

par en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Principio de precaución

Este principio ha sido llamado también “principio de acción precautoria”, y ha quedado consagrado en la Declaración de Río, en cuanto se exige a los Estados la aplicación amplia del criterio de precaución, conforme con sus capacidades. De acuerdo con ello, este principio exige que se adopten las medidas que sean necesarias para conjurar los peligros de daño grave e irreversible, incluso ante la falta de certeza científica. La falta de demostración científica no implica una actitud permisiva de las actividades lesiva para el ambiente, ni justifica una actitud pasiva de los Estados.

La Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de expedirse acerca de este principio en el caso del Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros ²⁷, que dada su relevancia será comentado a continuación:

En 1977, Hungría y la por ese entonces Checoslovaquia (ahora Eslovaquia) firmaron un Tratado para la Construcción y Operación del Sistema de Exclusas de Gabcikovo-Nagymaros, a lo largo del río Danubio. Las obras iniciaron conjuntamente en 1978, sin embargo, debido a presiones internas, el gobierno húngaro decidió abandonar los trabajos en Nagymaros en octubre de 1989, aduciendo razones económicas y ambientales. Checoslovaquia protestó inmediatamente, y ante el fracaso de las negociaciones, en julio de 1993 se instauró un proceso ante la Corte Internacional de Justicia. En 1991, Checoslovaquia había comenzado a desarrollar una solución alternativa (Variante C), que incluía una derivación del Danubio en su territorio y la construcción de una presa y otras obras conexas. En respuesta, Hungría reclamó que su acceso al agua del Danubio se vería afectado por la Variante C, y dio por terminado el tratado de 1977.

El río Danubio y sus afluentes, como recursos naturales, fueron elementos centrales en este litigio. Hungría sostenía que un estado de necesidad ambiental justificaba su decisión de suspender y abandonar las obras acordadas en el tratado. Eslovaquia negó dicho estado de cosas, y enfatizó que los únicos fundamentos para suspender y terminar un tratado se encuen-

²⁷ CIJ, Case concerning the Gabcíkovo – Nagymaros Project (Hungary/Slovakya), sentencia del 25/9/1997.

tran en los arts. 60 al 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales no incluyen la “necesidad ambiental”.

Estas posturas fueron percibidas como un choque entre el derecho clásico de los tratados y las normas en desarrollo del derecho ambiental internacional y de la responsabilidad del Estado.

En su pronunciamiento, la Corte concluyó que Hungría no tenía el derecho de suspender y luego abandonar los trabajos relativos a Nagymaros ni a la parte de Gabčíkovo de la que era responsable. Por su parte, si bien Checoslovaquia tenía derecho de recurrir en 1991 a la solución provisoria, no tenía en cambio el derecho de ponerla en marcha. La notificación por parte de Hungría a Checoslovaquia de ponerle fin al tratado de 1977 no tuvo ese efecto jurídico.

Por ello, salvo que las partes dispusieren otra cosa, deberían constituir un régimen operacional conjunto conforme al citado tratado. Las partes se deben indemnizaciones recíprocas, ya que han cometido actos ilícitos cruzados, por lo que la Corte observó que la cuestión de la indemnización podría ser resuelta de forma satisfactoria si renunciaban a todas las demandas y contrademandas de orden financiero, o las anularan. La Corte dispuso que las partes deberían realizar negociaciones para acordar la forma de instrumentación del fallo.

En cuanto al tema ambiental, más concretamente lo referido a la figura del “estado de necesidad ecológica”, planteada por Hungría, ésta no fue reconocida por la Corte.

Maljean-Dubois ²⁸ señala que “es positivo que la Corte admita que los peligros previstos por el estado de necesidad puedan constituirse como tales a largo plazo, ya que los peligros ambientales generalmente tienen tales características. Sin embargo, al ser tan exigente la Corte con el estado de certeza requerido, le quita valor a ese reconocimiento, pues si bien los daños pueden ser inciertos, son frecuentemente irreversibles”. Además, opina que esta omisión de la Corte puede deberse a que, posiblemente, todavía se halla en discusión la naturaleza del principio, pues parecería que aún no ha alcanzado el punto de cristalización necesario para formar una costumbre internacional.

