*, p. 204.

cuestiones planteadas por el artículo III del acuerdo arbitral del 15 de abril, de 1935, solicitaba al tribunal que examinara la responsabilidad de Canadá.

La responsabilidad había sido ya aceptada tácitamente a través del acuerdo arbitral, por lo que no quedaba otra cosa sino establecer la existencia y alcance de los daños y medidas a adoptar en el futuro. Teóricamente por ello, agrega este autor, la enunciación realizada por el tribunal de la responsabilidad de Canadá puede, desde esta perspectiva, considerarse como superflua, lo cual explica lo breve de los considerandos del laudo sobre este punto en particular.¹¹⁵

Así pues, podemos concluir que si bien es cierto que los árbitros no procedieron con antelación a la declaración de responsabilidad al examen y prueba de la comisión de un hecho ilícito por parte de Canadá, esto se explica por su tácita aceptación de la responsabilidad en el Acuerdo de Arbitraje de 1935, no pudiendo por ello sostenerse válida y rigurosamente que el laudo arbitral consagre el reconocimiento de un principio de responsabilidad objetiva.¹¹⁶

2. Caso del lago Lannoux

A. Argumentación del gobierno español y del gobierno francés

Por medio de un compromiso arbitral firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1956, los gobiernos francés y español convinieron en someter a un tribunal de arbitraje la interpretación del Tratado de Bayonne, del 26 de mayo de 1866, y de su acta adicional de misma fecha en lo concerniente a la utilización de las aguas del lago Lannoux.¹¹⁷

El lago Lannoux está situado en la parte sur de los Pirineos en territorio de la República francesa. Sus aguas corren por el afluente de Font-Vive, que constituye uno de los nacimientos del río Carol. Este, después de haber

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

¹¹⁶ Similarmente en el arbitraje del *Gut Dam* entre Canadá y Estados Unidos —véase el acuerdo de arbitraje del 25 de marzo de 1965, ratificado el 11 de octubre de 1966, en *A. J. I. L.* 1965 p. 612— el tribunal no solo no se pronunció por un tipo de responsabilidad objetiva, sino lo que es más, no se pronunció siquiera sobre el fundamento de la responsabilidad de Canadá, ya que previamente, mediante acuerdo intergubernamental, Canadá se había comprometido a la reparación de todo eventual daño que pudiera llegar a ocasionarse por la construcción u operación del mencionado dique. Véase en este sentido Handl, G., “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *A. J. I. L.*, vol. 74, 1980, pp. 538 y 539, y Ballenegger, J., *op. cit.*, pp. 205-207.

¹¹⁷ Véase el texto del acuerdo de arbitraje en *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XII, Naciones Unidas, pp. 286 y 287.

recorrido aproximadamente unos 25 kms, contados a partir del lago Lannoux sobre el territorio francés, atraviesa en Puigcerda la frontera española y continúa su curso en territorio español alrededor de 6 kms antes de unirse al cauce del Secre, el cual termina por desembocar en el Ebro. Antes de penetrar en España, las aguas del Carol alimentan al canal de Puigcerda, el cual pertenece a esta ciudad española a título de propiedad privada.¹¹⁸

El gobierno español solicitaba a título principal que el tribunal declarara que el gobierno francés no tenía derecho de ejecutar los trabajos de utilización de las aguas del lago Lannoux, de conformidad con las modalidades previstas por el proyecto hidroeléctrico francés, más que bajo condición de un acuerdo previo entre ambos países.¹¹⁹

Por su parte, el gobierno francés argumentó que las modificaciones resultantes de la ejecución de su proyecto hidroeléctrico se referían únicamente a una pequeña porción del curso del Carol, situada en territorio francés. Al no modificar en forma alguna el régimen establecido por el Tratado de Bayonne, el gobierno francés concluía que el mencionado proyecto no infringía en absoluto los derechos reconocidos a España, afirmando además que en el caso en cuestión no había lugar a un acuerdo previo a la realización de los trabajos proyectados.¹²⁰

El laudo arbitral del 16 de noviembre de 1957 fue desfavorable para España en virtud de que, en opinión del tribunal, el proyecto de utilización de las aguas del lago Lannoux no violaba ninguna disposición del Tratado de Bayonne del 26 de mayo de 1866 ni del acta adicional de misma fecha.¹²¹

B. *El considerando 6*

Ahora bien, en el considerando 6 del fallo arbitral, el tribunal había dictaminado que España no tenía razón en su argumentación, en virtud de que se había demostrado que el volumen de las aguas en su paso por la frontera no sufriría en ningún momento disminución alguna, y que incluso podría beneficiarse de un aumento.¹²² Sin embargo, dice el tribunal que la conclusión anterior habría podido ser atacada de varias maneras.

