

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL  
Y DE LOS RECURSOS NATURALES

# CUADERNO DE DERECHO AMBIENTAL

Número VII

## RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

ISSN 2314-2251

Córdoba  
2015

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

*TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS*  
Copyright © 2014, Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba  
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)  
*Impreso en Argentina - Printed in Argentina*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES  
(Período 2013 - 2016)*

JUAN CARLOS PALMERO  
*Presidente*

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Vicepresidente*

JORGE DE LA RÚA  
*Secretario*

ARMANDO S. ANDRUET (h)  
*Tesorero*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS  
*Director de Publicaciones*

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS  
*Revisor de cuentas*

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba  
Tel./Fax (0351) 4214929  
E-mail: [secretaria@acaderc.org.ar](mailto:secretaria@acaderc.org.ar)  
Consulte novedades doctrinarias en la  
Página Web: [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)  
REPÚBLICA ARGENTINA

**Presidente Honorario**

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE DERECHO AMBIENTAL  
Y DE LOS RECURSOS NATURALES**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

*Directora*

MARÍA ALEJANDRA STICCA

*Secretaria*

**CONSEJO ACADÉMICO**

RICARDO ALONSO

*(Universidad Complutense de Madrid-España)*

LILIAN DEL CASTILLO DE LABORDE

*(Universidad Nacional de Buenos Aires-Argentina)*

CARLOS FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ

*(Universidad del País Vasco-España)*

MARÍA TERESA INFANTE

*(Universidad de Chile)*

JOSÉ JUSTE RUIZ

*(Universidad de Valencia-España)*

MIEMBROS HONORARIOS DEL INSTITUTO

*Victor H. MARTÍNEZ*  
*Ernesto J. REY CARO*

MIEMBROS TITULARES DEL INSTITUTO

*Carmen del Valle ARÉVALO*  
*Rafael CONSIGLI*  
*Cristina DEL CAMPO*  
*Susana Beatriz GALVÁN*  
*Marta Susana JULIÁ*  
*Adriana LISTOFFSKY*  
*Alicia MORALES LAMBERTI*  
*María Cristina RODRÍGUEZ*  
*Gloria ROSENBERG*  
*Graciela Rosa SALAS*  
*Marta Susana SARTORI*  
*María Alejandra STICCA*  
*Graciela TRONCA*  
*María Ofelia ZAMZEM*

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DEL INSTITUTO

*Néstor CAFFERATTA (Buenos Aires-Argentina)*  
*José Alberto ESAIN (Mar del Plata-Argentina)*  
*Aldo GUARINO ARIAS (San Rafael-Argentina)*  
*José JUSTE RUIZ (Valencia-España)*  
*Hugo LLANOS MANSILLA (Santiago- Chile)*  
*Liber MARTIN (Mendoza-Argentina)*  
*Manuel PÉREZ GONZÁLEZ (Madrid-España)*  
*María Teresa PONTE IGLESIAS (Santiago de Compostela-España)*  
*Daniel SABSAY (Buenos Aires-Argentina)*  
*Gianfranco TAMBURELLI (Roma-Italia)*  
*Budislav VUKAS (Zagreb-Croacia)*

## PRESENTACIÓN

El Derecho Ambiental tiene por objeto proteger el medio natural del hombre. Para ello establece limitaciones/condicionamientos a las actividades humanas mediante normas y prevé sanciones en caso de violación de esas obligaciones.

La obligación de responder, hacerse cargo, dar satisfacción por la violación de normas o por los daños causados por acción u omisión, adquiere relevancia determinante, en tanto de su mayor o menor definición y exigibilidad/realización depende la existencia misma del derecho y su eficacia en la conservación, preservación o restauración del ambiente.

Como todos los años, el Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha trabajado sobre un tópico central anual en sus sesiones ordinarias, habiendo elegido para 2015 el tema “responsabilidad ambiental”. Además, ha realizado una Jornada de exposición-debate-reflexión sobre el tema *Desafíos de la Responsabilidad Ambiental*, que fue organizada conjuntamente por el Instituto y el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. La misma se llevó a cabo el 9 de septiembre de 2015 en el Salón Alberdi de la referida Facultad, bajo la Codirección de las Dras. Alicia Morales Lamberti y la Directora del Instituto. Participaron en calidad de panelistas a más de las referidas, los Miembros del Instituto Marta Susana Juliá, Ofelia Zamem, Cristina del Campo, Marta Susana Sartori, María Cristina Rodríguez y María Alejandra Sticca. Las preguntas del público, sus intervenciones y las respuestas de los panelistas importaron significativos aportes a la discutida temática.

Dado que las presentaciones, al igual que los trabajos contenidos en este Cuaderno, abordan el tema desde distintas dimensiones pero no cubren un espectro general que permita una visualización integrada del tema responsabilidad ambiental, particularmente, en el ámbito internacional, es

que nos permitimos incorporar a esta presentación una breve aproximación en tal sentido.

Cuando hablamos de responsabilidad internacional ambiental, en estos últimos tiempos, no sólo hacemos referencia a la clásica norma secundaria (perinorma) que surge de:

- a)- la violación de una obligación internacional (responsabilidad en sentido estricto, “responsibility”); o
- b)- el daño emergente de actividades no prohibidas o lícitas (“liability”)<sup>1</sup>;

sino también de:

- c)- la obligación que tienen los funcionarios-órganos administrativos y de representación de dar cuenta de sus actos conforme a derecho (“accountability”);
- d)- la obligación que tienen todos los sujetos de derecho individual y colectivamente –según su rango y situación– de conservar, preservar, proteger, restaurar el medio ambiente (“responsabilidad de proteger al medioambiente”);
- e)- la responsabilidad social corporativa –también llamada responsabilidad social empresarial– que, más allá del cumplimiento pleno de las normas, implica la *contribución activa al mejoramiento socio-económico-ambiental* por parte de las empresas.

El Derecho internacional no ha codificado en un documento vinculante el derecho de la responsabilidad internacional (menos el de la responsabilidad internacional ambiental), a pesar de que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) –órgano de la Asamblea General de Naciones Unidas dedicado a la codificación y al desarrollo progresivo del Derecho internacional– ha trabajado en el tema desde su primera sesión de 1947.

---

<sup>1</sup> La accidentalidad, la no voluntariedad, el interés de la sociedad en que una actividad riesgosa sea desarrollada, lleva a que la reparación del daño transfronterizo por actividades no prohibidas por el Derecho internacional se halle atenuada y se traduzca en mera indemnización compensatoria sin connotaciones sancionatorias. La negligencia o culpa en la causación del daño transfronterizo, transforma la acción lícita en ilícita.



Lo ha hecho primero en el tema de delitos-crímenes internacionales (a partir de 1947)<sup>2</sup>, luego, a partir de 1956 en el de responsabilidad de los Estados por hecho ilícitos, a partir de 1978 en el de responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales (dañosas) de actos no prohibidos por el Derecho internacional, y desde el año 2000 en el de responsabilidad de las Organizaciones internacionales (OI).

Pasaremos breve revista a los fines de una visión general de la responsabilidad internacional ambiental desde las distintas acepciones que alcanza –conforme lo señaláramos precedentemente–.

**a)**- En lo que hace a la responsabilidad del primer punto señalado (el que surge de la violación de una obligación internacional –responsabilidad en sentido estricto, “responsibility”–) el proyecto de la CDI establece: “*Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado<sup>3</sup> da lugar a la responsabilidad internacional de éste*”, ya se trate de acción u omisión (comportamiento activo o pasivo). No se exige daño material, ya que la violación de la norma, en sí, es una injuria, lesión jurídica (“injury”) que da lugar a reparación<sup>4</sup>.

El *comportamiento activo (acción)* implica la violación de una prohibición concretamente establecida por las reglas internacionales en vigor. Por ejemplo, la “Convención sobre la Prevención de Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias”, de 29 de diciembre de 1972, en el artículo 4.1.a) prohíbe el vertimiento de desechos u otras materias enumeradas en el Anexo I (Compuestos orgánicos halogenados, mercurio y sus compuestos, cadmio y sus compuestos, plásticos persistentes y demás materiales sintéticos, petróleo crudo, fuel oíl, aceite pesado diesel, aceites lubricantes, fluidos hidráulicos, mezclas que

---

<sup>2</sup> Entre esos crímenes se podría hallar la contaminación masiva de la atmósfera y los mares usada como medio de exterminio.

<sup>3</sup> Podría tratarse de una OI en el caso de la Responsabilidad por hechos ilícitos de las OI.

<sup>4</sup> Debemos tener en cuenta que, cuando se trata de violaciones a normas imperativas de derecho internacional general, a más de la responsabilidad del Estado por esas graves violaciones, surge la responsabilidad del individuo que ha cometido el hecho, ha participado en él, lo ha organizado, lo ha tolerado (responsabilidad criminal de la persona humana), exigiéndose frente a ello, además, ciertos comportamientos a terceros.

contengan esos hidrocarburos, desechos o materias de alto nivel radiactivo, materiales producidos para la guerra química o biológica); la “Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción” en sus artículos 1 y 2 expresa el compromiso de los Estados Partes de no desarrollar, producir, almacenar tales armas (y de destruir o desviar a fines pacíficos las que tuvieren bajo su jurisdicción o control en el plazo de nueve meses de entrada en vigor la Convención); el “Tratado sobre Proscripción de Ensayos de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y bajo la Superficie de las Aguas” también establece prohibiciones tendentes a poner fin a la contaminación ambiental por sustancias radiactivas (arts. 1 y 2), etc.

La *conducta pasiva (omisión)* implica el no cumplimiento de una obligación jurídica internacional. Por ejemplo, la “Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares” establece, en caso de accidente nuclear de los descritos en el art. 1, la obligación de notificar de inmediato a los Estados que puedan verse afectados y a la Organización Internacional de Energía Atómica (art. 2).

Debe tenerse presente que una prohibición o el cumplimiento de un imperativo jurídico-internacional no sólo puede provenir del Derecho Internacional convencional sino de otras fuentes. Tal el caso del Laudo Arbitral del 11 de marzo de 1941 en el “Asunto de la Fundición de Trail” (Canadá-EE. UU.) –en un todo de acuerdo con lo que señalamos precedentemente con relación a la existencia de una norma consuetudinaria que consagra el principio general *alterum non laedere*– en el que el Tribunal expresa: “[...] con arreglo a los principios del derecho internacional y asimismo del derecho de los EE. UU., ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daños [...]”. Esta no es una posición histórica, ya que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en sucesivas sentencias ha reafirmado el principio.

En el caso de de violaciones de obligaciones internacionales de Estados (E) u OI, es necesario para que se pueda generar la responsabilidad de esos sujetos internacionales, que pueda atribuirse la acción u omisión a un órgano del ente, o a una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público que haya actuado como tal, u órgano de otro E u OI puesto a disposición, comportamientos bajo la dirección o control del ente,

comportamiento de movimientos insurreccionales bajo ciertas circunstancias, comportamientos de los particulares bajo ciertas circunstancias. Ello siempre que no haya circunstancias eximentes de ilicitud como son: el consentimiento del afectado, legítima defensa, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, entre otras.

En este caso de la responsabilidad por hecho ilícito, el violador responsable está obligado a reparar íntegramente (volver la situación al estado anterior), lo que comprende todo daño, tanto material como moral, el lucro cesante y sus intereses, a más de la correspondiente satisfacción. Se da por sabido que ello implica el cese inmediato de la violación y las garantías de no repetición.

**b)-** En relación a la responsabilidad como consecuencia del daño emergente de actividades no prohibidas o lícitas (“liability”), nos encontramos con las actividades riesgosas pero socialmente útiles, las que conllevan grandes dilemas, como por ejemplo: ¿Puede ser lícito dar inicio a una actividad que puede causar daño a las personas y a los bienes? ¿Puede ser lícito llevar adelante una actividad perjudicial para el medioambiente? El problema va del interés privado al público, de las cuestiones de concurrencia individual a las de interés común. En los hechos, los sistemas jurídicos domésticos aceptan la realización de actividades riesgosas bajo ciertas condiciones, pero el responsable de la actividad debe compensar los daños sufridos por las víctimas. Esta forma de responsabilidad, es frecuentemente designada “responsabilidad por riesgo”, “responsabilidad sin delito”, “responsabilidad civil”. Producido el daño, surge la obligación de compensar. En líneas generales, esta responsabilidad civil (no sancionatoria sino compensatoria), no es propiamente responsabilidad (norma secundaria, independientemente de que el incumplimiento de las obligaciones frente a la actividad y sus riesgos podrían generarla). Tampoco esa compensación es internacional propiamente dicha, ya que se impone –tal como lo señaláramos– a los particulares causantes del daño. Sin embargo el *E* asume una serie de relevantes obligaciones, especialmente para asegurar una pronta y adecuada compensación a las víctimas. Los principales rasgos-obligaciones (generalmente establecidos en convenios) son: \*-Identificación de la persona responsable; \*-Canalización de la responsabilidad (por ej. operador de la actividad, el dueño del barco en las convenciones sobre contaminación petrolera u otro); \*-Flexibilidad de las relaciones causales dada la complejidad, incertidumbre –proble-

mas de inter-temporalidad, multi-causalidad, incertidumbre científica, etc.); \*-*Obligaciones multiactorales*: los convenios multilaterales sobre navegación, petróleo, materiales nucleares, residuos peligrosos suelen imponer obligaciones al operador, a otras partes y al E; \*-*Límites a la liability*: se busca equilibrar los intereses de la industria con su desarrollo en bien de la sociedad y los de las víctimas. Es decir, que la plena compensación puede no existir (en ciertos casos, eventualmente, el E asume la responsabilidad residual); \*-*Fondos de compensación* (escalas de *liability* conforme al riesgo. Por ejemplo, el régimen de la Convención sobre el fondo de contaminación petrolera establece un fondo financiero sostenido por quienes reciben las cargas. El fondo actúa como segunda escala en caso de daño (después del operador). Este fondo suele usarse como ejemplo de responsabilidad colectiva; \*-*Responsabilidad residual del E*, por ej., cuando no se identifica al operador o hay efectos acumulativos, habiendo daño transfronterizo. Es ampliamente resistida por los E, sin embargo, las actividades riesgosas no son ilícitas pero sólo pueden ser permitidas por el E bajo ciertas condiciones. Si el sujeto internacional (Estado u OI) no adopta las medidas preventivas y precautorias para evitar el daño transfronterizo, surge la responsabilidad del E y/u OI por ilícito; \*-*Obligación de contratar seguros* acordes a la actividad; \*-*Obligación de prever el acceso rápido y efectivo a la justicia* para los damnificados (nacionales y extranjeros), etc. Todos ellos hacen a la diligencia debida *ex ante* y *ex post* requeridos para que el hecho dañoso no se produzca, se minimice o tenga pronta respuesta.