En otra oportunidad, la Corte Internacional de Justicia también hizo referencia al principio de precaución. El juez Weeramantry, en su opinión disidente en el “Asunto referido a la demanda para el examen de la situa-

²⁸ Maljean-Dubois, S. “L’arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabčíkovo – Nagymaros (Hongrie-Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p. 300, citado en SABIA DE BARBERIS, N., “La protección...”, cit. 26, ps. 148/149.

ción de acuerdo con el parágrafo 63 del fallo de la Corte del 20 de diciembre de 1974 en el caso de los ensayos nucleares y nueva demanda solicitando medidas precautorias”²⁹, lo describió como un principio que está incrementando consenso como parte del derecho internacional del ambiente. El juez Weeramantry hizo alusión a que, en ese tipo de supuestos, la prueba de que el acto incriminado no producirá daño al ambiente, le corresponde al Estado autor de éste.

Esta propuesta de invertir la carga de la prueba, de manera tal que sea el Estado acusado quien deba demostrar que su acción no causará un daño al ambiente es de fundamental importancia, ya que en muchos casos la dificultad en la producción de pruebas para demostrar la irreversibilidad del daño y el nivel de certeza exigidos pueden ser de un grado tan alto que tornen ilusoria la vigencia del principio de precaución.

Lamentablemente, como ya ha sido señalado, en el caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, se le dio un golpe a este principio, al sostenerse que los peligros invocados por Hungría, sin perjuicio de su gravedad eventual, no estaban en 1989 ni suficientemente establecidos ni eran inminentes, y que ese país disponía en esa época de otros medios distintos a la suspensión y el abandono de los trabajos a su cargo. Es por este motivo que algunos autores consideran que el principio de precaución no tiene todavía el carácter de una obligación jurídica fuera de los casos convencionales en los que se le ha otorgado tal carácter.

La evaluación del impacto ambiental y el principio de “quien contamina paga”

El impacto ambiental puede ser definido como toda modificación producida por factores artificiales o naturales que sufre el ambiente. Se conoce como evaluación del impacto ambiental al procedimiento previsto para estudiar, interpretar, identificar y prevenir las consecuencias perjudiciales que determinados proyectos o acciones puedan causar al ambiente. Comprende varias etapas: una de estudio, una de evaluación y una de declaración.

La etapa de estudio es la que reúne un conjunto de actividades técnicas y científicas destinadas a identificar y predecir los impactos ambientales. “Es el instrumento que permite ordenar el análisis público en torno a elementos científica y técnicamente presentados para proyectos de gran envergadura. Su objetivo es asegurar la presentación documentada de la

²⁹ CIJ, Request for an examination of the situation in accordance with paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case (*New Zealand v. France*), 1995.

información y la veracidad de los diagnósticos, las predicciones y las recomendaciones sobre los cursos de acción y decisiones sobre el proyecto”³⁰.

La etapa de evaluación del impacto ambiental, propiamente dicha, se relaciona con el procedimiento administrativo al cual se le incorporan elementos técnicos y científicos, con el fin de interpretar los resultados de la fase de estudio. En esta etapa se pretende no sólo predecir los impactos ambientales, sino también encontrar la manera de reducir aquellos que resultan inaceptables.

Finalmente, la declaración de impacto ambiental es el documento elaborado por la autoridad de aplicación, en el cual queda reflejada la conveniencia o no de llevar a cabo las actividades bajo estudio. Es un dictamen administrativo que incluye recomendaciones sobre los cursos de acción y decisiones a tomar, con efectos jurídicos, los cuales son variables de acuerdo al régimen jurídico en el que sea aplicado.

La evaluación del impacto ambiental ha sido definida como “un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por la autoridad pública y que puede dar lugar a efectos negativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación”³¹. El principio de evaluación de impacto ambiental se incluyó en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, en la cual se afirma que “...las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de las consecuencias y se realizarán con suficiente antelación de desarrollo sobre la naturaleza...”. A su vez, el Principio 17 de la Declaración de Río señala que “deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

La Corte Internacional de Justicia también ha tenido oportunidad de referirse a este tema. En el “Asunto referido a la demanda para el examen de la situación de acuerdo con el parágrafo 63 del fallo de la Corte del 20 de diciembre de 1974 en el caso de los ensayos nucleares y nueva demanda solicitando medidas precautorias” (Nueva Zelanda v. Francia), el juez Palmer señaló que, en su criterio, posiblemente se ha creado consuetudinariamente una norma que exige la evaluación del impacto ambiental cuando las actividades implican el riesgo de tener efectos sensibles sobre el ambiente.

³⁰ “Evaluación de impacto ambiental”. Documento elaborado por FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales). Disponible en: <http://www.farn.org.ar/docs/p11/publicaciones11-6.html>.

³¹ KROM, Beatriz S., *Ambiente...*, cit. 17, p. 75.

