

# **RESPONSABILIDAD DE LAS PROVINCIAS POR DAÑO AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO \***

FEDERICO GASTÓN THEA

## **1. a. Introducción**

El daño ambiental es una especie de daño relativamente nuevo en el universo jurídico. Si bien ya ha sido aceptado en los tribunales, la elaboración de sus límites está en plena fase de desarrollo, tanto doctrinario como jurisprudencial y legal.

Como veremos en el desarrollo del presente, nuestros tribunales han ido aceptando cada vez con mayor amplitud criterios objetivos de atribución en materia de responsabilidad por daño ambiental. Sin embargo, en aquellos casos en que dos provincias sean parte de un litigio, no es tan claro qué nivel de aceptación tendrán estos criterios de tipo objetivo.

En este marco, el problema que se plantea es cómo deben resolverse estos supuestos de daño ambiental transfronterizo entre provincias. Para tal fin, se hará un desarrollo de las normas y principios relativos tanto a las cuestiones jurisdiccionales como a las del régimen jurídico aplicable en estos casos. Se expondrán y estudiarán las normas y los principios más destacados del derecho internacional del ambiente, desde el punto de vista normativo, doctrinario y jurisprudencial; analizándose de qué forma pueden ser aplicados en nuestro derecho interno de una manera que permitan lograr una mayor y más efectiva protección del ambiente.

## **1. b. El derecho ambiental en la Constitución Nacional y en el Código Civil**

Se puede conceptualizar al daño ambiental como toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o

\* Trabajo premiado en el "IV Concurso de Ensayos Ignacio Wiñizky sobre Derecho Ambiental", 2004.

colectividad, a que no se alteren de modo perjudicial sus condiciones naturales de vida. La misma noción de “daño ambiental” constituye una expresión ambivalente, pues designa no sólo el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a un agrupamiento social dado, traducido como impacto ambiental, sino que, además, se refiere al daño que el ambiente afectado ocasiona de rebote a los intereses legítimos de una persona determinada.

Es un dato de la realidad que la contaminación ambiental marcha, por naturaleza, inseparable de su carácter expansivo, tanto en lo temporal como en lo tocante al espacio físico que invade. De ello se deriva el carácter esencialmente difuso que tiene el daño al ambiente así como el marco de complejidad en la individualización del nexo de causalidad.

Ahora bien, teniendo en cuentas estas particulares características del daño ambiental, ¿qué factor de atribución de la responsabilidad deberá aplicarse? Hoy en día, tanto la doctrina nacional como nuestros tribunales han aceptado que la responsabilidad por daño ambiental responde a un factor objetivo de atribución. Es responsable quien es la fuente de dicho riesgo. En nuestro sistema legal son de aplicación en materia constitucional el art. 41 y los arts. 43 y 75, inc. 22, CN: el primero consagra el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado y la obligación del Estado de proveer su protección; el segundo, por incluir dentro del marco de un *proceso constitucional* (el amparo) la defensa del ambiente; y el tercero, por el carácter suprallegal que otorga a los tratados internacionales de los que es o será parte la Argentina, y en especial los tratados de derechos humanos enumerados en ese artículo, que gozan de jerarquía constitucional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En materia civil son de aplicación ciertas normas del Código, las cuales deben ser interpretadas de una manera amplia e integradora. Nuestros tribunales han hecho uso especialmente de los arts. 1071, 1112, 1113, 1119, 2499 y 2618, CCiv.

Abundante jurisprudencia refleja la aplicación de los artículos citados por parte de nuestros tribunales. A título de ejemplo, en el caso “Almada, Hugo N. v. Copetro SA”<sup>1</sup> se señala la legitimación individual de los actores en virtud del art. 2618 del Código Civil para el reclamo individual de cese de la contaminación, y para volver las cosas a su anterior estado los arts. 1083 y 1113, párr. 2º, parte 2ª del mismo cuerpo legal (hecho de las cosas que el empresario tiene bajo su dominio y guarda). En lo referente a la aplicación del art. 2618 del Código Civil, se dijo en este caso que la situación en cues-

<sup>1</sup> Sup. Corte Just. de Buenos Aires, 19/5/1998, “Almada Hugo N. v. Copetro SA y otros”.

ción excedía la “normal tolerabilidad” que dicha norma exige, con mención del “...respeto debido al uso regular de la propiedad y la prioridad en el uso”.