Los otros casos en los que se habla de “responsabilidad” (ya no sólo en el plano internacional), que ya señalamos, pueden sintetizarse en:

**c)**- La obligación que tienen los funcionarios-órganos administrativos y de representación (nacionales e internacionales) de dar cuenta de sus actos conforme a derecho atento a que manejan y disponen sobre fondos públicos (“*accountability*”, traducida por los portugueses como “responsabilización”);

**d)**- La responsabilidad de todos los sujetos de proteger el medio ambiente hacen a la imputabilidad de una valoración positiva o negativa por el impacto ecológico de una decisión, expandiendo la máxima kantiana

de comportamiento, imperativo categórico: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra con visión ambiental, social y humana”, lo que se vincula a los patrones de producción, consumo y descarte.

e)- La responsabilidad social del empresario como contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental, conformando un conjunto de prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresariales dirigido a ese fin). Ese tipo de responsabilidad hace al uso de tecnologías limpias y a los patrones de producción.

Estas tres modalidades –consideradas por muchos como nuevas formas de responsabilidad–, más allá del término que emplean, no reflejan normas secundarias, ni siquiera normas primarias exigibles, manteniéndose en la esfera ética como una acentuación de los deberes de vigilancia y compromiso que no generan derecho a compensación y menos a sanción por incumplimiento por sí mismas, pero que hacen a la gobernabilidad en la esfera pública y privada, dimensión acrecentada en la era del transnacionalismo y la globalización.

*Zlata Drnas de Clément*  
*Directora*



**LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN EL NUEVO  
ORDEN JURÍDICO AMBIENTAL DE ARGENTINA\***

***ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY IN THE NEW LEGAL  
ENVIRONMENTAL ORDER OF ARGENTINA***

Marta JULIA\*\*,  
María Laura FORADORI\*\*\*,  
María Eugenia PÉREZ CUBERO\*\*\*\*.

---

\* Trabajo presentado el 27 de octubre de 2015 y aceptado para su publicación el 9 de diciembre del mismo año.

\*\* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC), Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UNC. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y del Instituto Superior de Estudios Ambientales dependiente de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC. Directora de Grupo de Investigación en Derecho Ambiental, docente de grado y posgrado en distintas Universidades.

\*\*\* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC). Doctorando en Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Avanzados (CEA-UNC). Maestrando en el Máster sobre Ambiente y Desarrollo Sustentable con orientación en Educación Ambiental, Universidad Nacional de Quilmes. Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) bajo la dirección de la Dra. Marta Susana Juliá.

\*\*\*\* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Doctorando en Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Avanzados (CEA-UNC). Especialización en Derecho Ambiental y Tutela del Patrimonio Cultural (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe); Maestrando en Derecho Ambiental y Urbanístico (Université de Limoges, Francia). Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) bajo la dirección de la Dra. Marta Susana Juliá.

<sup>1</sup> Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de

**Resumen:** El presente trabajo se ocupa de las diversas categorías y dimensiones, en las que puede surgir la responsabilidad ambiental, de conformidad a su conceptualización jurídica, su expresión en la Constitución Nacional y las leyes de presupuestos mínimos, como también en las funciones de las instituciones ambientales, específicamente, en lo referente al daño ambiental.

**Palabras-clave:** Responsabilidad ambiental - Daño ambiental - Constitución Nacional - Leyes de presupuestos mínimos - Instituciones.

**Abstract:** This paper deals with the various categories and dimensions, in which may arise environmental responsibility, in accordance with its legal conceptualization, its expression in the national constitution and laws of minimum standards, as well as the functions of environmental institutions, specifically, with regard to environmental damage.

**Keywords:** Environmental responsibility - Environmental damage - National Constitution - Laws of minimum standards - Institutions.

**Sumario:** Introducción. I. La responsabilidad ambiental: alcance y significado. II. El concepto de la responsabilidad ambiental en la Constitución Nacional. III. Los tipos de responsabilidad ambiental. IV. Las responsabilidades en función del sujeto contaminante. V. Las leyes de presupuestos mínimos y la atribución de responsabilidad ambiental. Reflexiones finales.

## Introducción

Aproximarse a la responsabilidad ambiental implica comprender la diversidad de significados y alcances del propio concepto que se debe abordar. Es por ello que haremos un primer acercamiento que nos permitirá definir qué entendemos por responsabilidad ambiental y cuál es el alcance y significado que pretendemos otorgarle en el presente artículo.

La responsabilidad ambiental se encuentra considerada en el propio texto constitucional, en la cláusula ambiental, de tal manera que nos marca un contexto de alcances y significados que va a tener trascendencia jurídica en todo el sistema jurídico, político e institucional en Argentina.

Es por ello que nos parece relevante, en este primer acercamiento, poner el acento en primer término en las diversas categorías y dimensiones en las que puede observarse la responsabilidad ambiental de acuerdo a la conceptualización jurídica, su expresión en la Constitución Nacional, las leyes de presupuestos mínimos, la traducción en las misiones y funciones de las instituciones ambientales y específicamente en lo que se refiere al daño ambiental.

Si bien no pretendemos agotar el tema, nos interesa indagar en aspectos que generalmente se dan por sobreentendidos, lo que destacan los



autores cuando analizan aspectos relacionados a la responsabilidad ambiental, la posibilidad de sistematizar categorías y dimensiones para el análisis de las diferentes expresiones de la responsabilidad ambiental. Para aportar algunas reflexiones acerca de la problemática analizada.

## **I. La responsabilidad ambiental: alcance y significado**

El aspecto principal que tomamos como punto de partida para comprender la responsabilidad ambiental tiene que ver con el significado etimológico, en primer lugar la responsabilidad que hace referencia a lo siguiente: 1. Cualidad de responsable. 2. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. 3. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. 4. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente (cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *on line*).

En la última acepción del párrafo anterior podemos observar la referencia a la responsabilidad para el derecho como la capacidad de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. En el derecho ambiental toma particular importancia por la variedad y complejidad de los problemas que contiene.

Profundizando en el significado, los diccionarios jurídicos cuando se refieren a la responsabilidad aluden a consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño o la pérdida causada. Puede haber responsabilidad civil y responsabilidad penal o ambas a la vez. (Diccionario jurídico [http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario\\_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf](http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf)).

Son muchos y diversos los significados y acepciones del término jurídico de responsabilidad que reproducimos a continuación: obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Deuda. Deuda moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. *Del Estado*. Como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de responsabilidad civil; y ello corresponde a concepto relativamente moderno, ya

que en tiempos antiguos el Estado, como soberano, o el soberano, como Estado, eran irresponsables. *Judicial*. Obligación o deuda moral en que incurren los magistrados y jueces que infringen la ley, sus deberes, en el ejercicio de sus funciones específicas. *Ministerial*. La de índole política, civil o criminal que puede recaer sobre los integrantes del gobierno. *Objetiva*. La determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio ni de los derechos ajenos.

El concepto de responsabilidad como observamos tiene distintas acepciones y tipos de acuerdo a las principales definiciones, la distinción en lo jurídico de aquello que deriva de conductas lícitas o ilícitas y múltiples situaciones que pueden generarla.

La responsabilidad es la consecuencia de todo acto humano, sea lícito o ilícito, y por lo tanto, regulada por el ordenamiento jurídico. Cuando la violación se traduce en un delito, estamos ante la responsabilidad penal (sin perjuicio de la responsabilidad civil). Si sólo concierne a la actividad privada aparece la responsabilidad civil –por el perjuicio que supone para una persona física o jurídica el sufrir las consecuencias de una acción u omisión–; y si la lesión se produce por actividad o inactividad del Estado, nos encontramos ante la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para aproximarnos al concepto de responsabilidad ambiental no podemos pasar por alto la situación a nivel internacional y el reconocimiento del derecho en los marcos jurídicos de los distintos países.

A nivel internacional cabe señalar que no hay un marco regulatorio de la temática, más allá del expreso reconocimiento que se prevé en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972 donde se afirma 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 y otros daños ambientales, que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

Según la opinión de Juste Ruiz, “las extraordinarias implicaciones económicas que los daños ambientales pueden llegar a presentar y las graves responsabilidades que pueden derivarse de un uso abusivo de los recursos del planeta o de una degradación irreversible del mismo, han llevado a los Estados a bloquear la mayoría de los intentos de desarrollar el Derecho internacional en la materia” (JUSTE RUIZ y DAUDÍ, 2014:103).

Como resultado de ello se ha producido una tendencia a derivar las cuestiones de responsabilidad ambiental del campo de las relaciones entre los Estados al terreno de las relaciones entre particulares, canalizando su tratamiento a través de los procedimientos de los derechos nacionales, en aplicación de las técnicas del derecho internacional privado. La mayoría de los instrumentos convencionales que se han elaborado en materia de responsabilidad por daños ambientales accidentales han establecido así mecanismos de responsabilidad “privada” o “civil”, que se sustancia entre los particulares productores del daño y los que son víctimas del mismo a través de los cauces judiciales internos que resulten competentes (JUSTE RUIZ y DAUDÍ, 2014:104). Esto es lo que ha llevado al profesor Kiss a hablar de la denominada *soft responsibility* (no obligatoria) similar al propio *soft law* (KISS, 1981:518).

La formulación del derecho a un ambiente sano es incorporada a las constituciones de algunos países europeos en la década del setenta. En el ámbito regional europeo la normativa comunitaria en la materia es la Directiva 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “responsabilidad medioambiental con relación a la prevención y la reparación de daños medioambientales”. Dicha normativa no tiene por objeto la protección del medio ambiente en forma global, puesto que la definición del art. 2 inc. 1º solo refiere a ciertos elementos (especies y hábitats naturales protegidos, aguas y suelo)<sup>1</sup> que son los únicos sometidos a la obligación de prevenir y

---

2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Art. 2: «Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1. Daño medioambiental:

a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I; los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza; b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el

reparar. Esto constituye una limitación a la noción de daño (quedan excluidos los daños a las personas, a la propiedad privada y las pérdidas económicas según el considerando 14<sup>o</sup>). Se establece un doble régimen de responsabilidad: objetiva y subjetiva que exige culpa.

La formulación del derecho a un ambiente sano también se produjo en algunos países de América Latina que modificaron sus constituciones en la década de los ochenta, como es el caso de Panamá, Venezuela, Ecuador, Brasil, entre otros (BORRERO NAVIA, 1994a, págs. 99 y ss.).

En Argentina, se produce la reforma constitucional en 1994 y se incorpora el derecho a un ambiente sano en el marco de “los nuevos derechos y garantías”. En la Constitución Argentina el alcance del derecho es más amplio que en otras constituciones y existe un reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras, aspectos que analizaremos oportunamente. Nos parece importante el análisis de la formulación de las responsabilidades ambientales en el marco del nuevo orden jurídico ambiental que establece el artículo 41 en la reforma constitucional de 1994.

## **II. El concepto de la responsabilidad ambiental en la Constitución Nacional**

La cláusula ambiental, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, ha incorporado un conjunto de responsabilidades ambientales para los diferentes actores que se encuentran involucrados en las problemáticas ambientales.

El artículo 41 de la Constitución Nacional (en adelante CN) “tanto por esa disposición constitucional, como por otras normas de jerarquía inferior, dictadas antes o después de aquella reforma de 1994, del derecho argentino prevé la responsabilidad civil, penal y administrativa por daños al medio ambiente” (DUGO, 2000:100).

---

estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva; c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo (...)).

<sup>2</sup> La ejecución es *diferida* cuando la obligación se encuentra postergada en cuanto

La primera referencia, como contrapartida al nuevo derecho al ambiente que formula el artículo 41, es el deber de preservar que tienen todos los ciudadanos y que como tal conforma una responsabilidad ambiental.

En referencia al uso del ambiente “como consecuencia de ese derecho-deber todo daño ambiental producto del uso o abuso del derecho a gozar y usar el ambiente debe ser reparado, prioritariamente mediante la recomposición” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 13). La idea de recomponer dicho daño significa repararlo por quien lo ha causado. Se aplica un principio general del derecho en el sentido que si no se pueden volver las cosas al estado anterior, subsidiariamente, se establece la obligación de indemnizar (DEVIA, 1998:85).

Al hablar del deber de preservar en el texto del artículo, se interpreta que ese deber cabe “al simple ciudadano como al integrante del gobierno del Estado. Al empresario individual como al que dirige una empresa de alguno de los tipos legales permitidos por la ley y el deber de preservación. Todos compartimos esa responsabilidad y esa responsabilidad puede traer consecuencias jurídicas y está originada tanto por la acción como por la omisión de realizar las actividades” (RODRÍGUEZ, 2005:63).