Por su parte, en su voto disidente, el juez Weeramantry encontró en el caso bajo examen que se había afectado el principio de la necesidad de realizar una evaluación del impacto ambiental, opinando que ese principio debía *prima facie* ser aplicado, de acuerdo con el estado actual del derecho internacional del ambiente.

4. c. El Principio 21: un “principio de principios”

El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo dice: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

El derecho internacional general reconoce que los Estados, como consecuencia de sus derechos soberanos, tienen el derecho de ejercer en forma exclusiva el conjunto de jurisdicciones sobre el territorio que les pertenece. Ahora bien, este derecho trae consigo la correlativa obligación de no causar perjuicios a otros Estados, ni a sus personas ni bienes, lo cual significa que la utilización del propio territorio debe ser inocua para el medio ambiente de terceros Estados o de espacios no sujetos a jurisdicción nacional”³².

El Principio 21 cabe dentro del principio jurídico tradicional enunciado por la máxima latina *sic utere ut alienum non laedas*. Según éste, los Estados deben actuar de tal modo que por ellos o por personas bajo su jurisdicción o control, no se realicen actividades que causen daños “apreciables”, ambientales u otros, por encima de las fronteras de terceros Estados, bien directamente, bien indirectamente en la persona o bienes de sus súbditos. Se trata de un principio que impone obligaciones de obrar con diligencia para prevenir los daños a terceros. Paralelamente, todo Estado tiene derecho a no sufrir en su territorio daños, ambientales u otros, derivados de actividades realizadas bajo la soberanía, jurisdicción o control de otros. Como señala Barboza³³, este principio constituye un límite a la libertad de los Estados, que consiste en no perjudicar el medio ambiente de otros como resultado de las actividades realizadas dentro del ámbito de su jurisdicción. Esta limitación está basada también en el principio de soberanía. Según el citado autor, la “soberanía territorial es dual: afirma la libertad de acción en el propio

³² GUTIÉRREZ ESPADA, C., citado por SABIA DE BARBERIS, N., “La protección...”, cit 16, p. 113.

³³ BARBOZA, Julio, *Derecho...*, cit. 19, pág. 470.

territorio pero rechaza todo efecto perjudicial venido de afuera. Uno y otro deben hacerse compatibles y lo son en forma de un compromiso: el del uso inofensivo del territorio”.

En el “Caso de las Islas de Palmas”, se hizo notar que el concepto de soberanía territorial había incorporado una obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados ³⁴. Este principio, que procede del derecho internacional de la vecindad, al ser aplicado en materia ambiental ha ampliado su contenido, prohibiendo los actos de contaminación transfronteriza cuando causen daños “apreciables”, no sólo a terceros Estados, sino más en general a áreas “comunes” situadas más allá de toda jurisdicción nacional. Se trata, en este caso, de una obligación frente a la comunidad internacional en cuanto tal.

A favor de la vigencia de este principio en el terreno de los daños transfronterizos, Díez de Velasco ³⁵ cita algunos precedentes jurisprudenciales relativos a daños a Estados vecinos.

En primer lugar, el laudo en el asunto del “Trail Smelter”, en el que el tribunal de arbitraje *inter alia* afirmó: “[...] Según los principios del derecho internacional, igual que según el derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños por humos en o al territorio de otro o a la propiedad de las personas que allí se encuentren, cuando se trata de un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente”.

Según el autor, esta sentencia apuntó a ulteriores desarrollos jurídicos puesto que, por un lado, ordenó a la factoría canadiense responsable de la emisión de los humos transfronterizos contaminantes abstenerse de causar daños en el futuro aplicando las medidas preventivas necesarias y, por otro lado, estableció un régimen para el control futuro de las posibles emisiones, incluyendo la creación de una comisión internacional competente para adoptar decisiones vinculantes al respecto.

El otro precedente citado es la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el “Asunto del Canal de Corfú”, que ya ha sido comentado *ut supra*, en el cual dicho tribunal afirmó la vigencia de “[...] la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados”.

³⁴ 2 RIAA, ps. 829, 839, citado por SHAW, Malcolm, *International Law*, cit. 25, pág. 591.

³⁵ Díez de VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1999, ps. 632 y 633.

Muchos autores han señalado al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo como la “regla de oro” en materia de protección internacional del ambiente, ya que constituye el fundamento general de la prohibición de la contaminación transfronteriza. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia ha tenido oportunidad de expresar que “la existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción o control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas más allá del control nacional forma ahora parte del *corpus* del derecho internacional relativo al medio ambiente”³⁶.