Otro ejemplo es el caso “Dante Duarte v. Fábrica Argentina de Vidrios y Revestimientos de Opalinas Hurlingham SA”<sup>2</sup> en el cual se acepta que “el art. 1113 del Código Civil, en su actual redacción incorpora a nuestro derecho el principio de responsabilidad objetiva en materia extracontractual, estableciendo a favor de la víctima una presunción legal del autor del daño causado con o por las cosas; presunción que para ser destruida exige la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder”. Y agrega más adelante que “cuando en la producción del daño ha intervenido una cosa que presenta un riesgo o vicio el dueño o guardián responde de manera objetiva. La culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos por el art. 1113 del Código Civil para realizar la imputación: aun cuando probase su falta de culpa ello carece de incidencia para levantar su responsabilidad, porque deben acreditar la concurrencia del supuesto previsto en el final de la segunda parte del segundo párrafo de la norma del artículo citado”. Dice también que “la responsabilidad por riesgo es ajena a la idea de culpa, teniendo un fundamento objetivo. Ello así, el dueño o guardián no puede invocar para eludir su responsabilidad, que de su parte no medió culpa, pues ese recaudo es indiferente a ese fin”.

Esta pequeña reseña jurisprudencial muestra el modo en que nuestros tribunales han hecho aplicación amplia e integradora de las herramientas brindadas por el Código Civil para la defensa del ambiente.

## **2. Distribución del poder de policía ambiental entre la Nación y las provincias**

Se ha debatido mucho con respecto a la distribución del poder de policía en materia ambiental entre la Nación y las provincias. Por un lado se afirma que por el art. 121 de la Constitución Nacional las provincias conservan todo el poder no delegado por ellas al gobierno federal, y que no existe delegación expresa de facultades en materia ambiental. Recurriendo a los principios generales, la división de competencias entre la Nación y las provincias que surge de la aplicación del art. 121 de la Constitución hace que cada provincia conserve todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que ésta posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias; las cuales tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones re-

<sup>2</sup> 1ª Instancia: Juzg. Nac. Civ. n. 105, 25/6/1992, 2ª Instancia: C. Nac. Civ., 30/6/1994, “Duarte, Dante y otros v. Fábrica Argentina de Vidrios y Revestimientos de Opalinas Hurlingham SA”.

manentes, o sea, todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación.

Por otra parte, se señala que por la interdependencia del ambiente y la movilidad de los factores degradantes, toda situación de deterioro puede llegar a comprometer los poderes concurrentes a “la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias”<sup>3</sup> y “hacer legítimo y necesario su concurso con la posible exclusión de la autoridad local en caso de incompatibilidad”<sup>4</sup>.

De especial importancia es el ya citado art. 41 de la Constitución Nacional, el cual dispone en su tercer párrafo que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. Esta norma es de significativa trascendencia en orden a los poderes de policía concurrentes entre la Nación y las provincias, en el ejercicio de las facultades que les compete en sus respectivas jurisdicciones para proteger la calidad de vida de los habitantes.

Según Bustamante Alsina, este párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional pone fin al acuciante problema de las competencias en el ejercicio del poder de policía ambiental que se daba antes de la reforma constitucional de 1994, ya que establece que corresponderá a la Nación dictar las normas legales necesarias para la tutela del ambiente en toda la República, que contengan los presupuestos mínimos de protección, y concurrentemente las provincias deberán dictar las disposiciones necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales, lo cual significa que las infracciones administrativas a las normas de seguridad preventivas, así como las violaciones a las normas de fondo que dicte el gobierno nacional, serán juzgadas en la respectivas jurisdicciones locales donde se hubiesen cometido las faltas o los ilícitos ambientales<sup>5</sup>.

En el mismo sentido, Sabsay opina que esta disposición “trata de encontrar una solución a través de una atribución de competencias en función de un criterio de magnitud o de trascendencia. Para la Nación los *contenidos mínimos*, que pueden entenderse como las pautas básicas; la competencia remanente queda a cargo de las provincias”<sup>6</sup>. El autor destaca un fallo

<sup>3</sup> Constitución Nacional, art. 75, inc. 18.

<sup>4</sup> FRÍAS, Pedro, “El sistema de competencias en derecho ambiental”, en *Derecho Empresario*, año 4, nro. 33, Buenos Aires, 1976, p. 196, citado en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho ambiental: fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 62.