En el deber de preservar estamos en presencia de un derecho deber, de una carga pública, equivale a no dañar ni deteriorar. Incluye el no dañar el ambiente (obligación de no hacer) y cuidado del mismo (obligación de hacer). El derecho implica pertenencia y goce, pero además incluye la responsabilidad del cuidado del mismo. No solo el Estado debe velar por el medio ambiente sano sino todos y cada uno de los habitantes (Cfr. CASABENE DE LUNA, 2005:128).

En el análisis de diversas instituciones internacionales Coria dice: “como última reflexión sobre este tópico, a mi modo de ver, en los instrumentos comentados se insiste de forma muy particular en los deberes más que en los derechos. Ello demuestra que la situación, en particular, jurídica de los seres humanos en la naturaleza es una situación o posición de responsabilidad más que disfrute” (Coria, 2005:14).

La segunda referencia es la responsabilidad que se configura frente al daño ambiental que genera la responsabilidad de recomponer según establezca la ley, creando un nuevo tipo de daño, con su correlativa responsabilidad diferente a las consideraciones jurídicas que se hacían hasta el momento. Algunos autores (vg. BUSTAMANTE ALSINA, 1994:1057) consideran más apropiado hablar de daño ambiental en lugar de daño ecológico por ser

la primera expresión más amplia y comprensiva. La segunda expresión se reserva para el daño que ataca a los elementos bióticos y abióticos.

Las opiniones acerca de la responsabilidad por parte de los autores son variadas. Entre ellas encontramos que: “La responsabilidad ya sea administrativa, civil o penal implica la atribución de un acto ilícito ya sea por la comisión u omisión a una persona física o jurídica, además la responsabilidad también implica valoración y reparación del daño. Tanto la atribución misma como la valoración y reparación del daño ambiental constituyen materias por demás complicadas” (VÁSQUEZ GARCÍA, 2007:98).

La tercera referencia a responsabilidades está asociada a la obligación de proveer que tienen las diferentes autoridades (ejecutiva, legislativas y judiciales en los diferentes niveles de gobierno: nacional provincial y municipal) lo que les genera una responsabilidad frente al mandato constitucional.

“[...] [L]a Constitución Nacional dice que ‘las Autoridades proveerán’, expresión que según se interpreta debe entenderse como sinónimo de garantizar” (CAFFERATTA, 2013: t. 1 pág. 537). Expresamente el art. 41 de la CN establece que las autoridades tienen la responsabilidad frente a cuatro obligaciones concretas: a) La protección del derecho al ambiente, b) La utilización racional de los recursos naturales, c) La preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y d) La información y educación ambientales.

En este aspecto “se debe interpretar como una obligación del Estado, ya sea desde el punto de vista administrativo como desde el punto de vista penal, en el caso de los delitos que pueden ocasionar conductas penalmente reprochables relacionadas con la conservación del ambiente” (RODRÍGUEZ, 2005:67).

Cuando se hace referencia a proveer este derecho, ello “significa fundamentalmente acción para elaborar la legislación adecuada, para lograr especialmente su cumplimiento, etc. Y el Estado en caso de omisión de tales obligaciones puede llegar a ser corresponsable de los daños que se ocasionaren” (Ibídem: 67).

Aquí identificamos tres actores diferentes: los habitantes frente al deber de preservar, los habitantes y sus actividades en general frente a la producción de un daño al ambiente, los funcionarios frente al incumplimiento del mandato.

### **III. Los tipos de responsabilidad ambiental**

Cuando hacemos referencia a la responsabilidad tomamos en cuenta las numerosas obligaciones que surgen a partir del reconocimiento del derecho, tratando de sistematizar las diferentes responsabilidades ambientales de acuerdo al rol que tienen las personas, los diferentes actores y las múltiples situaciones que se enfrentan de acuerdo a las referencias que hace la Constitución en este aspecto. Para diferenciar hemos dividido en dos grandes ejes, por un lado la responsabilidad que tenemos como habitantes y, por otro, la que se tiene como autoridades.

#### *III.1 Responsabilidades de los habitantes como contrapartida al derecho a gozar del ambiente: el deber de preservarlo*

Los autores que trabajan la problemática ambiental han destacado la trascendencia del reconocimiento del derecho que tienen los habitantes y por lo tanto la importante responsabilidad que aparece como contrapartida asociada al deber de preservarlo.

Si uno analiza el contexto histórico en el que se incluyen los derechos en los distintos países puede observarse que el derecho al ambiente en la Constitución responde a un importante reconocimiento previo a nivel internacional.

En cuanto a las responsabilidades de los habitantes en función al derecho-deber que tienen en materia ambiental, utilizamos por lo menos dos criterios; por una parte, las personas en forma individual y las personas en su conjunto, agrupadas por razones comunes, en acciones y omisiones, lo que permite dividir la responsabilidad en las siguientes categorías: Responsabilidad Individual, Responsabilidad Colectiva, Responsabilidad por las acciones, y responsabilidad por omisión.

Las personas físicas, las personas jurídicas en las diferentes formas de organización: empresas (sociedades en sus diversos tipos) asociaciones civiles (sin fines de lucro) ONG, Fundaciones, etc. tienen diferentes responsabilidades en su deber de preservar el ambiente y en el tipo de actividades que desarrollan que también están limitadas.

### *III.2 Responsabilidades de las autoridades*

La responsabilidad de proveer el derecho, un verdadero mandato que impone la Constitución, lo realiza obligando a los distintos niveles de gobierno, ya que tienen competencias concurrentes y compartidas en materia ambiental por lo cual deben proveer las distintas áreas de gobierno: Nación, Provincias y Municipios.

La CN, al hacer referencia al deber de proveer de las autoridades, no realiza distinción alguna sobre cuáles o quiénes se encuentran obligados, supone que las responsabilidades en cada nivel de gobierno se relacionan con las distintas funciones y las diversas áreas: así la función: Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

## **IV. Las responsabilidades en función del sujeto contaminante**

Los autores hacen referencia a las dificultades para la individualización del sujeto contaminante. Así expresan: “Es principio reconocido que todo productor de contaminación [...] debe ser el responsable en primer término de pagar por las consecuencias de su acción. Sin embargo, esta cuestión que parece no plantear mayores problemas tiene sus dificultades. [...] En muchos casos, no existe la posibilidad de determinar si la intervención de uno solo de los probables causantes del daño, sin el concurso de los otros, hubiera sido suficiente para dar lugar al resultado final dañoso. Es que en la práctica es difícil la determinación de los sujetos activos de la contaminación o degradación [...]. Por ello la solución individualista carece de rigor en materia ambiental al no lograr solucionar los problemas de multiplicidad de sujetos causantes, en la hipótesis en la que varios comportamientos son la causa productora de un mismo daño. De allí que se tienda a adecuar el instituto de la responsabilidad extracontractual en punto a la consideración de los daños producidos por actividades de tipo colectivo, en las que la identificación indubitada del autor concreto es prácticamente imposible. Se trata de efectuar la imputación de los daños y la obligación de resarcir a las diferentes personas que, en un mayor o menor grado, han podido contribuir a causarlos” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 29).



En este contexto, según el mismo autor, pueden darse dos situaciones: “a) Autor indeterminado dentro de un grupo determinado, y b) autor indeterminado dentro de un grupo también indeterminado. Estamos ante lo que ha dado en llamarse la *responsabilidad colectiva*. Cabe decir que la doctrina distingue entre la responsabilidad colectiva (la causa del daño es individual aunque ignorada) y el *daño causado colectivamente* (la causa del daño es grupal); se trata de daños causados colectivamente” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 117).

Existe una tendencia de los autores a identificar la responsabilidad con el daño y a partir de allí realizan sus análisis. En la doctrina hay más referencia a las responsabilidades vinculadas al daño ambiental que a las responsabilidades que surgen de la violación de obligaciones de hacer o no hacer por parte de los diferentes actores.

En este sentido, señala la doctrina en nuestro país el carácter ambivalente del daño ambiental, al designar no solo al que recae sobre el patrimonio ambiental como tal, sino también al que provoca de rebote sobre los intereses legítimos de una persona determinada (BUSTAMANTE ALSINA, 1995:45). Se distingue así entre lo que los distintos autores denominan “daño ecológico puro”, “daño ambiental *per se*”, “daño ambiental colectivo”, o “daño ambiental en sí mismo”; del daño civil clásico, daño ambiental propio o daño ambiental individual (PIGRETTI, 2014:60). Se puede observar que el primero, que podemos denominar “daño ambiental” tiene trascendencia más allá del ámbito privado y conjuga normas de éste con normas de derecho público por tratarse de un bien común.

Es interesante la clasificación del daño ambiental que proponen estos autores al efectuar distinciones según el tipo de responsabilidad: “a) Por un lado, el caso en el que se ocasiona un daño patrimonial a un tercero, como consecuencia de un daño ambiental (responsabilidad civil); b) por otro, la responsabilidad que puede corresponder al Estado si éste es el productor directo del daño o si siéndolo un particular, aquel no ha ejercido su actividad ordenadora adecuadamente: responsabilidad por conducta ilegítima [...], o si la conducta del Estado ha causado un daño que ha producido un sacrificio especial en el demandante: responsabilidad por conducta legítima [...]. Estamos, pues, ante casos de responsabilidad administrativa, y c) junto con este tipo de supuestos tenemos otros que pueden ser calificados más propiamente como casos de responsabilidad por daños ambientales colectivos, en los que el daño se le hace a la comunidad (aunque conjuntamente pueda afectarse a un

elemento patrimonial de un particular), son los llamados daños con consecuencias colectivas o para la comunidad, pues son experimentados por el entorno y afectan a un conjunto o grupo de personas que como consecuencia del deterioro ambiental sufren un perjuicio común o grupal” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 15).

Luego expresan que la clasificación que se adopta desde el Derecho Público es la siguiente: “a) La responsabilidad estatal por daños ambientales (responsabilidad administrativa ambiental). Se trata de la responsabilidad del Estado por los daños ambientales, ya sean producidos directamente por él o, en su caso, por no haber cumplido con su deber de policía ambiental. b) La responsabilidad ambiental colectiva, producida como consecuencia de la conducta (comisiva u omisiva) de los particulares o de entes públicos, pero no en relación con otro particular (responsabilidad civil o administrativa según los casos) sino con el Estado (como protector del ambiente) y la comunidad; es decir, nos ubicamos en el caso de que no existan daños concretos a algún bien en particular, sino que estamos ante daños colectivos o comunitarios. Es una responsabilidad por el ambiente, que debe preservarse y que se caracteriza por el deber de recomponer” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 16).

Al referirse a la responsabilidad administrativa ambiental, consideran que puede ocurrir por dos vías: “a) cuando la Administración es contaminadora directa, es decir, es inmediatamente responsable de las agresiones ambientales frente a los terceros afectados [...], a través de sus empresas o cualquier otra industria pública por instalaciones peligrosas [...] o por daños accidentales o no accidentales de los trabajos y obras públicas; b) cuando la Administración no es contaminadora directa, sino que los contaminadores son empresas privadas o particulares, o aun la naturaleza misma –en los casos en que ésta es controlable–, pero aquella, por su facultad ordenadora de policía ambiental (potestades y deberes –reglamentarios, de control y autorización, etcétera– para la preservación del ambiente), es responsable patrimonialmente (a través del régimen de funcionamiento anormal de los servicios públicos) por permitir –con su acción u omisión– las agresiones ambientales. Esto no quita la responsabilidad de los contaminadores inmediatos” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 86).

Se pueden destacar obligaciones vinculadas a las propias del Estado en sus distintas funciones, como por ejemplo la función legislativa que serían las medidas para prevenir y anticiparse a los posibles daños. “Obligación fundamental del Estado con respecto a los habitantes es la de

proveer una regulación adecuada para protegerlos de cualquier lesión que en relación al ambiente puedan sufrir. Pero en el tema que nos ocupa su deber no es sólo el de la defensa de daños sino también y primordialmente la prevención: constituir y fundamentar decisiones positivas de cualquier rango y forma que impidan perturbaciones o lesión de los derechos fundamentales de aquellos.

Diríamos que una de las ocupaciones primordiales del Estado es cumplir con su obligación de tomar medidas necesarias y oportunas para la preservación ambiental, para proteger al entorno y a las especies vivientes de cualquier tipo de alteración perjudicial al ambiente. De allí que los habitantes tienen derecho a exigir una conducta positiva del Estado a ese respecto (inspección, supervisión administrativa y vinculación de la Administración a las leyes). Cuando ello no ocurre y se concreta el daño en una *lesión* sufrida por los propietarios en sus *bienes jurídicos protegidos*, los particulares, frente al deber de la Administración de actuar y la *obligación de resarcir* de los particulares contaminantes, tienen derecho a ser *indemnizados patrimonialmente por los funcionarios anormales* concretizados en ineficaces actuaciones o, muy especialmente, en omisiones de la Administración” (HUTCHINSON, 1999: t. II pág. 93).

Las obligaciones de legislar en materia ambiental que permitan prevenir pueden asociarse como en este caso: “Así como la legitimación activa para iniciar acciones judiciales en la protección del medio ambiente es amplia, los deberes que derivan de la norma son también vastos y obligan a toda persona que dañe o menoscabe el ambiente, de acuerdo a la razonable regla legal. Las normas que al efecto dicte el Congreso Federal [...] y los Estados locales de modo complementario, deben ser preventivas, de acuerdo a lo mandado por el art. 41 de la Constitución Nacional, es decir, deben evitar que el daño se produzca” (GELLI, 2008: 578).