5. a. Responsabilidad internacional de los Estados

La responsabilidad ambiental internacional es una especie de la responsabilidad internacional del derecho internacional general, es decir, dentro de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos, acciones u omisiones de los Estados, que produzcan efectos jurídicos de carácter internacional.

El tema de la responsabilidad internacional de los Estados por daños ambientales y/o derivados de la contaminación, se enmarca dentro de la responsabilidad internacional tanto por actos ilícitos como por actos no prohibidos, lícitos.

Siguiendo a Confortti³⁷, existen tres tipos de responsabilidad:

1. Responsabilidad por culpa: se da cuando el autor del ilícito lo ha cometido intencionalmente o al menos con negligencia, es decir, ha dejado de adoptar el comportamiento exigido para impedir el hecho doloso.

2. Responsabilidad objetiva relativa: se produce por efecto de la simple comisión del ilícito cuando para sustraerse a la responsabilidad el autor debe invocar una causa de justificación que consista en un hecho ajeno a su voluntad que le haya hecho imposible respetar la norma (fuerza mayor, etc.). En este tipo de responsabilidad existe un desplazamiento de la obligación de probar que se traslada de la víctima al autor del ilícito. Es decir, que para exonerarse de la responsabilidad el autor del daño debe probar que ha habido culpa de la víctima o de un hecho ajeno a su voluntad

3. Responsabilidad objetiva absoluta, que además de atribuir automáticamente responsabilidad no admite ninguna justificación. Este tipo de responsabilidad se da cuando el Estado realiza actividades peligrosas, ultrape-ligrosas o socialmente dañosas.

³⁶ Ver I.C.J., Advisory Opinión, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (1994-1996).

³⁷ CONFORTTI, Benedetto, *Derecho internacional*, Zavalía, 1995, p. 433.

Si bien es aceptada en el derecho interno argentino la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado por los actos lícitos, en el derecho internacional esto no es tan así. Y como ya se ha señalado en este trabajo, ante un litigio interprovincial se debe recurrir a los principios del derecho internacional público. Es por lo ello necesario analizar cuáles son los criterios aplicables respecto de la responsabilidad internacional de los Estados en el derecho internacional del ambiente, porque estos serán, en última instancia, los que servirán a la hora de resolver el interrogante planteado.

En este ámbito es mucho más significativa la diferenciación entre la responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, y aquella derivada de actos lícitos. Es por ello que, como señala S. Williams³⁸, la doctrina contemporánea estudia por separado esas dos fuentes de responsabilidad siguiendo el criterio sentado por la Comisión de Derecho Internacional que, en 1973, consideró necesario analizar ambos temas en forma independiente, ya que ambas tienen fundamentos distintos y también las normas que las rigen son de naturaleza diferente³⁹.

5. b. Responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos

Diez de Velasco⁴⁰ señala que el origen de la responsabilidad internacional lo constituye el hecho internacionalmente ilícito, como hecho que contraría o infringe el derecho internacional, y que no cabe en tal sentido una responsabilidad derivada de acciones que, aun en principio no prohibidas, pudieran ocasionar daños susceptibles de ser invocados en un plano jurídico internacional.

La palabra hecho expresa la idea de conducta (consista ésta en un comportamiento activo o pasivo) en que reside todo evento atribuible a un sujeto de derecho. El principio general aplicable a las contravenciones internacionales es el de que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”⁴¹.

El art. 1° señala el principio básico en que descansa todo el proyecto de artículos de la CDI, a saber, que toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad internacional de éste. El hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede consistir en una o varias ac-

³⁸ WILLIAMS, Silvia M., *El riesgo ambiental y su regulación. Derecho internacional y comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 225

³⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1973, p. 172.

⁴⁰ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones...*, cit. 35, p. 676.

⁴¹ Proyecto de artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Doc. A/CN.4/L.602/Rev. 1, 26/7/2001, <[http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles\(e\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles(e).pdf)>, art. 1.

ciones u omisiones, o en una combinación de ambas cosas. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho ⁴².

Respecto de los elementos del hecho internacionalmente ilícito, la doctrina suele señalar: la existencia de una conducta (acción u omisión) con relevancia en el plano jurídico internacional, el hecho de que con esa conducta se viola una obligación establecida por una regla de derecho internacional en vigor, la posibilidad de atribuir dicha conducta a un sujeto del derecho internacional, y la circunstancia de haberse producido un perjuicio o daño como consecuencia de la acción u omisión contraria a aquella obligación ⁴³.