<sup>5</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho ambiental...*, cit. 4, ps. 64 y 65.

<sup>6</sup> SABSAY, Daniel - ONAINDIA, José, *La Constitución de los argentinos*, 5ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2000, p. 153.

de la Corte Suprema <sup>7</sup> que aporta cierta claridad en relación con el problema del deslinde de competencias. En dicha sentencia el máximo tribunal señaló que “corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido”. Agregando que “tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas”.

En este fallo el alto tribunal también observa que “el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento de las causas que en lo sustancial versen sobre aspectos del derecho provincial”. Y para concluir la cuestión la Corte considera que “la solución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales”.

### **3. Daño ambiental transfronterizo entre provincias.**

#### **Planteo del problema**

Como ya se ha señalado, las provincias han delegado en favor de la Nación la determinación de los “presupuestos mínimos” para la protección ambiental, los cuales deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales, bajo la condición de que su ejercicio no importe un vaciamiento del dominio que tienen las provincias sobre esos mismos recursos. Es decir que la Constitución Nacional, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección en materia ambiental, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las cuales no pueden ser alteradas.

El problema que se plantea en este trabajo es qué sucede cuando se produce un daño ambiental transfronterizo entre provincias: si la Constitución otorga a cada provincia la facultad de legislar en materia ambiental y reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, el problema en este caso será determinar qué jurisdicción, qué principios y qué legislación deberá utilizarse en el caso de un daño al ambiente en una provincia producido por otra, o por un agente que actúe en otra.

<sup>7</sup> Corte Sup, 16/5/1995, “Roca, Magdalena v. Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad”.

### 3. a. *Jurisdicción. La competencia originaria de la Corte Suprema*

Conforme al art. 117 de la Constitución Nacional, las causas entre dos o más provincias son de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia, excepto las que se refieren a límites interprovinciales, que deben ser resueltas por el Congreso. La competencia originaria y exclusiva otorga sólo a la Corte Suprema el conocimiento, tramitación y decisión del asunto, sin que ningún otro tribunal pueda intervenir anteriormente. Se establece un sistema judicial de instancia única, reservado a los asuntos taxativamente enumerados por la norma.

Además, el art. 124 de la Constitución Nacional señala que “ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno Federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

Con fundamento en este artículo, la Corte Suprema ha aceptado su jurisdicción originaria en el caso “La Pampa, Provincia de v. Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”<sup>8</sup>, de fecha 1987, sentando uno de los principales precedentes jurisprudenciales en la materia.

### 3. b. *El caso “La Pampa contra Mendoza”. Disposiciones aplicables en un litigio interprovincial*

#### **Hechos del caso**

La provincia de La Pampa inicia demanda contra la provincia de Mendoza a fin de que se la condene a no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y para que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias. Señala que se realizaron un sinnúmero de gestiones, tanto privadas como públicas, para recuperar el recurso y, entre las primeras, las que trajeron aparejado el dictado de la resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica que disponía sueltas periódicas de agua hacia el territorio pampeano y que, pese a los reclamos que efectuaron tanto las autoridades como las fuerzas vivas provinciales, nunca llegó a cumplirse. La provincia de La Pampa describe las consecuencias del cese de los escurrimientos en su territorio y recuerda cómo la “extraordinaria irrigación de la zona había

<sup>8</sup> Corte Sup., 3/12/1987, “La Pampa, Provincia de v. Mendoza, provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos de las aguas”.

dado vigor a todo el oeste pampeano”, lo que se vio afectado por los aprovechamientos inconsultos y la construcción del dique El Nihuil con el consiguiente retraimiento demográfico y económico. Afirmando finalmente, que “Mendoza ha abusado de su derecho, que en forma irracional y deficiente utiliza las aguas del río Atuel y que nunca ha respetado los principios de buena fe y que hacen a las buenas costumbres entre los vecinos”.

La provincia de Mendoza, por su parte, afirma que el río pierde su condición de tal aguas debajo de la localidad de Carmensa, toda vez que no mantiene su perennidad. Hace particular mención a la ley nacional 12.650 y al contrato celebrado con el gobierno federal el 17 de junio de 1941, atribuyendo a este último la decisión política de afianzar el desarrollo del sur mendocino, aun a sabiendas de que ello significaba privar de agua al territorio de La Pampa.