## **V. Las leyes de presupuestos mínimos y la atribución de responsabilidad ambiental**

Nos parece importante realizar el análisis jurídico en el marco de las leyes de presupuestos mínimos en tanto formuladoras de políticas ambientales, a efectos de observar en ellas qué aspectos de responsabilidad asignan, a qué actores y con qué consecuencias, constituyendo el mínimo

de responsabilidad ambiental en el sistema. Las leyes de presupuestos mínimos son de aplicación en todo el territorio de la Nación, se trata de “leyes básicas” (HUTCHINSON, 1999: 280), que contemplan un umbral, a manera de “piso común”. En opinión de Pigretti la Constitución autoriza al Gobierno Nacional, a dictar lo que él llama “leyes marco” que permiten la aplicación a nivel local de pautas ecológicas aptas a juicio general.

Cafferatta plantea que la ley tiene un régimen de responsabilidad *ex ante* (la responsabilidad preventiva y precautoria) y una *ex post* (una vez que se perpetra el daño) que empieza con la reparación en especie luego para el caso de no ser factible el restablecimiento al estado anterior: la responsabilidad por compensación, la responsabilidad resarcitoria. (CAFFERATTA, 2007:13). Se recuerda como ya lo ha dicho Jordano Fraga que “el verdadero mecanismo para preservar el medio ambiente no es la figura de la responsabilidad patrimonial, sino la posibilidad de instituir medidas tendentes a la cesación del daño y su evitación y efectiva recomposición de los bienes comunes” (TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, 2004:675, t. III).

Para el análisis de las leyes de presupuestos mínimos desde una dimensión jurídica, es preciso individualizar las normas que establecen obligaciones en cada una de las leyes, identificando su objeto y la tipología de acuerdo a una clasificación en función de los siguientes indicadores:

-Por el tiempo de cumplimiento de la prestación (se clasifican en de ejecución inmediata o diferida;<sup>2</sup> de ejecución única o permanente<sup>3</sup>);

---

a su *exigibilidad* por un plazo inicial pendiente, o en cuanto a su *existencia* por una condición suspensiva pendiente. Es *inmediata* cuando sus efectos no se encuentran postergados por alguna de dichas modalidades.

<sup>3</sup> Son de ejecución *única* o *instantánea* cuando el cumplimiento es efectivizado de una sola vez, y de ejecución *permanente* o *de duración* cuando se prolonga en el tiempo. Estas últimas comprenden las de *ejecución continuada* (reiterada en el tiempo sin solución alguna) y las *periódicas* o *de tracto sucesivo* (en las cuales el cumplimiento va siendo efectivizado de manera salteada).

<sup>4</sup> De acuerdo con el modo de obrar, las obligaciones se clasifican en: *positivas* y

-Por la naturaleza de la prestación (de acuerdo con el modo de obrar en positivas (acción) o negativas (omisión)<sup>4</sup>; y de acuerdo con la naturaleza de la prestación: de dar, hacer, o no hacer)<sup>5</sup>.

Además, se distinguieron los sujetos obligados y las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de las mismas, tal como se expone a continuación:

### *Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios N° 25612*

Esta ley establece obligaciones para los sujetos generadores de residuos industriales (arts. 11, 12 y 13) que consisten en la adopción de programas tendientes a minimizar la generación de residuos, separación de residuos incompatibles, envasado de residuos industriales cuando las medidas de higiene y seguridad lo exijan, tratamiento adecuado, disposición final y reutilización o reciclado de los mismos (obligaciones de ejecución inmediata y permanente, positivas, de hacer). Además, deberán presentar periódicamente una declaración jurada en la que se especifiquen los datos identificatorios y las características de los residuos industriales, como así también, los procesos que los generan.

Respecto a la responsabilidad, de manera específica, el art. 16 dispone que el generador de residuos, en calidad de dueño de los mismos, es responsable de todo daño producido por éstos, en los términos del Título II de la ley (Responsabilidad Civil –arts. 40/41/42/43–; Responsabilidad Administrativa –arts. 44 a 50–; y Responsabilidad Penal –por Decreto 1346/2002 se observan los arts. de responsabilidad penal 51 a 54 y primer párrafo del art. 60 quedando la ley 24051 en covigencia de esta) (Nonna, 2004:5).

---

*negativas*, según que la prestación debida consista en una acción o en una omisión.

<sup>5</sup> Las obligaciones se clasifican en: de dar, de hacer y de no hacer:

a. *De dar*: su prestación consiste en la entrega de una cosa.

b. *De hacer*: su prestación consiste en la realización de una actividad (art. 773/774 CCyC).

c. *De no hacer*: su prestación consiste en una abstención (art. 778 CCyC).

<sup>6</sup> Organigrama del Ministerio: <http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=4220>

Los arts. 23 a 28 prescriben las obligaciones y responsabilidades del transportista de residuos, quien deberá asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales que su actividad pudiera causar, por lo que podrá dar cobertura a los riesgos ambientales a través de la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantías suficientes, según lo determine la reglamentación (la obligación de recomponer es de ejecución inmediata y única, mientras que la obligación de contratar un seguro es de ejecución inmediata y permanente, de naturaleza positiva y de hacer). Todo transportista es responsable, en calidad de guardián de los residuos, de todo daño producido, durante el transporte desde los lugares de generación hasta los lugares autorizados de almacenamiento, tratamiento o disposición final.

La normativa determina que toda planta de almacenamiento, tratamiento o disposición final de residuos, deberá realizar previo a su habilitación un estudio de impacto ambiental para ser presentado ante la autoridad competente (obligación de ejecución inmediata y única, positiva y de hacer). La autoridad competente emitirá una declaración de impacto ambiental en la que fundamente su aprobación o rechazo; y además deberá llevar un registro de operaciones permanente. Al igual que el transportista, sus titulares serán responsables de todo daño producido por los residuos en razón de la actividad que en la planta se desarrolla debiendo asegurar la recomposición de los posibles daños ambientales.

El art. 57 de la ley regla las competencias de la autoridad de aplicación nacional, entre las cuales se encuentran las siguientes: entender en la determinación de políticas en materia de residuos industriales y de actividades de servicio; promocionar la utilización de procesos productivos y métodos de tratamiento que impliquen minimización, reciclado y reutilización de los mismos, y la incorporación de tecnologías más adecuadas para la preservación ambiental; asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en los programas de fiscalización y control de los residuos.

Seguidamente, el art. 58 dispone que la autoridad de aplicación elaborará y mantendrá actualizado un listado de elementos o sustancias peligrosas, tóxicas o nocivas, contenidas en los residuos industriales y de actividades de servicio, en la que se especifiquen las características de riesgo y el art. 62 determina que el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los 120 (ciento veinte) días corridos a partir de su promulgación. No obstante ello, “ni el Consejo Federal de Medio Ambien-

te (COFEMA), ni la propia Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación realizaron las acciones conducentes a elaborar la lista de residuos objeto de la norma que la ley les encomienda y la doctrina criticó su contradicción con la prohibición constitucional de importar residuos actual o potencialmente peligrosos. Tampoco fue reglamentada en el orden nacional” (VALLS, 2012: 224).

*Ley Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs N° 25670*

La ley en su art. 4 contiene la obligación del Poder Ejecutivo de adoptar las medidas necesarias para garantizar la prohibición de la producción, comercialización e ingreso al país de PCBs, la eliminación y descontaminación de los PCBs y aparatos que contengan PCBs (obligación de ejecución inmediata, permanente, positiva y de hacer).

Los arts. 11 y 12 enumeran las obligaciones de la autoridad de aplicación nacional, la cual deberá instrumentar las medidas necesarias para que todos los poseedores de PCBs del país puedan tener acceso a los instrumentos administrativos requeridos para la inscripción en el Registro Nacional Integrado de Poseedores de PCBs en un plazo máximo de sesenta días corridos (obligación diferida, única, positiva y de hacer); también le corresponde realizar estudios de riesgo y auditorías ambientales; informar a los vecinos residentes en la zona afectada o en riesgo; formular e implementar, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), un Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCBs; dictar normas de seguridad y controlar el cumplimiento de las mismas; la promoción e investigación de sustitutos existentes y futuros, entre otras (obligaciones inmediatas, permanentes [continuadas y periódicas], positivas y de hacer).

Las obligaciones del poseedor son las siguientes: actualizar la información en el registro al menos cada dos años y notificar en forma inmediata cambios (art. 12, 2° párr. determina una obligación de ejecución diferida con plazo, permanente: continuada, positiva y de hacer); todos los aparatos que contengan PCBs y que su poseedor quiera mantener en operación deberán ser descontaminados a su cargo antes del año 2010 (art. 14, 1ª Parte, obligación inmediata, única, positiva y de hacer).

“Hasta tanto esto suceda el poseedor no podrá reponer PCBs, debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia” (art. 14, 2ª Parte impone una obligación de ejecución inmediata, única, negativa y de no hacer); presentar antes del año 2005 ante la autoridad de aplicación, un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs (art. 15 de ejecución inmediata, única, positiva y de hacer); en un plazo máximo de sesenta días corridos deberán identificar todos los equipos y recipientes que contengan PCBs y PCBs usados, instrumentar un registro interno de actividades en las que estén involucrados PCBs, adecuar los equipos que contengan y los lugares de almacenamiento de PCBs y PCBs usados, e instrumentar las medidas necesarias para evitar poner en riesgo la salud de las personas y la contaminación del medio ambiente (art. 17 Inmediata, única, positiva y de hacer); ante el menor indicio de escapes, fugas o pérdidas de PCBs en cualquier equipo o instalación, el poseedor deberá instrumentar medidas correctivas y preventivas para reparar el daño ocasionado, disminuir los riesgos hacia las personas y el medio ambiente y evitar que el incidente o accidente vuelva a ocurrir (art. 18 Inmediata, única, positiva y de hacer).

Con respecto a la responsabilidad, el incumplimiento de la Ley, su reglamentación y normas complementarias, según lo establecido por los arts. 21 y 22, será reprimido por la autoridad de aplicación local con apercibimiento, multa, inhabilitación por tiempo determinado o clausura, independientemente de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder. “Cada jurisdicción tendrá un fondo ambiental conformado con el producido de las multas y demás fuentes de ingreso que puedan establecer las normas, para utilizar en tareas de remediación ambiental (...). En caso de que una provincia no instrumente un sistema de infracciones y sanciones (arts. 21 y 22), ¿Cuál sería el procedimiento a seguir en caso de no cumplimiento de la Ley? El Sistema Federal Ambiental diseñado a partir de la sanción de la Ley 25675 carece de un régimen eficaz de aplicación, para los casos donde la jurisdicción local incumpla con sus obligaciones administrativas de fiscalización. En el derecho comparado, como es el caso en los EE. UU. la administración federal retiene siempre la facultad de la aplicación directa de la legislación federal en aquellos casos donde los estados incumplan con los planes de implementación estatales (*State Implementation Plans*)” (GARRÉ, 2005:55-56).

Por su parte, el art. 20 remite a la aplicación del régimen de responsabilidad de la Ley 24051 de Residuos Peligrosos.



*Ley General del Ambiente N° 25675*

La ley general (en adelante LGA) en los arts. 11 y 12 prevé la obligación inmediata, positiva y de (hacer) realizar un procedimiento de evaluación de impacto ambiental previo a la ejecución de obras u actividades susceptibles de degradar el ambiente, obligación que recae sobre toda persona física o jurídica que pretenda desarrollar estas actividades en el territorio de la nación. Estas personas, además, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan (art. 16) y deberán contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir (art. 22).

La LGA, en sus arts. 14 y 15, hace referencia a la educación ambiental e instituye el deber de implementar planes y programas en los sistemas de educación, formal y no formal, por parte de las autoridades competentes, COFEMA, consejos de cultura y educación y de las jurisdicciones locales. (Obligación de ejecución inmediata, permanente continuada, positiva y de hacer).

Respecto a la información ambiental, la ley dispone en el art. 16 que “las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan” (obligación de ejecución inmediata, permanente de tracto sucesivo, positiva, de dar). Por su parte, la autoridad de aplicación (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable dependiente de la Presidencia de la Nación. Decreto 232/2015, Anexo I al art. 6°)<sup>6</sup> deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que se instrumentará a través del COFEMA (de ejecución inmediata, permanente continuada, positiva y de hacer).

Asimismo, las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas (arts. 17 y 18). El art. 20, referido a la participación ciudadana, prescribe otra obligación a las autoridades, consistente en institucionalizar procedimientos de consul-

---

(abril, 2016).

tas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente (inmediata, permanente de tracto sucesivo, positiva y de hacer).

El Poder Ejecutivo debe elaborar un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación (art. 18, segunda parte. De ejecución diferida, permanente de tracto sucesivo, positiva, de hacer).

“Corresponde señalar una omisión en que incurre la Ley General del Ambiente, ya que no incluye ninguna referencia a la sanción que debe aplicarse a los funcionarios públicos que no cumplan con las obligaciones que instituye, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas por los códigos Civil y Penal de la Nación” (FARN, 2003:29).

En relación al seguro ambiental y al fondo de restauración, el art. 22 de la LGA establece que: “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”, estipulando el cumplimiento de una obligación que es de ejecución inmediata, permanente continuada, positiva y de hacer.

Sostiene Cafferatta que la obligación de recomposición, no solo debe provenir como efecto de la responsabilidad por un hecho ilícito, sino como resultado de la solidaridad social (CAFFERATTA, 2004:43). Así “la responsabilidad acusa el impacto de eso que llamamos solidarismo” (Voto del juez Pettigiani, *in re*: “Almada, Hugo N. v. Copetro SA” 19/05/1998).