Diez de Velasco ⁴⁴ señala que, al efecto de calificar de ilícito un determinado hecho, es indiferente cuál sea el origen de la obligación violada: tan ilícito es un acto contrario a una obligación de origen consuetudinario como uno que contradiga un compromiso basado en un tratado o en una fuente de otro tipo. En el mismo sentido, en el Proyecto de la CDI se indica que “un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuera el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación” ⁴⁵.

5. c. Responsabilidad internacional de los Estados por actos lícitos

Ahora bien, los cambios sobrevenidos en la estructura y el funcionamiento de la sociedad internacional han provocado, si no una revolución en las reglas por las que ha venido rigiéndose la disciplina de la responsabilidad internacional, sí al menos, una reconsideración y parcial revisión de las pautas tradicionales relativas a esta materia, que no puede dejar de influir en la aplicación práctica de aquellas reglas.

En tal sentido, Diez de Velasco señala ciertas nuevas tendencias que apuntan en materia de responsabilidad internacional, entre ellas la admisión, junto a una responsabilidad por hecho ilícito, de una responsabilidad objetiva o por riesgo, derivada de la realización de actividades en principio no prohibidas, pero potencialmente generadoras de daños a terceros.

⁴² Comentarios de la CDI al Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su 53º Período de sesiones –Ginebra (2001), <[http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries\(e\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries(e).pdf)>.

⁴³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, ps. 317/318.

⁴⁴ Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones...*, cit. 35, p. 684.

⁴⁵ Proyecto de la CDI, cit. 41, art. 17, párr. 1º.

Generalmente, se denomina responsabilidad objetiva al tipo de responsabilidad que resulta de la realización de actividades en principio no prohibidas, aunque potencialmente generadoras de daños en razón de los excepcionales riesgos que comportan. La responsabilidad por riesgo tiene bases diferentes de la responsabilidad por actos ilícitos. Williams ⁴⁶ puntualiza algunas de estas diferencias:

En primer lugar, en lo relativo a las normas que las gobiernan, la responsabilidad por ilicitud se rige por normas secundarias que entran en juego cuando se produce la violación de una obligación, mientras que la responsabilidad causal utiliza normas primarias que establecen una obligación también primaria. Esta obligación entra a funcionar no cuando es violada sino cuando el evento que la condiciona (el daño) se produce.

En segundo lugar, en la responsabilidad por ilicitud, cuando el daño se produce como consecuencia de un evento que se tenía la obligación de evitar, el Estado de origen puede normalmente ser exonerado de responsabilidad si prueba que el evento no hubiera podido ser evitado por medio de otra conducta. Tal no es el caso de la responsabilidad causal.

En tercer lugar, existen diferencias en la atribución de la responsabilidad. La responsabilidad por ilicitud se atribuye por un "hecho del Estado": el comportamiento debe provenir de un órgano del Estado actuando como tal, o de una entidad pública territorial de dicho Estado autorizada por el derecho interno a ejercer las prerrogativas del poder público o de personas que actúen de hecho por cuenta del Estado o ejerzan las prerrogativas del poder público en ciertas circunstancias. En el Informe de Responsabilidad por actos no prohibidos, la condición esencial para que un daño sea atribuido al Estado de origen es que se pueda probar que el acto que lo ha causado forma parte de una actividad que está bajo su jurisdicción o control.

Otra diferencia está dada por el papel que juega el daño en una y otra responsabilidad. En la responsabilidad por actos ilícitos, no es el daño material el que origina la responsabilidad, sino la violación de una obligación establecida por una regla del derecho internacional. En cambio, sólo el daño material puede poner en marcha los mecanismos de la responsabilidad causal.

Todas estas diferencias muestran no sólo la necesidad de una regulación separada de ambas formas de responsabilidad, sino también reflejan que, como se verá más adelante, son pasibles de tener diferentes grados de aceptabilidad por la comunidad internacional, ya que los Estados son en

⁴⁶ WILLIAMS, Silvia M., *El riesgo...*, cit. 38, p. 232.

general reacios a aceptar la posibilidad de que se les atribuya una responsabilidad objetiva por actos no contrarios al derecho internacional.

Es así que la mayoría de los publicistas admite la existencia de una responsabilidad objetiva en sectores como la exploración espacial, la utilización de la energía nuclear o las actividades susceptibles de afectar al ambiente. Sin embargo, como lo señala Jiménez de Aréchaga ⁴⁷, la responsabilidad por riesgo es aplicable hoy por hoy no como un principio general de responsabilidad, sino en ciertas condiciones y circunstancias bien definidas por convenios internacionales.