Sostiene Mendoza que la ley, y el consiguiente contrato, celebrado por el gobierno federal entonces administrador del territorio de La Pampa, obliga a esta provincia por los efectos del principio que rige la sucesión entre Estados en el derecho internacional. Afirmo que “la provincia que se constituye sobre la base de lo que era hasta entonces un territorio nacional adquiere su territorio y sus recursos en las condiciones en que se encontraban”, señalando que “La Pampa no puede impugnar, ni desconocer, ni incumplir un contrato que, celebrado por el estado federal bajo cuya jurisdicción exclusiva se hallaba su territorio a esa fecha (1941), afectó un río que acaso sería interjurisdiccional. Señala además que la circunstancia de que el Poder Ejecutivo Nacional “estaba avisado, al firmar el contrato del 17 de junio de 1941, de que al construirse el dique del Nihuil no llegaría —sino excepcionalmente— más agua a La Pampa reafirma la aplicabilidad actual a La Pampa de las estipulaciones de dicho contrato”.

Rechaza además la procedencia de la acción posesoria intentada, toda vez que el Código Civil es inaplicable al litigio por las razones que invoca, entre ellas, las vinculadas al carácter de una demanda iniciada ante la Corte Suprema sobre la base de lo dispuesto en el art. 109 de la Constitución. Finalmente, se refiere a los principios de la distribución equitativa y razonable de las aguas en las cuencas interjurisdiccionales para destacar la prevalencia en el derecho internacional de las normas contractuales.

En primer lugar, descartando las defensas de la demandada, la Corte reconoce el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del Atuel. Decidido lo anterior, la Corte analiza la defensa de la demandada basada en la significación que atribuye al convenio que celebró con la Nación en el año 1941 y a la ley 12.650 que, según Mendoza, obligan a la provincia de La Pampa, sucesora del Estado nacional, por entonces autoridad territorial.

A juicio de la Provincia de Mendoza, al encontrarse La Pampa en condición de territorio, y no ser una entidad política autónoma sino sólo una circunscripción administrativa del Estado Federal, éste podía disponer del río como lo hizo. Señala que “cuando La Pampa adquirió el *status* de provincia en 1951, se encontró sometida a las condiciones preexistentes y no podía pretender mejores derechos que los del Estado Federal al que pertenecía su territorio hasta ese momento. Afirma por lo tanto que se configuró un caso de sucesión de Estados que, si bien es propio del derecho internacional público, contiene elementos que se vuelven aplicables cuando, dentro de un Estado Federal, se forma una provincia con territorio que hasta entonces estaba sujeto a aquella jurisdicción”.

La Corte Suprema, luego de una extensa reseña de jurisprudencia norteamericana referida al tema, extrae las siguientes conclusiones: a) que el gobierno federal ejerce una autoridad plena durante el período territorial; b) que, en general, sus actos obligan a los nuevos Estados que se constituyan; c) que durante aquel lapso puede disponer libremente de ciertos bienes como las tierras fiscales, cuya colonización y explotación sería uno de sus objetivos de gobierno; d) que, en cambio, el poder de disposición o de efectuar concesiones aparece seriamente limitado si se trata de otros, como los recursos naturales afectados al uso y goce público, y por lo tanto asimilables a nuestros bienes de dominio público, con relación a los cuales sólo es reconocido si se lo ejerce para satisfacer los fines tenidos en vista para la creación del territorio y si surge de una clara e inequívoca manifestación de voluntad; y 5) que, salvo esta última circunstancia, los nuevos Estados acceden con plenitud al dominio de estos bienes existentes en su territorio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema afirma que “la experiencia histórica de los Estados Unidos revela que las amplias atribuciones del legislador nacional le permitieron disponer, para el cumplimiento de los propósitos de colonización y desarrollo de los territorios, de las tierras afectadas a ese fin [...] En cambio, los bienes como los lechos de los ríos navegables, considerados vías de comunicación públicas y, por lo tanto, afectados al uso y goce general, sólo podían ser objeto de disposición o concesión si contemplaban el interés del futuro Estado, sometido, por entonces, a la dependencia de la autoridad nacional. Esto resultaba compatible con el carácter de su administración temporaria, ejercida, como invariablemente lo sostuvo la jurisprudencia, *in trust for the future states* (152 U.S., 1 y otros) y la naturaleza de ciertos recursos naturales que presentan las características que en nuestro régimen legal definen a los bienes del dominio público”.