### *Régimen de Gestión Ambiental de Aguas Ley N° 25688*

Esta ley crea los comités de cuencas hídricas y les encomienda la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos, colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas (art. 4. Obligación inmediata, única, positiva y de hacer) y aprobar la utilización de aguas objeto de la ley en el caso de las cuencas

interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo (art. 6, 2ª Parte).

La autoridad competente es la encargada de otorgar el permiso para utilizar las aguas objeto de la ley (art. 6, 1ª Parte, obligación de ejecución inmediata, única, positiva y de dar).

El art. 7 establece como obligaciones de la autoridad nacional de aplicación: determinar los límites máximos de contaminación aceptables para las aguas de acuerdo a los distintos usos; definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos; fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas; y elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones, ser aprobado por ley del Congreso de la Nación (obligaciones de ejecución inmediata, únicas, positivas y de hacer).

Conforme la norma, el Poder Ejecutivo debe reglamentar esta ley dentro de los 180 días de su publicación y dictar las resoluciones necesarias para su aplicación, lo cual no ha sido realizado a la fecha (de ejecución diferida con plazo).

La ley no instituye un específico régimen de responsabilidad.

### *Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental Ley N° 25831*

Las autoridades competentes de los organismos públicos, y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas, están obligados a facilitar la información ambiental requerida en las condiciones establecidas por esta ley y su reglamentación (obligación de facilitar información: de ejecución diferida, de dar y/o hacer). Es importante destacar que, como vimos, la LGA extiende esta obligación a otros sujetos obligados: personas físicas y jurídicas que desarrollen actividades que ocasionen impacto negativo. Los criterios para establecer los procedimientos al respecto serán concertados en el ámbito del COFEMA (arts. 4 y 5).

El art. 6 de la norma dispone que la autoridad ambiental nacional cooperará para facilitar el acceso a la información ambiental, promoviendo la difusión del material informativo que se genere en las distintas jurisdicciones.

dicciones (obligación de ejecución inmediata, permanente continuada, positiva y de hacer).

En cuanto al régimen de responsabilidad, el art. 9 establece: responsabilidad administrativa por remisión de la propia norma de presupuestos mínimos a las sanciones previstas en la Ley N° 25164 de regulación del empleo público nacional (2° párrafo); responsabilidad civil y penal que surge del 2° párrafo *in fine* “(...) sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieren corresponder”; y responsabilidad contractual cuando expresa que las empresas de servicios públicos serán pasibles de las sanciones previstas en los contratos de concesión (3° párrafo).

#### *Ley Integral de Gestión de Residuos Domiciliarios N° 25916*

Esta Ley prescribe en su art. 6 que las autoridades competentes serán responsables de la gestión integral de los residuos domiciliarios producidos en su jurisdicción, deberán establecer las normas complementarias necesarias para el cumplimiento efectivo de la ley y establecerán sistemas de gestión de residuos adaptados a las características y particularidades de su jurisdicción. Asimismo, deberán garantizar que los residuos domiciliarios sean recolectados y transportados a los sitios habilitados mediante métodos que prevengan y minimicen los impactos negativos sobre el ambiente y la calidad de vida de la población. Tienen como obligación, además, determinar la metodología y frecuencia con que se hará la recolección (art. 13).

El generador de residuos tiene la obligación de realizar el acopio inicial y la disposición inicial de los residuos de acuerdo a las normas complementarias que cada jurisdicción establezca, mediante métodos apropiados que prevengan y minimicen los posibles impactos negativos sobre el ambiente y la calidad de vida de la población (arts. 9 y 10, obligación de ejecución inmediata, permanente, positiva y de hacer).

Los generadores se clasifican en generadores individuales y generadores especiales, en función de la calidad y cantidad de residuos, y de las condiciones en que los generan. “(...) Constituye un acierto innegable determinar cuáles son los deberes de los generadores de residuos domiciliarios. Por más que pueda señalarse, con razón, que en nuestro país falta una verdadera cultura ciudadana en la materia, es tiempo que esto comience a revertirse. (...) No cabe duda de que las sanciones por incum-

plimiento de dichos deberes recaerán con mayor dureza sobre los generadores especiales que sobre los generadores individuales. Con todo, el poder sancionador es a todas luces necesario para reducir el incentivo de la disposición incorrecta” (BEC y FRANCO, 2005:246).

El incumplimiento de las disposiciones de la presente ley o de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten será sancionado con apercibimiento, multa, suspensión de la actividad, cese definitivo de la actividad y clausura de las instalaciones (Responsabilidad Administrativa), según el caso concreto y sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudieran corresponder.

### *Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26331*

La ley sobre bosque nativo en el art. 6 contiene una obligación modal dirigida a cada jurisdicción, las cuales en el plazo máximo de 1 año deberán realizar el Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes en su territorio a través de un proceso participativo (obligación de ejecución diferida con plazo, única, positiva de hacer); si las jurisdicciones incumplen este artículo, no podrán autorizar desmontes ni ningún otro tipo de utilización y aprovechamiento de los bosques nativos (art. 7, de ejecución inmediata, permanente continuada, negativa, de no hacer). La ley establece, además, que durante el transcurso del tiempo entre su sanción y la realización del Ordenamiento territorial de Boques Nativos no se podrán autorizar desmontes (art. 8 de ejecución diferida, única, negativa y de no hacer).

“La situación al vencimiento del plazo fue que una sola jurisdicción había cumplido con el proceso: la provincia de Salta; el resto de las provincias estaba en diferentes instancias de trabajo para lograrlo. (...) La imposición de un plazo y una modalidad en el ordenamiento constituye un umbral de exigencia que deben cumplimentar las provincias al realizar el ordenamiento territorial. Un umbral que no es bajo, ya que es un importante debate el que debe realizarse a través del proceso de participación. Esta actividad supone planificación, organización y debate con los distintos actores en el territorio” (JULIÁ, 2010:176).

Esta ley establece (art. 6, segunda parte) que desde la autoridad nacional de aplicación se brindará a solicitud de las autoridades de aplicación de cada jurisdicción, la asistencia técnica, económica y financiera

necesaria para realizar el ordenamiento. “La tarea exigida e impuesta por la norma, supuso la asignación de recursos en forma prioritaria para cumplir con las exigencias de la ley y lo que ocurrió fue la solicitud de asistencia económica, como de otro tipo, en forma inmediata. Pero la ejecución de los fondos no llegó a las jurisdicciones durante 2008-2009. Esto dio lugar a diferentes situaciones: provincias que llevaron adelante el ordenamiento con recursos propios, provincias que avanzaron en parte con sus recursos esperando la asistencia, provincias que no realizaron ninguna tarea hasta no recibir asistencia” (JULIÁ, 2010:176).

Las autoridades de aplicación, según el art. 13, son las encargadas de otorgar la autorización requerida a los fines de la realización de todo desmonte o manejo sostenible de bosque nativo (obligación de ejecución inmediata, permanente, positiva de hacer). A esos fines, deberán someter el pedido de autorización a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental (art. 22).

La ley prohíbe expresamente en el art. 15 “la quema a cielo abierto de los residuos derivados de desmontes o aprovechamiento sostenible de bosques” (obligación de ejecución inmediata, permanente, negativa, y de no hacer).

También son posibles de obligaciones las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Éstas, cuando soliciten autorización para realizar manejo sostenible de bosques nativos deberán sujetar su actividad a un Plan de Manejo Sostenible de Bosques Nativos (Cat. II y III) o a un Plan de Aprovechamiento del Cambio de Uso del Suelo, cuando soliciten autorización para realizar desmontes de bosques nativos de la Cat. III, dependiendo de la categoría de conservación del bosque nativo en el que pretendan llevar a cabo su actividad.

La ley determina en su art. 29 que las sanciones al incumplimiento de la ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder, serán las fijadas en cada una de las jurisdicciones. En caso de que éstas no cuenten con un régimen de sanciones aplicarán supletoriamente sanciones de apercibimiento; multa; suspensión o revocación de las autorizaciones, que corresponden a la jurisdicción nacional. Estas sanciones serán aplicables previo sumario sustanciado en la jurisdicción en donde se realizó la infracción y se regirán por las normas de procedimiento administrativo que corresponda.

*Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para control de actividades de quema N° 26562*

En esta Ley, las autoridades competentes están obligadas a establecer condiciones y requisitos para autorizar la realización de las quemas, contemplando a esos fines parámetros climáticos, estacionales, regionales, de preservación del suelo, flora y fauna, así como requisitos técnicos para prevenir el riesgo de propagación del fuego y resguardar la salud y seguridad públicas. También, deberán notificar fehacientemente a las autoridades de la jurisdicción lindante cuando la autorización de quema se otorgue para un fundo lindero con otra jurisdicción. Para los casos en que lo estimen pertinente, establecerán zonas de prohibición de quemas (art. 4).

Por su parte, toda persona tiene prohibido realizar en el territorio nacional toda actividad de quema que no cuente con la debida autorización expedida por la autoridad local competente (art. 3 obligación de ejecución diferida condicional).

El art. 7 determina que el régimen de sanciones será establecido por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y hasta tanto sea sancionado, aplicarán supletoriamente sanciones consistentes en apercibimiento, multa, suspensión o revocación de otras autorizaciones de quema; las que se graduarán de acuerdo con la naturaleza de la infracción y el daño ocasionado, y previa instrucción sumaria que asegure el derecho de defensa.

*Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los Glaciares y del ambiente Periglacial Ley N° 26639*

Toda persona tiene prohibido, de acuerdo al art. 6, realizar actividades en los glaciares que puedan afectar su condición natural o sus funciones, o que impliquen su destrucción, traslado o interfieran en su avance. Las actividades que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica (según corresponda conforme a su escala de intervención), en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana. Se exceptúan de dicho requisito las actividades de rescate, científicas, y deportivas previstas en el art. 7.

El art. 10 de la presente ley instituye como sujeto obligado a la autoridad nacional de aplicación otorgándole las siguientes funciones: formular las acciones conducentes a la conservación y protección de los glaciares y del ambiente periglacial, en forma coordinada con las autoridades competentes de las provincias, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), y con los ministerios del Poder Ejecutivo nacional en el ámbito de sus respectivas competencias; aportar a la formulación de una política referente al cambio climático acorde al objetivo de preservación de los glaciares y el ambiente periglacial, tanto en la órbita nacional, como en el marco de los acuerdos internacionales sobre cambio climático; coordinar la realización y actualización del Inventario Nacional de Glaciares, a través del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA); elaborar un informe periódico sobre el estado de los glaciares y el ambiente periglacial existentes en el territorio argentino, así como los proyectos o actividades que se realicen sobre glaciares y el ambiente periglacial o sus zonas de influencia, el que será remitido al Congreso de la Nación; asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en los programas de monitoreo, fiscalización y protección de glaciares; crear programas de promoción e incentivo a la investigación; desarrollar campañas de educación e información ambiental conforme los objetivos de la presente ley; e incluir los principales resultados del Inventario Nacional de Glaciares y sus actualizaciones en las comunicaciones nacionales destinadas a informar a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Cada una de las jurisdicciones conforme el poder de policía que les corresponde, dictará las sanciones al incumplimiento de la ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder.

Las jurisdicciones que no cuenten con un régimen de sanciones aplicarán supletoriamente las sanciones que corresponden a la jurisdicción nacional (apercibimiento; multa; suspensión o revocación de las autorizaciones; y cese definitivo de la actividad), previo sumario sustanciado en la jurisdicción en donde se realizó la infracción. Estas sanciones se graduarán de acuerdo a la naturaleza de la infracción y se regirán por las normas de procedimiento administrativo que corresponda (art. 11).

Además, la normativa dispone en su art. 13 que cuando el infractor fuere una persona jurídica, los que tengan a su cargo la dirección, administración o gerencia, serán solidariamente responsables de las sanciones.



*Sistema Federal de Manejo del Fuego Ley N° 26815*

Esta Ley de presupuestos mínimos requiere, a los fines de su aplicación, de la actuación de distintos sujetos cuyas obligaciones se encuentran detalladas en el articulado de la misma y se describen a continuación:

Autoridad nacional de aplicación es quien articulará, en el ámbito del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA), la implementación de políticas preventivas, el apoyo a las estrategias de manejo del fuego, el alerta anticipada y el combate rápido y eficaz de los incendios, a efectos de hacer posible mantener los ecosistemas y sus procesos con una gestión integral (art. 8).

Las jurisdicciones locales, según lo dispuesto por el art. 12, tienen, entre otras obligaciones, la de determinar la Autoridad Competente en la aplicación de la ley, designar un responsable de la Autoridad Competente ante el Sistema Federal de Manejo del Fuego, elaborar un Plan Jurisdiccional de Manejo del Fuego, designar el o los Jefes de Incendios, implementar localmente el Sistema Nacional de Alerta Temprana y Evaluación de Peligro de Incendios, mantener informada a la población sobre el estado de la situación y las conductas de seguridad a adoptar, y promover la investigación de las causas de los incendios.

El Jefe de Incendio (arts. 12 y 13) tiene el mando de los medios asignados, jurisdiccionales y regionales, y la responsabilidad de la coordinación de las acciones dirigidas a controlar y extinguir el incendio.

Los particulares en el caso de tener conocimiento acerca de la producción de algún incendio alcanzado por la ley están obligados a formular de inmediato la denuncia ante la autoridad más cercana (art. 16). Asimismo, deberán extremar el cuidado de los recursos naturales en la realización de usos o actividades con fuego, respetando las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa vigente (art. 17). Toda persona debe permitir la realización o despliegue en sus terrenos de la infraestructura de prevención y combate cuando la autoridad competente lo determine y efectuar los demás trabajos preventivos que se determinen necesarios (arts. 18, 19 y 21).