¹¹⁸ *R. S. A.* vol. XII, pp. 287 y 288. El tribunal estuvo compuesto por parte del gobierno francés por Plinio Bolla y Paul Reuter; por parte del gobierno español por Fernand de Vischer y por Antonio de Luna. Como presidente del Tribunal se designó a Sture Petré, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje.

¹¹⁹ *Contre-Mémoire* del gobierno español, *R. S. A.*, vol. XII, pp. 297-299.

¹²⁰ *Ibidem*, XII, pp. 299 y 300.

¹²¹ *R. S. A.*, vol. XII, p. 317.

¹²² *Ibidem*, p. 303, considerando 6.

Se había podido sostener que los trabajos tendrían por consecuencia una contaminación definitiva de las aguas del Carol, o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o alguna característica que pudiera ocasionar perjuicio a los intereses españoles. España habría entonces podido pretender que se había ocasionado una lesión, contrariamente al acta adicional, a sus derechos. Ni el expediente ni los debates de este caso revelan traza alguna de un alegato de tal naturaleza.¹²³

Es precisamente a propósito de este párrafo del laudo arbitral sobre el caso del lago Lannoux que L. F. E. Goldie ha afirmado la existencia de otro precedente en derecho internacional, donde se encuentra un claro pasaje de reconocimiento de la aplicación de un principio de responsabilidad objetiva (*strict liability*).¹²⁴

C. Conclusión

Es difícil entender cómo es posible pretender que dicho pasaje de la sentencia pudiera ser prueba de una supuesta forma de responsabilidad objetiva, desde el momento en que no solo el fallo no hace referencia a ningún principio específico de contaminación transfronteriza de conformidad con el derecho internacional general, sino que además se circunscribe únicamente a la interpretación¹²⁵ de las disposiciones concretas de un tratado en particular.¹²⁶

Más bien parecería que se trata de encontrar a toda costa un apoyo en el derecho positivo a una tesis preconcebida, incluso a riesgo de desnaturalizar el significado mismo de la letra y del espíritu de la jurisprudencia internacional, sobre todo si tomamos en cuenta que los árbitros no parece que tuvieron nunca la mínima intención de hacer alusión mediante dicho pasaje a algún tipo de responsabilidad objetiva.¹²⁷

¹²³ “On aurait pu soutenir que les travaux auraient pour conséquence une pollution définitive des eaux du Carol, ou que les eaux restituées auraient une composition chimique ou une température, ou telle autre caractéristique pouvant porter préjudice aux intérêts espagnols. L’Espagne aurait alors pu prétendre qu’il était porté atteinte, contrairement à l’Acte additionnel, à ses droits. Ni le dossier, ni les débats de cette affaire ne portent la trace d’une telle allégation”. *R. S. A.*, vol. XII, considerando 6, 2 párrafo, p. 303.

¹²⁴ Goldie, L. F. E., “A general view of international...”, *cit.*, pp. 71 y 72.

¹²⁵ “Le Tribunal ne pourrait s’écarter des règles du Traité de l’Acte additionnel de 1866 que si ceux-ci renvoyaient expressément à d’autres règles...”. *R. S. A.*, *op.cit.*, p. 301.

¹²⁶ Gaja, G., “River pollution in International Law”, *La protection de l’environnement et le Droit International. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Colloque 1973, 1975, pp. 359 y 360.

¹²⁷ Que los árbitros nunca tuvieron pensado la mención de una responsabilidad objetiva, es afirmado enfáticamente por P. M. Dupuy con base en las declaraciones orales de uno de

3. Caso del estrecho de Corfú

A. Principio de utilización no perjudicial del territorio

En el sentido caso sobre el estrecho de Corfú, llevado ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual Gran Bretaña invocaba la responsabilidad internacional de la República de Albania por los daños causados el 22 de octubre de 1946 a buques británicos por la existencia de un campo de minas en aguas territoriales albanesas, y en cuya sentencia la Corte debía recordar enfáticamente la obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para fines de actos contrarios a los derechos de terceros Estados,¹²⁸ se ha pretendido igualmente ver un caso de responsabilidad objetiva en la medida en que por la sola presencia del campo de minas, y sin mediar negligencia, la corte responsabilizó al gobierno albanés.¹²⁹

Tal parecería que este caso del estrecho de Corfú es uno de aquellos casos jurisprudenciales por antonomasia, en donde la doctrina infiere conclusiones que a priori desea inferir, dependiendo de las categorías jurídicas y presupuestos teóricos de los que parta para el análisis y apoyo buscando para la tesis que se pretende sustentar en forma categórica.