6. Responsabilidad internacional de los Estados por daño ambiental transfronterizo

La contaminación transfronteriza ocurre cuando un agente físico es transportado de un Estado a otro, causando daño en otra jurisdicción que trasciende los límites de su jurisdicción nacional. El 4/9/1997, el Instituto de Derecho Internacional adoptó una resolución sobre Responsabilidad bajo el Derecho Internacional de Daño al Ambiente ⁴⁸. Dicha resolución contiene una serie de indicaciones orientadas a la responsabilidad civil en el ámbito del derecho internacional ambiental en general. El Instituto reconoce el logro de un régimen de responsabilidad que satisfactoriamente indemnice a la parte demandante, sin ignorar que el Estado no puede esperar que la responsabilidad única recaiga en la parte privada solamente. Con este fin, la resolución del Instituto provee un esquema de dos etapas en el ámbito de responsabilidad: en primer lugar, la responsabilidad primaria por daños al ambiente debe ser asignada a los operadores en el sector privado, y la responsabilidad estricta al Estado en el que actúa dicho operador. Así, cuando el operador, responsable primario, no puede completamente satisfacer los costos de la reparación, el Estado se convierte automáticamente en responsable subsidiario.

Más allá de la responsabilidad subsidiaria del Estado, la resolución del Instituto requiere que ésta se determine bajo el derecho internacional que rige la creación y aplicación de reglamentación doméstica. El incumplimiento

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho...*, cit. 43, p. 322.

⁴⁸ Responsibility and Liability Under International Law for Environmental Damage, Institute of International Law, Strasbourg Sess., 14/9/1997 (Francisco Orrego Vicuña, rapporteur), 1997 Inst. Int'l L. art. 1, 4, reimpresso en Responsibility and Liability Under International Law for Environmental Damage Resolution Adopted on September 4, 1997, 10 Geo. Int'l L. Rev. 269 - 270 (1998) citado por W. Mcgee y Tagle, "Hacia un régimen de responsabilidad civil por daño ambiental transfronterizo", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 2002.

de dicha obligación, ya sea por falta o por responsabilidad estricta, provoca la responsabilidad estatal hacia la parte lesionada.

Teniendo en mente la responsabilidad estatal, el Instituto le permite a un operador privado ser eximido de responsabilidad, si éste observaba “las reglas domésticas y los parámetros y controles gubernamentales”, en el momento en que causó el daño ambiental. Sin embargo, tal situación no dejaría a la parte afectada sin ningún tipo de recurso. Al contrario, el Estado con jurisdicción reglamentadora sobre el operador, podría ser obligado a pagar indemnización por incumplimiento de sus obligaciones bajo el derecho internacional, o podría ser obligado bajo responsabilidad estricta.

Esta postura se justifica porque en la mayoría de los casos debe suponerse que las autoridades estatales ejercen no sólo un estricto control en relación con la autorización para llevar a cabo actividades excepcionalmente peligrosas (en el sentido que pueden implicar significativos daños transfronterizos), sino, además, sobre las modalidades del ejercicio de dichas actividades por particulares⁴⁹. El Estado está entonces íntimamente vinculado con el ejercicio y desempeño de éstas. Esta situación, justificaría la imposición de una responsabilidad objetiva al Estado que ejerce el control, por todo daño transfronterizo que pudiese resultar del ejercicio de tales actividades, aun cuando materialmente sean desempeñadas por entidades privadas.

Sin embargo, la resolución del Instituto de Derecho Internacional indicó que la responsabilidad estatal subsidiaria, ya sea basada en responsabilidad estricta o en mera falta, no es políticamente posible ni aplicable a escala general, como tampoco lo es la admisión de un principio de responsabilidad internacional objetiva de los Estados.

Como lo puntualiza Díez de Velasco⁵⁰, aún no está admitida en la práctica la vigencia de un *principio general* según el cual por el mero hecho de que un Estado realice o haya autorizado a terceros la realización, en su territorio o bajo su jurisdicción o control, de actividades lícitas peligrosas para terceros Estados o para el medio en general, sea aquél responsable de reparar los daños ambientales u otros, que se originen por dicha actividad. Cuanto más, cabría en esos casos una inversión de la carga de la prueba de la falta de diligencia del Estado en la concesión de la autorización o en la vigilancia o el control de la actividad; o una presunción *juris tantum* de la violación de dicha obligación de diligencia.

⁴⁹ ALONSO GÓMEZ - ROBLEDO VERDUZCO, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, UNAM, México, 1992, p. 29

⁵⁰ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones...*, cit. 35, p. 635.