Con respecto al régimen de responsabilidad, el art. 22 remite a la Ley General de Ambiente (arts. 27 y 28 de la ley 25675) en cuanto a que el responsable del daño ambiental que produzca un incendio tendrá la obligación de recomponer y adoptar las medidas de reparación que,

en cada caso, resulten necesarias para la recuperación de las áreas incendiadas.

Las sanciones al incumplimiento de la ley y de la normativa complementaria, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieran corresponder, serán las que se fijen en cada una de las jurisdicciones conforme al poder de policía que les corresponde. Las jurisdicciones que no cuenten con un régimen de sanciones aplicarán supletoriamente las sanciones que corresponden a la jurisdicción nacional (apercibimiento, multas, clausura del establecimiento, pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios) previo procedimiento sumario.

## **Reflexiones finales**

Debemos pensar y reflexionar en las situaciones objeto de análisis y la responsabilidad ambiental, donde los hechos, los actores y el derecho conforman un entramado que es necesario dilucidar.

El derecho ambiental tiene particularidades que lo diferencian de otras ramas, son obligaciones que surgen de la complejidad de las situaciones que regula, las nuevas responsabilidades que asigna a quienes ocasionan daños o incumplen obligaciones propias del derecho reconocido.

El impacto que la problemática ambiental ha producido en el sistema jurídico, político e institucional argentino se sigue observando, describiendo y debatiendo en la doctrina y aplicando en la jurisprudencia.

No solo la responsabilidad ha cambiado sino también el rol de los operadores jurídicos que tienen que trabajar vinculados a la misma.

Para el presente trabajo hemos profundizado en la Constitución y las leyes de presupuestos mínimos como marco normativo central en el reconocimiento del derecho al ambiente con su amplio contenido y las obligaciones y responsabilidades que surgen a partir de su implementación y el desarrollo en el sistema.

El cambio operado por la incorporación del nuevo material normativo en el sistema, se puede observar como un proceso en curso donde a partir de la implementación de las políticas, normas, instrumentos en la realidad territorial que van generando nuevas obligaciones y responsabilidades acordes a la amplitud de contenidos y problemáticas como derechos reconocidos.

## Bibliografía

- BEC, Eugenia y FRANCO, Horacio J. (2005) “Comentarios a la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos para la Gestión integral de Residuos Domiciliarios 25916 (LRD)”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 1, Lexis-Nexis.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1994) *Responsabilidad civil por daño ambiental*, La Ley, Buenos Aires.
- CAFFERATTA, N. (2007) “Panorama actual del Derecho Ambiental”, en Cassari, NGA y Luna, D.G (coord.) *Cuestiones actuales de Derecho Ambiental*.
- CASBENE DE LUNA, S. (2005) “Ambiente y Desarrollo en la Constitución de 1994”, *Revista Derecho Ambiental*, oct-dic-N°4, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- CORIA, S. (2005) “La importancia de los principios rectores en el derecho ambiental”, *Revista Derecho Ambiental*, ab-jun. Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- DEVIA, Leila (1998) “Legislación Ambiental de la República Argentina”, en DEVIA Leila *et al.*, *Mercosur y medio ambiente*, 2ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- Diccionario, [http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario\\_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf](http://judicialdelnoa.com.ar/diccionario_juridico/DICCIONARIO%20JURIDICO.pdf)
- DUGO en PNUMA (2000) *Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la justicia ambiental en América Latina*.
- FARN (2003) *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental. Recomendaciones para su reglamentación*, Buenos Aires.
- GARRE, Diego M. (2005) *Presupuestos mínimos de Protección Ambiental*. Facultad de Derecho. Universidad Abierta Interamericana. Accesible en el siguiente enlace web: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC063772.pdf>
- HUTCHINSON (1999), “Responsabilidad pública ambiental”, en obra colectiva *Daño ambiental*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- JULIÁ, Marta Susana (2010) *La ley de protección del bosque nativo en Argentina*.
- JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M. (2014) *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España.
- KISS (1981) “L'état du droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions”, *Journal de droit international*.
- NONNA, Silvia (2004) “Principios de reglamentación de las Leyes de Presupuestos Mínimos del Ambiente”, en Cafferatta Néstor A. (Dir.) *Revista de Derecho Ambiental N°0*, Lexis-Nexis, Instituto El Derecho por un Planeta Verde. Argentina.

- RODRÍGUEZ, C.A. (2005) “El derecho ambiental y el artículo 41 de la CN”. *Revista Derecho Ambiental*, julio/sep, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M. (2004) “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, 1ª ed., La Ley, Bs. As.
- VALLS, Mario F. (2012) *Presupuestos Mínimos Ambientales*, Astrea.
- VÁSQUEZ GARCÍA, A. (2007) “La responsabilidad por daño al ambiente”, *Revista derecho ambiental n°9*, ene-mar, Lexis-Nexis, Buenos Aires.

**RESPONSABILIDAD DE LAS PROVINCIAS POR DAÑO  
AMBIENTAL TRANSFRONTERIZO:  
NUEVAS TENDENCIAS\***

***RESPONSIBILITY OF THE PROVINCES FOR  
TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL DAMAGE  
NEW TENDENCIES***

Marta Susana SARTORI\*\*

**Resumen:** El presente trabajo analiza la normativa general y particular más relevante sobre el tópico y la evolución que ha tenido, recordando que, en el estadio actual, en base a una norma general de derecho, los Estados son responsables internacionalmente por el daño ambiental transfronterizo que provocan. Como el daño ambiental no reconoce fronteras, se estudia qué ocurre puertas adentro de un Estado, en particular un Estado Federal como es Argentina en relación a la acción de las provincias, buscando determinar si es aplicable a nivel interno el mismo o similar tipo de responsabilidad por daño transfronterizo que se reconoce en el derecho internacional.

**Palabras-clave:** Daño ambiental - Responsabilidad internacional - Responsabilidad interprovincial.

**Abstract:** This paper analyzes the general and particular rules on the topic and the evolution that they has had, coming to the conclusion that, at this stage, based on a general rule of law, States are internationally responsible/liable for transboundary environmental damage caused. As environmental damage recognizes no

---

\* Trabajo recibido el 15 de diciembre de 2015 y aprobado para su publicación el 2 de marzo de 2016.

\*\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, UNC, Argentina). Magister en Derecho Internacional Público (UNC). Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración y del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

<sup>1</sup> CN art. 124: “*Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra*”

borders, it is considered what happens behind closed doors of a State, including a federal state such as Argentina in relation to the action of the provinces, seeking to determine if it is possible apply internally the same international responsibility for trans-boundary harm caused by one or more other provinces.

**Keywords:** Transboundary environmental damage - International responsibility/liability -Interprovincial responsibility/liability.

**Sumario:** I. Introducción. II. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1987. III. Responsabilidad por daño ambiental transfronterizo entre provincias. IV. Evolución de la normativa aplicable. V. Síntesis. VI. Corolario.

## I. Introducción

A partir de la problemática suscitada entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el aprovechamiento del río Atuel, que se inicia en 1947, y que al día de la fecha aún no está resuelta, una importante referencia a distinta normativa aplicada y por aplicarse fue desarrollándose, generándose la hipótesis de la responsabilidad entre provincias, incluida en la idea de nuevas tendencias.

El litigio llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien resuelve su competencia originaria en base a los artículos 117 y 124<sup>1</sup> de la Constitucional Nacional, y así, en un orden que permite sistematizar la legislación reguladora aplicada, aplicable y aun referida. Figuran básicamente las constituciones provinciales, importante jurisprudencia de derecho comparado citada, normativa medioambiental, aspectos reguladores de responsabilidad, de derecho internacional público, leyes medioambientales nacional y provinciales, los principales principios generales de derecho y de derecho internacional de protección del medio ambiente, dotando a este caso de un interés particular al confluir en su tratamiento nor-

---

*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”.*

CN art. 117: *“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”.*

mativa tan variada y de carácter tanto internacional como nacional, por cuanto el daño ambiental no conoce fronteras<sup>2-3</sup>.

Comentados brevemente los hechos en la referencia al pie, destacamos que la defensa de Mendoza en ese momento se basa en normativa de Derecho internacional público al hacer uso a modo de principal argumento que la institución de Sucesión de Estados, afirmando que La Pam-

---

<sup>2</sup> Hechos: la provincia de La Pampa demanda a la provincia de Mendoza para 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. Gestiones realizadas con anterioridad para recuperar el recurso disponían sueltas periódicas de agua hacia el territorio pampeano, las que pese a permanentes reclamos nunca se cumplieron, afectando a La Pampa. El dique El Nihuil, embalse localizado en el Departamento San Rafael, en el sur de Mendoza y con aguas del río Atuel, se destina a regadío y generación de electricidad. Este dique y las consecuencias de su construcción, generaron un retraimiento demográfico y económico en La Pampa. Mendoza ha abusado de su derecho, utilizando en forma irracional y deficiente las aguas del río Atuel, y nunca ha respetado los principios de buena fe, que hacen a las buenas costumbres entre los vecinos. La defensa de Mendoza se fundamenta en la Ley Nacional 12650 de 1940, que autoriza la construcción del dique El Nihuil mediante el convenio celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Mendoza. En 1941, se firma el Convenio aludido en que se establece que el dique El Nihuil se construye en beneficio de las concesiones empadronadas sobre el río Atuel, como también de una eventual ampliación de las áreas de riego, y de la generación de energía hidroeléctrica. En 1941, la provincia de Mendoza aprueba dicho convenio mediante Ley 1427. En 1945 el Poder Ejecutivo Nacional dicta el Decreto-Acuerdo N° 6767 que atribuye a la Nación la facultad de regular el uso de las corrientes o cursos de aguas que corren o atraviesan a dos o más provincias, a través de la Administración Nacional del Agua. Este decreto fue ratificado por la Ley Nacional N° 13030 de 1947. En 1949, el Consejo de Administración de la Dirección Nacional de Aguas y Energía Eléctrica dicta la Resolución N° 50 por la que dispone se efectúen tres sueltas de aguas del río Atuel, cada año, fundándose en el Decreto 6767/45. Ese mismo año la única autoridad constitucional de Mendoza con competencia para entender en las cuestiones de riego, el Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación, rechaza el cumplimiento de la Resolución 50 y sostiene el carácter de bien del dominio y jurisdicción exclusiva mendocina provincial del río Atuel mediante la Resolución N° 695/49. Estos dos últimos instrumentos han sido considerados inconstitucionales por el gobierno de La Pampa. V. AGRADANO DE LLANOS, María E. *La supuesta existencia de la cuenca del río Desaguadero* (file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/587-2197-1-PB.pdf).

<sup>3</sup> Federico Gastón THEA, “Responsabilidad de las Provincias por daño ambiental transfronterizo”, *Lecciones y Ensayos*, año 2006, ID Infojus DACF090041, trabajo cuyos lineamientos hemos tomado como base de nuestros aportes ([http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf090041-thea-responsabilidad\\_las\\_provincias\\_por.htm](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf090041-thea-responsabilidad_las_provincias_por.htm)).

pa se constituye sobre la base de lo que entonces era un territorio nacional del cual era una circunscripción administrativa del Estado Federal titular por entonces de ese dominio, el que podía disponer del río como lo hizo y al adquirir La Pampa su estado de provincia toma su territorio y sus recursos en las condiciones y estado del año de su provincialización – 1951–, por lo que decididamente estaba subordinada a las condiciones preexistentes señaladas. Mendoza también hace referencia al acuerdo celebrado con el gobierno nacional –Ley 12650 por el cual la Nación reconoció el Atuel como de río Mendoza sin reclamo alguno para La Pampa. Argumenta Mendoza que se ha dado en esta situación un caso de sucesión de estados: “si bien es propio del Derecho Internacional Público, contiene elementos que totalmente aplicables cuando dentro de un estado federal se forma una provincia sujeta hasta ese momento al estado federal, por lo que no podía pretender mejores derechos que los del estado federal al que perteneció su territorio hasta ese momento”<sup>4</sup>.

## II. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1987<sup>5</sup>

En 1987 la Corte Suprema falla a favor de La Pampa estableciendo el carácter “de interprovincial” del río Atuel. En consecuencia las partes

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> CSJN La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos. L. 195. XVIII. 03/12/1987.T. 310 P. 2478 (<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2097>) “(...) (E)s admisible que se recurra a la sabiduría que atesoran el derecho comparado, el derecho internacional público –que ambas partes han aducido en esta causa– y la legislación dictada por el Congreso Nacional. Dentro del derecho comparado ocupa por razones históricas un lugar destacado, aquel emanado de los Estados Unidos de América, cuya Constitución ha inspirado la nuestra. Pero debe enfáticamente señalarse que este recurso a la sabiduría jurídica no implica la aplicación analógica ni supletoria de normas, sino que aquel se integra a través de la razón, el conocimiento y los demás factores señalados en el párrafo anterior”. “El art. 109 de la Constitución Nacional que crea este peculiar y precioso sistema para ‘ajustar, fenecer, componer’ controversias entre provincias, asegurando así la paz interior; tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. La toma Alberdi de la constitución de Mora



debían negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos de sus aguas. Reconoció a Mendoza derecho a retener en su jurisdicción el caudal de agua suficiente para regar 75.000 hectáreas.

Basa su decisión en jurisprudencia norteamericana referida al tema, de la que hace extensa reseña encontrando base para reafirmar la competencia del gobierno federal, sostiene que 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 podrían ser objeto de disposición o concesión si contemplaban el interés del futuro estado provincial (sometido por entonces a la dependencia de la autoridad nacional).