Debe entonces la Corte resolver si esa disposición atendió a los fines que justificaron la creación del territorio y que la legislación del gobierno

federal debió contemplar <sup>9</sup>. Al respecto, se concluye que “tanto las autoridades nacionales como las provinciales y, en particular, los integrantes del Congreso de la Nación que intervinieron en la preparación y discusión de la que sería la ley 12.650, para nada contemplaron la hipótesis de que el río Atuel conformara un recurso compartido entre la provincia de Mendoza y el Gobierno Federal como autoridad que era por entonces en el territorio de La Pampa. En esas intervenciones, como en los textos legales y administrativos atinentes, consideraron al río como interior de la provincia demandada, y la participación del gobierno federal resultó, en todo caso, encuadrada en el marco de las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución <sup>10</sup>, más que derivada del ejercicio de las facultades que le confería la legislación sancionada sobre la base del inc. 14 de esa cláusula constitucional.

Una vez decidida la interprovincialidad del río Atuel y descartado que el convenio entre el gobierno de Mendoza y el Estado Nacional tuviera efectos vinculantes respecto de la provincia de La Pampa, pasa la Corte a analizar el reclamo de esta última sobre la participación en el aprovechamiento de sus aguas, cuya regulación había solicitado mediante la invocación de las facultades que le acuerda el art. 109 de la Constitución <sup>11</sup>.

En su decisorio, la Corte señala que “los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal”. Estima que en estos casos, en principio, será aplicable al litigio el derecho constitucional nacional o comparado y el derecho internacional público.

Estas afirmaciones le son de utilidad para desechar la aplicación al presente caso de disposiciones del derecho privado como son, por ejemplo, la posesión y las acciones que la protegen, y los arts. 2645 y 2646 del Código Civil, que invoca, entre otras normas, la provincia de La Pampa para fundar su pretensión.

### **Conclusiones preliminares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

El más alto tribunal señala que el principio del aprovechamiento equitativo ha recibido consagración en el derecho internacional y se ha conver-

<sup>9</sup> Conf. art. 67, inc 14, CN (actual art. 75, inc. 15, según reforma de 1994).

<sup>10</sup> Actual art. 75, inc. 18, según reforma de 1994.

<sup>11</sup> Actual art. 127, según reforma de 1994.

tido en una norma de derecho consuetudinario. Este principio se traduce en el derecho de los Estados a una participación razonable y equitativa en los usos y beneficios de las aguas del curso de aguas internacionales. Para determinar lo que constituye un uso “equitativo y razonable” la Corte apela a los principios mencionados en la reunión de la International Law Association, celebrada en Dubrovnik, Yugoslavia, en 1956. Allí se asignó relevancia a: 1) el derecho de cada Estado a un uso razonable del agua; 2) el grado de dependencia de cada Estado respecto de ese recurso; 3) los beneficios comparativos que, en lo social y económico, obtiene cada uno de ellos; 4) la existencia de acuerdos preexistentes; y 5) la utilización previa del recurso.

Más adelante, acudiendo a las reglas de Helsinki (art. VII), señala: “A un estado de la cuenca no se le puede negar, con el fin de reservar el aprovechamiento futuro de dichas aguas a favor de un estado corribereño, el uso razonable que en el presente hace de las aguas de una cuenca hidrográfica”.

También afirma que “la armonización de los derechos respectivos a una distribución equitativa, necesita para su efectiva realización de la cooperación de buena fe de los Estados cursos de agua” y señala que esta postura fue expresada por: a) el relator especial de la CDI, en el Tercer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacional para Fines Distintos de la Navegación; b) el Tribunal Arbitral en el asunto del Lago Lanoux; c) la Corte Internacional de Justicia en los casos de la “Plataforma Continental del Mar del Norte” (República Federal de Alemania v. Países Bajos y República Federal de Alemania v. Dinamarca) <sup>12</sup>, y en el “Caso de la Competencia en materia de Pesquerías” (Reino Unido v. Islandia —fondo— ) <sup>13</sup>.