7. Respuesta al problema planteado

Luego del desarrollo de los principios del derecho internacional del ambiente y de los temas relativos a la responsabilidad internacional de los Estados por daño ambiental transfronterizo, es tiempo de responder la pregunta planteada al comienzo de este trabajo: ¿cómo 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?

Aplicando las normas del derecho internacional ambiental al caso de conflicto entre provincias, una vez producido el daño transfronterizo, uno de los principios fundamentales a tener en cuenta es el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Este principio consagra la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de la jurisdicción o bajo el control de una provincia, no perjudiquen al medio de otras o de zonas situadas fuera de su jurisdicción provincial.

Este principio es concordante con lo señalado por el Dr. Carlos Fayt en su voto disidente, en el ya mencionado caso de la Provincia de la Pampa contra la Provincia de Mendoza, donde señaló que “en el conflicto entre dos provincias de un mismo Estado nacional por el uso de las aguas de un río corresponde hacer referencia a algunas reglas generales en la materia que, fundamentalmente, se inspiran en el principio sustancial de derecho que impide a un Estado miembro de la comunidad internacional dañar a otro”.

Ahora bien, aún aplicando el Principio 21, quedaría por resolver la siguiente cuestión: en el derecho internacional, como ya se ha señalado, es unánimemente aceptada la responsabilidad subjetiva de los Estados por daño ambiental transfronterizo. Sin embargo, si bien la mayoría de la doctrina acepta una atribución objetiva de la responsabilidad por este tipo de daños, los Estados son aún reacios a aceptarla. Es lógico entonces preguntarse si en un conflicto entre provincias, los criterios del derecho internacional deben ser aplicados estrictamente, o si pueden interpretarse de una forma amplia.

En el caso concreto de conflicto por daño ambiental transfronterizo entre provincias, la cuestión es si la responsabilidad por riesgo es aplicable como un principio general de responsabilidad o si debe aplicarse, como se hace en el derecho internacional, sólo en circunstancias específicas, bajo ciertas condiciones y circunstancias bien definidas por convenios.

Para resolver este interrogante, será útil ver algunas disposiciones de la Ley General del Ambiente ⁵¹. Esta ley “establece los presupuestos míni-

⁵¹ Ley General del Ambiente 25.675.

mos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”⁵², y ha sido sancionada con arreglo al art. 41 de la Constitución Nacional, conforme al cual corresponde a la Nación dictar las normas legales necesarias para la tutela del ambiente en toda la República, que contengan los presupuestos mínimos de protección.

Mario Valls⁵³ opina que “la ley 25.675 integra un paquete de leyes ambientales que provee una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes por ser normas de fondo y presupuestos mínimos, pero no contribuye a proveer un ordenamiento de la legislación ambiental federal ni ordena sus principios generales, sino que aumenta su dispersión”.

El art. 2° de la ley fija objetivos a la política ambiental nacional. Ello obliga al Poder Ejecutivo Nacional a seguirlos, ya que constituyen pautas para la ejecución de normas legislativas que este poder deberá acatar. Pero, según Valls, no obliga a los poderes provinciales, por cuanto la norma se refiere específicamente a la política ambiental nacional. Por lo tanto, no sería aplicable, por ejemplo, el art. 28 de la ley, que sienta la responsabilidad objetiva, al expresar que “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”.

Sin embargo, si bien en principio no podrían aplicarse directamente las normas de la Ley General del Ambiente para un conflicto entre provincias, sí serán de utilidad los principios consagrados por ella.

El art. 4° de la ley señala que la interpretación y aplicación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de ciertos principios. Entre ellos menciona el principio de congruencia, el de prevención, el principio precautorio, el de equidad intergeneracional, el de progresividad, el de sustentabilidad, el de cooperación, el de subsidiariedad y otros dos que son de gran utilidad para responder al interrogante planteado: el principio de responsabilidad, por el cual “el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”; y el principio de solidaridad, por el cual “la Nación y las provincias serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio ac-

⁵² Art. 1, ley 25.675

⁵³ Ley General del Ambiente 25.675 —comentada por M. Valls—, disponible en <<http://www.eldial.com.ar>>.

cionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

Por lo tanto, en los casos de conflicto entre provincias por daño ambiental transfronterizo, si bien no serían aplicables las regulaciones en materia ambiental de ninguna de las provincias parte en el conflicto, ni las normas del Código Civil aplicables en materia ambiental, ni tampoco las normas de la Ley General del Ambiente, sí serían aplicables los principios consagrados por esta última.