Reconoce 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 resultó la Ley Nacional 12650 no tuvieron en cuenta que el río Atuel conformaba un recurso com-

---

*Granade y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leve variante en un término. Los miembros de este tribunal cabe que se sientan honrados especialmente al cumplir con esta función no judicial que se les confió. Perfecto Araya observó que uno de los principales motivos de la institución de la Corte Suprema fue el de consolidar la paz interior de las provincias, sometiendo al fallo tranquilo de la soberanía nacional las contiendas que aquellas antes entregaban a la suerte de las propias armas, costeadas y sostenidas con el dinero y la sangre de los pueblos, promovidas a cada instante en una vida inacabable de resuelta por los industriales del militarismo y de la política, que aspiraban a ejercer un mayor poder en esa forma para explotarlo en provecho de su rango, fortuna y vanagloria, porque en esa época de guerra, de injusticia y constante desorden, era ese el medio de llegar a donde normal y equitativamente lleva en un país democrático el sufragio triunfante, emitido en el hermoso campo de las elecciones libres y pacíficas (...). “(...) (S)egún Montes de Oca las relaciones interprovinciales están regladas por una norma invariable de gobierno. Las provincias no pueden celebrar tratados entre sí, si no es acerca de los objetivos netos y explícitos determinados en la constitución. En cuanto a sus diferencias políticas, lo hemos dicho ya, las provincias no tienen personería para discutir las por su propia autoridad, en consecuencia sus cuestiones deben ser sometidas al gobierno federal, deben ser sometidas a alguna autoridad superior que prevenga las conflagraciones armadas, y esa autoridad no puede ser otra que la Corte Suprema (...). El art. 109 es fruto de nuestros antecedentes (...) la facultad dada a la Corte de dirimir los conflictos de las provincias entre sí es una garantía de paz, cuya eficacia ha podido demostrarse después de nuestra organización (...)”. “(S)obre la jurisdicción dirimente dijo Joaquín V. González que ‘su adjudicación a la Suprema Corte está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre ellas, desde que ninguna puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas’ “.*

partido entre la provincia de Mendoza y, en ese momento, el gobierno federal, como autoridad del territorio de La Pampa.

Asimismo, el máximo tribunal señaló 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 Nacional un carácter diverso al de otras situaciones en que participan las provincias, considerando que en estos casos será aplicable al litigio el Derecho Constitucional Nacional o Comparado y el Derecho Internacional Público.

Señala además que el principio del aprovechamiento equitativo ha recibido consagración en el Derecho Internacional y que se ha convertido en una norma de Derecho Consuetudinario, que significa el derecho de los estados a una participación razonable y equitativa en los usos y beneficios de las aguas del curso de aguas internacionales, apelando a los principios mencionados en la reunión de la International Law Association celebrado en Dubrovnik, Yugoslavia, en 1956.

Menciona las reglas de Helsinki<sup>6</sup> que señalan: “A un Estado de la cuenca no se le puede negar, con el fin de reservar el aprovechamiento

---

<sup>6</sup> Fallo. 103) (...) (Que el principio del aprovechamiento equitativo, originado por la Corte Norteamericana, ha recibido consagración en el derecho internacional donde se la reconoce como una doctrina idónea para resolver conflictos de esta naturaleza al punto que, para muchos autores, se ha convertido en una norma de derecho consuetudinario. Es procedente, por lo tanto, estudiar los alcances de su aplicación en ese ámbito al que ambas partes han acudido como fuente alternativa para la decisión de este litigio”. “104) (...) (Que distintas teorías han sido utilizadas a ese fin. Julio A. Barberis recuerda en su obra sobre recursos naturales compartidos, cómo las posiciones extremas que suponen la tesis de Harmon, con la que los Estados Unidos pretendieron legitimar su utilización de las aguas del Río Grande frente al reclamo del gobierno mejicano, o la de la integridad territorial absoluta, han cedido paso frente a otras concepciones, menos estrictas, en las que gravitan las necesidades crecientes del eficaz aprovechamiento hidroeléctrico o el desarrollo de los sistemas de riego (Julio A. BARBERIS, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979). Es por tales razones que se ha procurado encontrar soluciones apropiadas a ese objeto, a veces inspiradas en remisiones e institutos del derecho privado, o principios generales del derecho, mediante las cuales se ha pretendido reglamentar la utilización de aguas interjurisdiccionales”. “Estas teorías partían del reconocimiento objetivo de que entre los Estados ribereños se configura una dependencia física permanente como sostuvo la resolución del Instituto de Derecho Internacional dictada en la reunión celebrada en Madrid en 1911 y merecieron recepción en la jurisprudencia internacional. En el caso relacionado con el Río Oder –que recuerda la actora en su alegato–

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”.

Es profusa la mención a jurisprudencia internacional, concluyendo “*que los razonamientos precedentes llevan al Tribunal a la convicción 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*

---

*la Corte Internacional de Justicia sostuvo que existe entre los Estados una “comunidad de intereses”. Esta circunstancia se da especialmente en el caso donde las partes son estados provinciales integrantes de una federación, y por ello sin derecho de secesión”. “106) (...) (Y) recordando que en el caso se está ante un conflicto entre dos provincias de un mismo estado nacional, corresponde hacer referencia a algunas reglas generales en la materia que, fundamentalmente, se inspiran en el principio sustancia de derecho que impide a un Estado miembro de la comunidad internacional dañar a otro. Todo perjuicio importante que se traduzca en una disminución sensible del volumen o la calidad de las aguas debe ser evitado, toda obra o proyecto que llegara a afectarlas tiene que ser puesta en conocimiento del Estado o los Estados respectivos y su uso debe ser equitativo y razonable. Este último principio no supone –ha dicho la Corte Internacional de Justicia: ‘una cuestión de aplicación de la equidad simplemente como una cuestión de justicia abstracta, sino de aplicación de una regla de derecho que prescribe la adopción de principios de equidad’”. (Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre delimitación de la plataforma continental planteado entre Alemania, por un lado y Holanda y Dinamarca, por el otro, RECUEIL, 1969, 46/47). Estos principios se consagraron en numerosos acuerdos internacionales y parecen acordes con la postura que nuestro país ha adoptado en sus relaciones internacionales y destacado en los informes del Ministerio de Relaciones Exteriores citados por la parte actora en su alegato”. “107)(...) (Q)ue la determinación de lo que constituye un uso “equitativo y razonable” supone considerar una serie de circunstancias propias de cada caso y no es susceptible de una definición conceptual absoluta sino que se asienta en una serie de principios de carácter general”. “108) Que uno de los primeros intentos de formular principios generales sobre el tema fue considerado en la reunión de la International Law Association celebrada en Dubrovnik, Yugoslavia, en 1956”. “112) Que como es fácil advertir, las reglas de Helsinki han recogido los principios generales mencionados precedentemente, por lo que adquiere importancia hacer referencia a alguno de los comentarios que como conclusiones de su trabajo efectúa Jerome LIPPER (...) allí reitera que la utilización equitativa no supone una división igualitaria de las aguas sino que apunta al derecho que tiene cada Estado ribereño a compartirlas sobre la base de sus necesidades económicas y sociales, conforme a los derechos correspondientes de los corribereños y excluyendo la consideración de factores no relacionados a tales necesidades (...)”.*

*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. Ese derecho a una participación equitativa y razonable en el uso de un curso de agua impide que la anterioridad en la utilización confiera al Estado un uso prioritario, un derecho inmovible, agregando que estos principios aplicables por directa analogía a los cursos de agua interprovinciales, deben ser confrontados con las características que presente en concreto el caso sub examine, sin excluir sus circunstancias procesales”.*

Tal como lo señaláramos, finalmente la Corte declaró<sup>7</sup> que el río Atuel es interprovincial, que el acuerdo de 1941 no tiene efecto vinculante para La Pampa. Rechazó la acción posesoria promovida por La Pampa y resolvió 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 a la superficie, y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

---

<sup>7</sup> “117) de lo expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones: 1º) la cuenca hidrográfica del Atuel tiene carácter interprovincial., 2º) los tratados celebrados por la Nación, en tiempos en que La Pampa era territorio nacional y que resultan perjudiciales a los intereses del actual estado provincial no le son oponibles, 3º) el cabal reconocimiento de los derechos de La Pampa resulta de una excesiva onerosidad en relación al beneficio que significaría para ella. Por ello debe reconocerse su pretensión en una medida que armonice la totalidad de intereses en juego, máxime que esta Corte no está resolviendo por vía de la presente un pleito judicial, sino una queja interprovincial, para cuya solución debe atender prioritariamente a los intereses de los estados comprometidos y de sus comunidades, en el marco de la unión nacional (...). Por ello esta Corte dirime la presente queja interprovincial art. 109 de la Constitución Nacional en los siguientes términos: la cuenca hidrográfica del Atuel que se extiende por territorio de las provincias de Mendoza y La Pampa tiene carácter interprovincial, la Provincia de Mendoza deberá realizar las obras necesarias para mejorar la eficiencia de su red de riego (...) y permitirá el paso de 100 hm<sup>3</sup> anuales hacia el territorio de La Pampa, insta a las partes a crear un ente administrativo común a efectos del mejor cumplimiento de lo resuelto y para encarar las obras que en futuro sean de su interés”.

### III. Responsabilidad por daño ambiental transfronterizo entre provincias

Desarrollados los aspectos puntuales y fundamentales de este recurso natural compartido –tal como ha quedado establecido por la Suprema Corte–, cabe considerar ahora si es posible aplicar criterios de responsabilidad por daño ambiental transfronterizo a una provincia, en detrimento de otra u otras.

El art. 21 de la Declaración de Estocolmo consagra la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de la jurisdicción o bajo el control de un estado no perjudiquen al medio de otras o de zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional, aspecto a desarrollar más adelante.

El Dr. Fayt en su voto disidente al fallo ya comentado 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.

Si bien, el fallo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la interprovincialidad del río e instó a las partes a que regularan los usos comunes, no puso fin al problema.

Intentar concretar dicha regulación de manera conjunta conllevó a arduas gestiones que de acuerdo a los distintos gobiernos dieron mayor o menor trascendencia al problema del río Atuel, el que continuó por la imposibilidad de concretar esta regulación.

Los argumentos pampeanos tomaron mayor fuerza a partir de la reforma constitucional del año 1994 que receptó los derechos colectivos tales como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, dándole legitimidad a los ciudadanos para defenderlo, incluso con la vista puesta en las generaciones futuras (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 41 CN: “*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protec-*”

La Ley General del Ambiente<sup>9</sup> brinda un marco normativo con mayor operatividad, que da cabida a los reclamos pampeanos porque ese daño ambiental no sólo está causando perjuicios a la flora, fauna, sino también al hombre, al perjudicarlo de manera fundamental, generando desarraigo dado el daño marcado y comprobable, especialmente en la zona Oeste de la provincia.

Ello ha significado nuevos reclamos. Esta situación de daño ha sido perfectamente comprobada por un estudio de caudal mínimo fluvioeco-

---

*ción de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarla, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos". Art. 43 CN: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio".*

<sup>9</sup> Ley 25675: Presupuestos mínimos 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. Principios de la política ambiental. Presupuesto mínimo. Competencia judicial. Instrumentos de política y gestión. Ordenamiento ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Educación e información. Participación ciudadana. Seguro ambiental y fondo de restauración. Sistema Federal Ambiental. Ratificación de acuerdos federales. Autogestión. Daño ambiental. Fondo de Compensación Ambiental.

lógico en el que se determinó la cantidad de agua necesaria que debía correr por el cauce del río para garantizar la subsistencia de las especies de flora, fauna y el desarrollo del hombre en lo social, cultural y económico.

Por el incumplimiento de parte de Mendoza de los convenios de 1989 y 1992, el Convenio Marco de 2008 impulsado por Presidencia de la Nación intentó reactivar el entendimiento interprovincial entre 2012 y 2013, siendo desestimado el Convenio por la Legislatura de Mendoza, lo que motivó que en 2014 La Pampa presentara nueva demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitando se declare el incumplimiento de Mendoza al fallo de 1987, pidiendo también en esta ocasión el cese del daño ambiental.

Los argumentos señalados en esta nueva demanda y que destacamos están basados en legislación internacional que considera al agua como derecho humano, citando documentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Foro Mundial del Agua, el Programa Hidrológico Internacional entre otros; instrumentos nacionales la Constitución Nacional y de la provincia de La Pampa, el Código Civil Argentino, las Leyes 25675 de Ambiente y la 25688 de Gestión Ambiental del Agua, definiendo la problemática como una violación de los derechos humanos y un deterioro ambiental significativo.

En uno de los puntos requiere a la Corte que declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los anteriores incumplimientos y se ordene el cese y su recomposición, y fije un caudal ambiental de ingreso de agua teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre provincias y los derechos que le corresponden a La Pampa sobre sus recursos naturales.

Aquí sí, hay un concreto y expreso pedido de sanción —que lo relacionamos con la responsabilidad por incumplimiento— porque solicita se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la provincia de Mendoza basados en prueba documental elaborada por la Universidad Nacional de La Pampa y otros perjuicios que se produzcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.

En octubre 21 de 2014 la Corte aceptó y declaró que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y corrió traslado de la demanda a la provincia de

Mendoza para que en sesenta días compareciera a tomar intervención en la causa<sup>10</sup>.

Interesa destacar que, además de la responsabilidad de Mendoza, cita como tercero al Estado Nacional al que le reclama su responsabilidad histórica en la negligente administración del complejo Los Nihuales y, en consecuencia, también lo hace parte del reclamo de reparar y recomponer los daños causados. Por tal motivo la Corte corrió traslado a la provincia de Mendoza para que le responda en un plazo de 60 días, pero también citó al Estado Nacional para que dentro de ese mismo plazo comparezca a tomar en la causa la intervención que pudiera corresponderle<sup>11</sup>.