En cuanto a la cooperación, la Corte expresa que ésta “debe procurarse a través de negociaciones que, para cada caso concreto, precise cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada Estado y, de ser conveniente, determine cuáles han de ser los mecanismos o procedimientos adecuados para la administración y gestión del curso de agua. Agrega que “la negociación ha de reflejar buena voluntad y no ha de encubrir una mera formalidad”. Cita en ese sentido a la Corte Permanente de Justicia Internacional en el “Caso del Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia”, donde se indicó que dicha obligación, la de negociar, consiste “...no sólo en entablar negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos

<sup>12</sup> I.C.J. Reports, 1969, fallo del 20/2/1969.

<sup>13</sup> I.C.J. Reports, 1974, fallo del 25/7/1974.

posible con miras a concertar acuerdos, aun cuando la obligación de negociar no implica la de llegar a un acuerdo”<sup>14</sup>.

Siguiendo con la definición del carácter que debe tener la negociación, señala que según el Tribunal Arbitral en el “Caso del Lago Lanoux”, ésta (la negociación) “...no podría reducirse a exigencias puramente formales, como la de tomar nota de las reclamaciones, protestas o disculpas presentadas por el Estado del curso inferior”. Dice además, que “esta obligación de negociar ha de ser considerada a los fines de la regulación del río Atuel”.

Como conclusión, la Corte indica que “los razonamientos precedentes llevan al Tribunal a la convicción de que para resolver la presente causa en el aspecto referente a la utilización de las aguas del río Atuel es menester tomar en consideración las normas que pueden ser asumidas como costumbre en el derecho internacional, los principios vertidos en diversas convenciones, resoluciones y declaraciones internacionales que traducen un consenso generalizado de la comunidad internacional y los propios criterios de nuestro país, reflejados normativamente, en cuanto presuponen el carácter de recurso natural compartido de los cursos de agua internacionales y afirman el concepto de una participación equitativa y razonable”. Agregando que “estos principios, aplicables por directa analogía a los cursos de agua interprovinciales, deben ser confrontados con las características que presenta en concreto el caso *sub examine*, sin excluir sus circunstancias procesales”.

## El decisorio

En ejercicio de la facultad que le confiere el art. 109 de la Constitución Nacional, el Tribunal decide:

1) Declarar que el río Atuel es interprovincial y que el acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Mendoza el 17 de junio de 1941 no tiene efecto vinculante para la provincia de La Pampa.

2) Rechazar la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa y las pretensiones de que se de cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel y sus afluentes, siempre que la provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie.

3) Exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel,

<sup>14</sup> CPJI Serie A/B, nro. 42, 1931, p. 116, disponible en [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_AB/AB\\_42/Trafic\\_ferroviaire\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_AB/AB_42/Trafic_ferroviaire_Avis_consultatif.pdf)

sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

Como se ha podido visualizar en el desarrollo de este importante precedente, el máximo tribunal de nuestro país estableció que las disposiciones del Código Civil son inaplicables en un litigio de carácter interprovincial e hizo uso de las reglas y principios del derecho internacional público relativos a la materia.

Quedan entonces respondidas dos de las preguntas planteadas en el punto anterior: a) respecto de la jurisdicción aplicable, se ha mostrado que ante un conflicto interprovincial corresponde otorgar la competencia originaria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de los arts. 117 y 124 de la Constitución Nacional y que este criterio ha sido aplicado por nuestro máximo tribunal en el caso de la provincia de La Pampa contra la provincia de Mendoza; b) respecto de los principios y la legislación aplicable en un conflicto interprovincial, se debe concordar con lo dispuesto por la Corte Suprema en el caso señalado, en cuanto establece que en un conflicto interprovincial el Código Civil es inaplicable y se debe recurrir al derecho constitucional nacional o comparado, y al derecho internacional público.

A continuación, se señalarán las principales disposiciones y principios del derecho internacional público en materia ambiental a la fecha. Luego del desarrollo del material teórico, se analizará de qué forma éstas pueden llegar a ser aplicadas en un conflicto ambiental entre provincias. La pregunta central a responder ahora es si se deben, o si se pueden, aplicar los criterios relativos a la responsabilidad internacional de los Estados por daño ambiental transfronterizo, a la responsabilidad de las provincias por daño ambiental interprovincial. Y de ser la respuesta afirmativa, de qué forma se llevará a cabo esa labor.

#### **4. El derecho internacional del ambiente**

##### *4. a. Breve introducción*

La conciencia ambiental comienza a adquirir su dimensión universal cuando se dan los primeros pasos para expresarla institucionalmente, a través de conferencias y acuerdos internacionales. En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió convocar a la Conferencia Mundial sobre Ambiente Humano, la cual tendría lugar en Estocolmo, en 1972 <sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Reunida del 5 al 16/6/1972.