Es decir, se aplicarían los principios del derecho internacional del medio ambiente, pero extendiendo su aplicación para casos de contaminación por riesgo, en virtud del art. 4° de la Ley General del Ambiente.

De todas formas, como bien sostiene Garrido Cordobera⁵⁴, ante la falta de debida reglamentación (en estos casos sería imposible aplicar las regulaciones existentes), la operatividad del art. 41 de la Constitución Nacional permitirá reclamar ante la Justicia por las cuestiones ambientales de tutela preventiva y de responsabilidad.

En síntesis, existen tres posibles soluciones para un caso de conflicto entre provincias por daño ambiental transfronterizo:

1. En primer lugar se podrían aplicar directamente y sin modificaciones las normas y los principios del derecho internacional público. En este caso, se aceptaría la responsabilidad subjetiva de una provincia por daño ambiental transfronterizo, pero (al menos en principio) no sería posible atribuirle responsabilidad objetiva.

2. La segunda opción sería aplicar las directrices del derecho internacional público, pero interpretándolas de una manera amplia. Para esta labor, sería posible utilizar el art. 4° de la Ley General del ambiente, el cual acepta una atribución objetiva de la responsabilidad por daños ambientales. En adición a esto, sería importante también aplicar otro principio consagrado en dicha ley: el principio de solidaridad, por el cual se haría responsable a la Nación junto a las provincias por el daño ambiental transfronterizo.

3. Finalmente, se podría aplicar directamente el art. 41 de la Constitución Nacional, para reclamar ante la Justicia por las cuestiones ambientales de tutela preventiva y de responsabilidad.

Analizando cada alternativa, y teniendo especialmente presente la “regla de oro” en materia ambiental, esto es, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, es dable considerar que debe aceptarse la responsabilidad objetiva de las provincias por daños ambientales causados a otras. Ello so-

⁵⁴ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Daños colectivos y la reparación*, Universidad, 1993.

bre la base de los principios del derecho internacional público, de los principios consagrados en la Ley General del Ambiente, y de los principios constitucionales en materia ambiental, en especial el art. 41 de la Constitución Nacional.

8. A modo de conclusión

La Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental ⁵⁵ ha señalado que la emergencia de la noción de responsabilidad internacional por consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional se explica por la flexibilidad de la normativa ambiental, que no impone a los Estados obligaciones precisas, en las que no se prohíben legalmente algunos comportamientos pero en los que debe establecerse un mecanismo de reparación obligatoria como límite a la libertad de acción de los sujetos de derecho internacional.

Este tipo de responsabilidad objetiva, también denominada “por riesgo” o “por daños”, conecta directamente con la responsabilidad internacional del Estado por daños al ambiente. Esta relación obedece a la existencia de una peligrosidad inherente a ciertas actividades a las que se añade una garantía extraordinaria que asegura la reparación de los daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas por el derecho internacional, pero ecológicamente peligrosas.

A criterio de la Corte en la citada Opinión Consultiva, “este tipo de responsabilidad internacional del Estado tiene todavía escasa virtualidad para su aplicación práctica en el campo ambiental porque todavía no goza de unos contornos jurídicos precisos y porque los Estados aún son reacios a admitir su responsabilidad por daños al ambiente, persistiendo tales dificultades por las características del daño y los elevados costos económicos para conseguir una absoluta reparación ambiental”.

Coincido con la postura de la Corte en cuanto opina que una prevención y protección adecuada del ambiente requiere la ampliación del alcance de los mecanismos de la responsabilidad aplicables en el terreno ambiental, acudiendo a las nuevas tendencias expansivas de responsabilidad y admitiendo la imputación a los Estados de las actuaciones realizadas por los particulares que actúan bajo su jurisdicción y control sobre la base de que están respondiendo de sus propios actos ante la violación de una obligación internacional de vigilancia y protección.

⁵⁵ Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, Opinión Consultiva: Solicitud EAS 7/98. Resolución EAS. 1/99. JA 1999-IV-333. Lexis 0003/007372.

La solución satisfactoria para responder a los daños ambientales producidos por los Estados ante la ausencia de una regla internacional es la atribución de responsabilidad internacional de los Estados en la modalidad de actos no prohibidos por el derecho internacional.

Es por ello que implicaría un avance importante en nuestro derecho, lograr expandir los criterios de atribución de responsabilidad por daños ambientales producidos entre las provincias, haciendo uso de las herramientas jurídicas que nos brinda la Ley General del Ambiente, y sobre todo la Constitución Nacional.