B. Problema del fundamento de la responsabilidad de Albania

Si analizamos cuidadosamente el texto único de la sentencia de 1949, nos encontramos que con objeto de poder establecer la presunta responsabilidad alegada por Gran Bretaña, la Corte examina con toda minuciosidad los medios a los cuales tenía acceso Albania para poder cumplir con su obligación de advertir de los peligros que corría la navegación a través de su estrecho; pero previamente a ello la Corte dictamina, sin ningún género de ambigüedad, que el gobierno albanés, por las circunstancias propias del caso, no pudo haber tenido conocimiento de la colocación del campo de minas que provocó los daños a los buques de guerra británicos.¹³⁰

los árbitros. Véase Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976, p. 190, nota 19.

¹²⁸ C. I. J., *Recueil*, 1949, "L'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats", p. 21.

¹²⁹ "Albania's liability stemmed from the presence of the mines in her territorial waters, not from any malevolence or neglect which would have had to have been proved by the applicant state", véase Goldie, L. F. E., *International principles...*, *cit.*, p. 307; mismo criterio en "Liability for damage...", *cit.*, pp. 1230 y 1231, y "A general view of international...", *cit.*, pp. 71 y 72.

¹³⁰ C. I. J., *Recueil*, 1949, pp. 18-22. "...que le mouillage du champ de mines... n'a pas pu échapper à la connaissance du gouvernement albanais", p. 22.

En consecuencia, la Corte fundamenta la responsabilidad imputable a Albania no en el hecho de que se hubiera probado que ese país había colocado el campo de minas él mismo, sino que, no pudiéndose haber llevado a cabo tal colocación sin su *conocimiento*, Albania infringió su obligación, consistente en no haber notificado el peligro que corría la navegación al hacer uso de sus aguas territoriales.

Con todo, hay que señalar que la Corte acepta que, dadas las circunstancias del caso, podría haber sido muy difícil llevar a cabo la notificación a toda la navegación en general, pero que esta posible atenuante no habría impedido en forma alguna que las autoridades albanesas tomaran, como habrían debido hacerlo, dice la Corte, todas las medidas necesarias para poner sobre aviso inmediatamente a todo buque que se encontrara en proximidad de la zona de peligro, y más especialmente a aquellos que estaban en ruta hacia dicha zona.¹³¹

Pero no solamente la Corte hizo del conocimiento que debía tener Albania de la colocación del campo de minas, la condición previa y fundamental para que le pudiera ser imputable una responsabilidad internacional, sino que además rechazó la tesis del gobierno inglés, el que durante el proceso había tratado de que se admitiera la teoría anglosajona conocida bajo el nombre de regla *res ipsa loquitur*, en el sentido de que los hechos origen de la controversia hablarían por ellos mismos, no pudiendo haber acaecido el daño más que como consecuencia de una culpa o negligencia de parte de la República de Albania.

La Corte Internacional de Justicia no aceptó la pretensión de analogía de la regla de derecho interno que habría dispensado a Inglaterra de la carga de la prueba, afirmando la Corte que no se podría concluir del mero control ejercido por un Estado sobre su territorio terrestre o aguas territoriales que ese Estado necesariamente conoció o debió conocer todo hecho ilícito que hubiera sido perpetrado, ni tampoco el que necesariamente conoció o debió conocer a sus autores. En sí, e independientemente de otras circunstancias, dice la Corte, ese hecho no justifica ni responsabilidad *prima facie* ni desplazamiento de la carga de la prueba.¹³²

¹³¹ C. I. J., *Recueil*, 1949, “Mais cette circonstance n’aurait nullement empêché les autorités albanaises de prendre, comme elles le devaient, toutes les mesures nécessaires pour avertir immédiatement les navires qui se trouvaient à proximité de la zone dangereuse, plus spécialement ceux qui faisaient route vers cette zone”, p. 23.

¹³² “On ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou du connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d’autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve”, C. I. J., *Recueil*, 1949, p. 18.

C. Tesis de Denis Lévy

Es por todo aquello que el profesor Denis Lévy, en su incomparable estudio sobre los problemas de responsabilidad por omisión y por riesgo, concluye que la Corte Internacional, en el caso del estrecho de Corfú, permaneció fiel a la teoría de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación (obligación de advertencia), y que por consiguiente no admitió la teoría de la responsabilidad absoluta o la responsabilidad fundada sobre el riesgo.¹³³

Es cierto, sin embargo, que Denis Lévy señala que en la medida en que la Corte no exigió que una prueba formal del conocimiento albanés fuera aportada a juicio, en dicha medida la Corte realizó una ampliación sensible de la responsabilidad por omisión en relación con la jurisprudencia tradicional anterior.¹³⁴