Este evento significó el punto de partida de la conciencia mundial para la protección y el mejoramiento del ambiente, y ha creado una estructura institucional flexible pero permanente <sup>16</sup>, transformándose en la base de todas las políticas ambientales futuras <sup>17</sup>.

Su adopción orientó la acción internacional durante los siguientes veinte años, y llevó particularmente a la elaboración de decenas de convenciones internacionales y a la creación de un órgano especial para la protección ambiental: el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). En la Conferencia, los Estados miembros adoptaron el principio de que “todos tenemos derecho a gozar de un ambiente sano”, y también se destacó la realidad del derecho internacional como régimen de soberanía de cada país. En este sentido, el Principio 21 estableció que “los países tienen (...) el derecho soberano de explotar sus propios recursos adhiriéndose a su legislación nacional, y asimismo la responsabilidad de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control no causen daño al ambiente de otros países o áreas más allá de los límites de su jurisdicción nacional”. Además de la obligación de controlar las actividades dentro de su respectivo territorio, la Declaración determinó que “los países también deberán cooperar en el desarrollo del derecho internacional con respecto a la punibilidad y compensación a las víctimas por la contaminación y otros daños causados por actividades ocurridas dentro de su jurisdicción o fuera de ella”.

Veinte años más tarde, se llevó a cabo en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED) <sup>18</sup>. En ella se adoptaron tres instrumentos no vinculantes: la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, una afirmación de Principios sobre Bosques y la llamada Agenda 21. Asimismo, dos tratados negociados con anterioridad fueron abiertos para la firma: la Convención sobre Diversidad Biológica y el Convenio Marco sobre Cambio Climático.

El núcleo de la Declaración está formado por los arts. 3° y 4°: el primero trae un principio de equidad generacional y el segundo establece la indivisibilidad de desarrollo y protección del ambiente, de tal forma que el desarrollo esté condicionado a la protección del medio <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> FROMAGEAU, J. - CUTTINGER, Ph., *Droit de l'environnement*, Eyrolles, París, 1993, p. 47, citado en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho ambiental...*, cit. 4, p. 26.

<sup>17</sup> KROM, Beatriz S., *Ambiente y recursos naturales*, Estudio, Buenos Aires, p. 49.

<sup>18</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, República Federativa del Brasil, junio de 1992.

<sup>19</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho internacional público*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 464.

#### 4. b. Principios del derecho internacional del ambiente

El derecho de protección internacional del medio ambiente es muy nuevo, y en general, son pocos los principios “duros”, o bien que estén establecidos en la costumbre <sup>20</sup>. Sin embargo, existe un cierto número de principios emergentes que tal vez se consagren, en un tiempo relativamente breve, como una nueva costumbre internacional. Una nueva costumbre puede surgir en un tiempo relativamente corto, siempre y cuando sea aplicada uniformemente y con cierta intensidad. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia en los casos de la plataforma continental del Mar del Norte, “el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional [...]” <sup>21</sup>.

Entre los más importantes principios, mencionamos los siguientes:

#### **Principio de desarrollo sustentable**

El principio de desarrollo sustentable hace referencia a la necesidad del desarrollo de los países de manera compatible con el ambiente. Según la clásica definición contenida en el informe *Nuestro Futuro Común* <sup>22</sup>, este principio se refiere al desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Este paradigma debería ser aceptado como el principio guía para el comercio internacional y el desarrollo en el mundo.

Este principio intenta compatibilizar la promoción del desarrollo económico con la protección del ambiente. Los problemas económicos y ecológicos son interdependientes, por lo tanto, deben considerarse como una unidad desde el comienzo del proceso de toma decisiones <sup>23</sup>.

#### **Principio de cooperación**

Este principio establece el deber general de los Estados de cuidar y proteger el ambiente, postulando la cooperación internacional para tal propósito. En un plano general, el principio de cooperación internacional con-

<sup>20</sup> BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit. 19, p. 468.

<sup>21</sup> CIJ, “North Sea Continental Shelf Cases”, sentencia del 20/2/1969.

<sup>22</sup> Informe Brundtland, publicado en abril de 1987 y elaborado por la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo, de conformidad con la Resolución 38/161 del 19/12/1983 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

<sup>23</sup> LIBSTER, Mauricio H., *Delitos ecológicos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 84.

lleva a promover la firma de tratados y otros instrumentos internacionales sobre el cuidado y la protección del ambiente, el deber de intercambiar información relevante, de promover la investigación científica y tecnológica, el procurar asistencia técnica y financiera a los países necesitados, y el establecimiento de programas de vigilancia y evaluación ambiental.

Una manifestación de este principio de cooperación, en lo referido al deber que tienen los Estados de informar a otros acerca de riesgos ambientales, se puede hallar en el Caso del Canal de Corfú <sup>24</sup>. Los hechos del caso son, de manera abreviada, los siguientes: el 22 de octubre de 1946, dos cruceros y dos destructores británicos, procedentes del sur, entraron en el Estrecho septentrional de Corfú. El canal que seguían, que se hallaba en aguas albanesas, estaba considerado como seguro: había sido limpiado de minas en 1944 y verificado en 1945. Uno de los destructores, el *Saumarez*, cuando se hallaba a la altura de Saranda, chocó con una mina y resultó gravemente averiado. El otro destructor, el *Balaje*, fue enviado en su socorro y, mientras lo remolcaba, chocó con otra mina y sufrió también graves daños. Cuarenta y cinco oficiales y marineros británicos murieron y otros cuarenta y dos resultaron heridos. En su fallo, la Corte Internacional de Justicia declaró, por once votos contra cinco, que Albania era responsable. Concluyó la Corte que el tendido del campo de minas no pudo haberse efectuado sin el conocimiento de Albania, y que por ello debió haber notificado a los navegantes y, en particular, advertir del peligro a que se exponían a los buques que cruzaban el estrecho.

Siguiendo a Shaw, el incremento del ámbito de práctica de los Estados en lo referido al tema, ha llevado a la Comisión de Derecho Internacional a señalar que una regla de derecho consuetudinario internacional ha emergido en el principio de que los Estados están obligados a proporcionar información acerca de una nueva o creciente contaminación a aquellos que son potenciales víctimas <sup>25</sup>.

La exigencia concreta de cooperación en materia ambiental ha sido recogida en numerosos textos internacionales. Por ejemplo, el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo establece que “los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación [...]”. Asimismo, en la Declaración de Río de 1992 se afirma la obligación expresa de los Estados de cooperar para el logro del desarrollo sostenible en un marco de responsabilidades comunes para el cuidado del ambiente.

<sup>24</sup> CIJ, Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), 1947-1949.

<sup>25</sup> SHAW, Malcolm, *International Law*, 4<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, 1997, p. 602.

En el marco de este principio, se hallan también las obligaciones de información o de consulta previa a la iniciación de actividades susceptibles de infligir daños sobre el ambiente más allá de las fronteras nacionales, las cuales están contempladas en los principios 18 y 19 de la Declaración de Río.

En opinión de Gutiérrez Espada <sup>26</sup>, “parece aceptada ya la existencia de una norma general en cuya virtud los Estados tienen la obligación de mantener un intercambio regular de información acerca de sus actividades que puedan provocar efectos ambientales transfronterizos adversos con los Estados que puedan resultar afectados, así como llevar a cabo con ellos consultas en una fecha temprana y de buena fe”. Lo mismo ocurre con la obligación de notificar inmediatamente a otros de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos sobre el ambiente de esos Estados. El autor señala que la inclusión del principio en numerosos tratados bi o multilaterales, la afirmación de su valor jurídico en numerosas intervenciones estatales en los más diversos foros internacionales y la opinión mayoritaria de la doctrina más moderna, hace posible entender que la Declaración de Río en sus principios 18 y 19 recoge normas no escritas preexistentes a su adopción.

### **Derecho a participación ciudadana**

Los elementos constituyentes de este principio son, entre otros, el derecho a la información en materia ambiental, el derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones relativas al ambiente y el derecho de acceso a la justicia en condiciones no discriminatorias. En efecto, se atiende a la libertad de acceso a la información sobre el ambiente, es decir, que los Estados pongan dicha información a disposición de cualquier persona que lo solicite expresamente. El Principio 10 de la Declaración de Río establece al respecto que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de partici-

<sup>26</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. XIV, 1998, p. 146, citado en SABIA DE BARBERIS, N., “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XII, Córdoba, 2003, p. 195.