Esta ampliación la ve Lévy como consecuencia del control exclusivo que ejerce el Estado sobre su territorio, y por lo cual la Corte aceptó como elementos de prueba del previo conocimiento albanés del campo de minas, indicios o datos que constituían simples presunciones, aun cuando fueran ciertas y concluyentes.¹³⁵

En realidad, Denis Lévy no pone en duda que las presunciones de hecho o pruebas circunstanciales, que son en realidad medios de prueba indirectos admitidos por todo sistema jurídico y con precedente en la jurisprudencia internacional, como lo demostró la Corte,¹³⁶ puedan tener justificación en el caso concreto, sino lo que el autor alega es que aun cuando los métodos de prueba indirectos han sido retenidos por las jurisdicciones internacionales,

¹³³ Lévy, Denis, “La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public”, *R. G. D. I. P.* 1961, p. 757. Es solamente en la opinión disidente del juez Álvarez que se encuentra, dice D. Lévy, una enunciación de la tesis de la responsabilidad por riesgo, pero no así en la sentencia de la Corte. *Ibidem*, p. 758. Esta apreciación era para nosotros del todo correcta, ya que para el juez Álvarez a todo Estado, como consecuencia de su soberanía, debe considerar que está enterado de los actos cometidos (C. I. J., *Recueil*, 1949, p. 44). Sin embargo, es importante señalar que las otras opiniones disidentes de los jueces Badawi (C. I. J., *Recueil*, p. 64), Krylov (C. I. J., *Recueil*, pp. 71 y ss.) e incluso la del juez *ad hoc* Ecer (C. I. J., *Recueil*, pp. 126 y ss.) no ponen en duda el principio en sí de la responsabilidad por negligencia, sino lo que ellos cuestionan es la prueba del conocimiento de la presencia del campo de minas, o de la falta de la diligencia necesaria, un la vez que admiten el conocimiento previo.

¹³⁴ Lévy, D., *op. cit.*, pp. 757 y 758.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 760-763.

¹³⁶ C. I. J., *Recueil*, 1949, p. 18. “Ces moyens de preuve indirecte ...on doit les considerer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion”.

nunca antes se había encontrado una aplicación tan rigurosa en materia de responsabilidad.¹³⁷

Solo con las anteriores precisiones se entiende que el profesor D. Lévy concluya que a partir de la sentencia de Corfú en toda hipótesis en que el Estado defensor ejerza un “control exclusivo” (elemento esencial) sobre el territorio en que se produjo el hecho generador del daño, la carga de la prueba ya no recaerá sobre el demandante, en el sentido de que el juez no requerirá forzosamente la evidencia de una prueba directa ni de la víctima, ni con mayor razón del responsable.¹³⁸

D. Conclusiones

De lo anterior, podemos concluir que la sentencia dictada por la Corte en este caso no solo no consagra, sino, lo que es más, rechaza el sistema de responsabilidad que se genera desde el momento en que se establece un vínculo de causalidad entre el hecho imputable a un sujeto de derecho y el daño sufrido por otro; esto es, el sistema de responsabilidad objetiva.

Por último, no podemos tampoco aceptar la tesis de Jaques Ballenegger, quien sostiene que si en la sentencia sobre el estrecho de Corfú los jueces se contentaron con la evidencia de ciertas presunciones en cuanto a los hechos, en lugar de pruebas formales ofrecidas por la parte demandante, ello significa solamente que ante los ojos de la Corte hubo presunción de la culpa, aunque no su demostración formal.¹³⁹

En realidad, como vimos, la Corte Internacional rechazó la teoría de la responsabilidad objetiva, pero no por ello se adhirió a la tesis clásica de la culpa como condición de la responsabilidad. La Corte constató que el Estado defensor había incumplido una obligación que le era impuesta por el derecho internacional público, y de ahí que le fuera imputable una responsabilidad.¹⁴⁰

Rechazar la culpa como condición de la responsabilidad definitivamente no equivale necesariamente a la adopción de una responsabilidad objetiva.¹⁴¹

¹³⁷ Lévy, D., *op. cit.*, pp. 761 y 762.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 762-764.

¹³⁹ Ballenegger, J., *La pollution en droit international*, Gêneve, Droz, 1975, pp. 30 y 31, nota 57.

¹⁴⁰ C. I. J., *Recueil*, 1949, p. 23.

¹⁴¹ Lévy, D., *op. cit.*, pp. 747 y 748. Para Lévy, la culpa (*faute*) no difiere de la violación pura y simple de una regla obligatoria, que por la condición suplementaria que hace que el incumplimiento deba ser consciente, esto es, violación consciente de una obligación.