En agosto de 2015 la provincia de Mendoza contestó la demanda<sup>12</sup> con los siguientes argumentos: la no acreditación del daño, la aceptación del *status* de río interjurisdiccional con pertenencia a ambas provincias, con derecho dispuesto por ley de regar hasta 75.000 hectáreas y luego compartir con La Pampa usos futuros. Señala también que actualmente no alcanza a regar 50.000 hectáreas por falta de agua, que Mendoza no retiene agua sino que el caudal que llega al Atuel es cada vez menor, recostándose en la crisis hídrica por los bajos registros níveos de la cordillera. Agrega que también provee de agua potable a la población pampeana de Santa Isabel proveniente de una vertiente de agua mineral del Atuel y que tampoco La Pampa hizo obras de cuidado y tecnificación de riego en el norte donde llega el agua del Atuel.

---

<sup>10</sup> La demanda presentada por La Pampa en mayo de 2014 consta de 400 páginas, más anexos con más de 10.000 fojas.

<sup>11</sup> A la fecha de presentación de la demanda, se consideró que si la misma conlleva un ritmo normal se podría esperar la sentencia entre el año 2016 y 2017; asimismo, al solicitar sea citado el Estado Nacional, éste tendría que participar no como demandado sino para hacerse cargo del resultado del juicio, porque La Pampa sostiene que a esta situación se llegó por mala administración del Gobierno Nacional de lo que en ese momento era el Territorio Nacional de La Pampa; que si se hubiera actuado en los últimos 20 años estarían solucionadas y concretadas las obras que hubieran permitido el flujo de agua del río Atuel a La Pampa.

<sup>12</sup> La misma consta de 696 páginas y 13 anexos probatorios.



## IV. Evolución de la normativa aplicable

### IV. 1. Disposiciones del Código Civil y Comercial

Interesa destacar las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina<sup>13</sup>.

En su Título Preliminar, Capítulo I. Derecho, Artículo 1<sup>14</sup> establece que “*los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados en los que la República sea parte*”, siendo específica la disposición relativa a la interpretación plasmada en el artículo 2, teniendo en cuenta entre otras, leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, y los principios y valores jurídicos.

Ello significa reconocer fuerza normativa a la Constitución, la que a su vez recepta la defensa del medio ambiente<sup>15</sup>, como también a los tratados internacionales y entre ellos la normativa de Derecho internacional ambiental.

Se desprende asimismo la conjunción de principios receptados en la Constitución, en el Derecho Público y en el Derecho Privado, dando respuesta así a un reclamo planteado por gran mayoría doctrinaria de nuestro país<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Sancionado el 1 de octubre de 2014 entraría en vigencia en el año 2016, no obstante, en Ley 27077, publicada en el *Boletín Oficial* el 19 de diciembre de 2014, se adelantó dicha fecha por lo que el citado Código Unificado rige desde el 1 de agosto de 2015.

<sup>14</sup> Artículo 1: “*Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

<sup>15</sup> Artículo 41 de la CN ya citado.

<sup>16</sup> Así Ricardo LORENZETTI ha expresado que: “*la mayoría de los códigos existentes se basa en una división tajante entre el derecho público y privado. El nuevo código en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este*

El Dr. Cafferatta considera que *“uno de los grandes méritos de este Código Civil y Comercial es la puesta al día de la legislación civil y comercial en nuestro país, lo que implica no sólo una rica actualización de materias obsoletas, sino también el adoptar los criterios más modernos y progresistas de la técnica legislativa del derecho, por lo que es satisfactorio ver que se incluye en el mismo principios y valores jurídicos (de derecho privado y se integran de derecho público)”*<sup>17</sup>.

Destacable es el artículo 2<sup>18</sup> relativo a la interpretación, siendo específica la disposición relativa a la misma teniendo en cuenta entre otras: *“leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos”* haciendo una referencia concreta al derecho ambiental como derecho humano, normativa que a su vez tiene sus propios principios establecidos en los arts. 4 y 5 de la Ley 25675 General del Ambiente<sup>19</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado, al receptor la normativa constitucional que en 1994 reconoció el derecho al ambiente sano y equilibrado y el deber de las autoridades de proveer a la protección del derecho a ese ambiente así calificado y también el uso racional de los recursos naturales, entre ellos el recurso hídrico, por lo que al establecer también que las leyes así reconocidas son de observancia ineludible y que

---

*aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado”, igualmente Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI manifiesta que “ningún artículo debe interpretarse en forma aislada, el Código es un sistema de normas y es muy importante el título Preliminar, que dispone que todas las normas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, por lo tanto ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales”. (NÉSTOR A. CAFFERATTA, Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 , 17/11/2014, pág. 273).*

<sup>17</sup> En artículo ya citado.

<sup>18</sup> CCyC art. 2. *“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. CCyC art. 3. *“Deber de resolver: El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*.

<sup>19</sup> El art. 4 del CCyC consagra los principios precautorio, preventivo, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional, de responsabilidad, entre otros.

en cualquier caso que se ejerzan derechos relacionados sobre los bienes que trata el código, debe respetarse la normativa ambiental.

Cristina del Campo<sup>20</sup> expresa que “*en términos generales en este Código se mantiene el dominio hídrico público ya existente y se amplía a algunos bienes que, desde su entrada en vigor, formaran parte del dominio público, así por ejemplo los glaciares, el ambiente peri glacial y los estuarios pasan al dominio público. Y si bien estrictamente no todos son “nuevos” bienes en dominio público, en algunos casos la novedad va a requerir de la regulación o adaptación de la normativa provincial a fin de adecuarla a la nueva realidad jurídica normativa. Uno de los desafíos más importantes será el de adaptar las regulaciones de agua provinciales al nuevo marco jurídico sustancial que presenta este Código, y en particular en la interpretación y observancia conjunta con ‘lo ambiental’ y los tratados sobre derechos humanos*”.

Otra novedad es que se reconocen nuevas tipologías de aguas –en el Código Civil estaban las aguas públicas y las aguas privadas (en términos generales)–, así en el nuevo código, además de las “aguas públicas-públicas” y las “aguas privadas” están incorporadas las “aguas públicas-privadas” con nueva tipología.

#### *IV. 2. Responsabilidad civil*

Como el nuevo código tiene como fin la protección de la “persona” se ha incluido un capítulo destinado especialmente a los derechos personalísimos, destacándose que la persona es inviolable, protegiéndose su dignidad, el cuerpo y el nombre, entre otros<sup>21</sup>.

Asimismo regula en forma expresa la doble función de la responsabilidad civil que deja de ser sólo resarcitoria para ser también preventiva.

---

<sup>20</sup> Cristina DEL CAMPO, *Informe COHIFE Nuevo Código Civil y Comercial Unificado -2014- Las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado* (<http://www.cohife.org/advf/documentos/2015/10/562fd60c443cd.pdf>).

<sup>21</sup> Incorporación del principio *alterum non laedere*.

Este aspecto interesa por cuanto establece la prevención como deber, señala que toda persona tiene el deber de prevenir el daño, y en cierto modo, esa posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control.

En consecuencia, incorpora el deber de prevenir todo daño en cuanto de la persona dependa, y de la adopción de medidas de buena fe para evitar el perjuicio, siendo solo necesario acreditar un “interés razonable” en la prevención.

La función resarcitoria es la consecuencia del deber de reparar un daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación, y lo destacable es que señala que el objeto del daño puede ser tanto la persona, como el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, tal como el que se causa al medio ambiente.

#### *IV.3 Normativa Provincial específica de las provincias involucradas*

##### *Provincia de Mendoza*

La provincia de Mendoza promulgó el 11 de diciembre de 1992 y publicó el 25 de febrero de 1993 la Ley 5961 relativa a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Esta ley fue anterior a la reforma de la Constitución Nacional, siendo posteriormente revisada en el año 2002.

Su objeto y ámbito de aplicación están definidos en el artículo 1 que establece: *la presente ley tiene por objeto la preservación del ambiente en todo el territorio de la provincia de Mendoza, a los fines de resguardar el equilibrio ecológico y el desarrollo sustentable, siendo sus normas de orden público.*

Asimismo declara de interés provincial a las acciones y actividades destinadas a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento de los ambientes urbanos, agropecuarios y naturales y todos sus elementos constitutivos comprendiendo esto último, entre otros, a la utilización racional del suelo, atmósfera, agua, flora, fauna, gea, paisaje, fuentes energéticas y demás recursos naturales en función de los valores del ambiente; la creación, protección, defensa y mantenimiento de áreas tales como cuencas hídricas protegidas y/o cualquier otro espacio que conte-

niendo suelos y/o masas de agua con flora y fauna nativas, seminativas o exóticas y/o estructuras geológicas, merezca ser sujeto a un régimen de especial gestión y administración; al control, reducción o eliminación de factores, procesos, actividades o componentes del medio que ocasionen o puedan ocasionar perjuicios al ambiente, a la vida del hombre y a los demás seres vivos.

Contiene una serie de definiciones técnicas, normativa de política y planificación ambiental, orgánica, etc., siendo el Título IV De la defensa jurisdiccional del ambiente el que ofrece un aspecto especialmente enriquecedor por cuanto se refiere e incluye a los intereses difusos y derechos colectivos, estableciendo acciones concretas en caso que los mismos sean lesionados, privados, perturbados o amenazados en su goce<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Art.16: *La presente ley se aplicará para la defensa jurisdiccional: a) de los intereses difusos y los derechos colectivos, brindando protección a esos fines al medio ambiente, a la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos, b) de cualquier otros bienes que respondan en forma idéntica a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.* Art. 17. *Cuando por causa de hechos u omisiones se genere lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de intereses difusos y derechos colectivos que produzca o pueda producir desequilibrios ecológicos o de la sustentabilidad ambiental o afecten valores estéticos, urbanísticos, arquitectónicos, paisajísticos u otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de las personas, podrán ejercerse ante los tribunales correspondientes: a. la acción de protección para la prevención de un daño grave e inminente o la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; b. la acción de reparación de los daños colectivos para la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo.* Art. 18. *Sin perjuicio de cualquier otro supuesto que corresponda en los términos del inciso a. del artículo anterior, las acciones de protección de los intereses difusos y derechos colectivos procederán, en particular, a los fines de paralizar los procesos de emanación o desechos de elementos contaminantes del medio o cualesquiera otras consecuencias de un hecho, acto u omisión que vulneren el equilibrio ecológico, lesionen, perturben o amenacen valores estéticos, históricos, artísticos, arqueológicos, paisajísticos y otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos o categorías de personas.* Art. 19. *La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie al menoscabo. En particular, consistirá en la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos y otros bienes comunes a la colectividad perjudicada.* Art. 20. *Las autoridades provinciales o municipales, en especial el fiscal de Estado y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, con una antigüedad no menor de un (1) año y adecuadamente representativas del grupo o categorías de interesados, están legitima-*

### *Provincia de La Pampa*

La Ley 1914, Ley Ambiental Provincial, Santa Rosa, de 21 de diciembre de 2000, fue publicada el 2 de febrero de 2001 y modificada por ley 2299, con leyes complementarias, y reglamentada por Decreto N° 2139/2003, parcialmente por Decreto 458/2005, por Decreto 298/2006 y finalmente por Decreto 1847/2008.

Su objeto y ámbito de aplicación están definidos en su artículo 1 estableciendo como objeto la protección, conservación, defensa y mejoramiento de los recursos naturales y del ambiente en el ámbito provincial, a través de la definición de políticas y acciones, la compatibilización de la aplicación de las normas sectoriales de naturaleza ambiental y la coordinación de las áreas de gobierno intervinientes en la gestión ambiental, promoviendo la participación ciudadana.

Contiene disposiciones de política ambiental, señalando los principios de la misma, y determinando la realización de acciones de carácter preventivo, de reparación de los daños causados y aun de la reposición de las cosas a su estado anterior. Al igual que la legislación mendocina establece la inclusión de la educación ambiental en todos los niveles del sistema educativo<sup>23</sup>.

---

*dos indistinta y conjuntamente para proponer o impulsar las acciones previstas en esta ley. Art. 21. Antes de la notificación de la demanda, el juez podrá ordenar de oficio o a petición de parte las medidas que se consideren necesarias tendientes a la cesación de los perjuicios actuales o potenciales al ambiente.*

<sup>23</sup> Art. 2. *El Poder Ejecutivo Provincial y los municipios que adhieran al régimen de la presente ley, garantizarán en la ejecución de sus políticas de gobierno, la aplicación de los siguientes principios de política ambiental: a- El uso y aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco de un proceso de crecimiento económico compatible con la preservación del ambiente (desarrollo sustentable), debe efectuarse conforme los criterios de: -unidad de gestión, tratamiento integral, economía del recurso, descentralización operativa, coordinación entre los organismos de aplicación involucrados en el manejo de los mismos, participación de los usuarios. b- Todo emprendimiento, público o privado, cuyas acciones u obras sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente, debe contar con una Evaluación de impacto Ambiental (EIA) previa. c- El Poder Ejecutivo Provincial a través de sus organismos competentes, y los municipios, deben fiscalizar todas las acciones que puedan producir un menoscabo al ambiente, a la utilización racional de los recursos naturales y a la preservación del patrimonio natural y la diversidad biológica y procederán a ejecutar, según el caso: acciones de carácter*

En cuanto a la defensa del ambiente y el equilibrio ecológico establece que se podrá recurrir directamente ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería del lugar en que el acto u omisión se exteriorice o tuviera o pudiese tener efecto, o el Juez del domicilio del demandado, a elección del actor, conforme los términos de la Ley 1352.

#### IV.4 Consideraciones sobre responsabilidad

Podemos señalar que la responsabilidad ambiental internacional es el corolario, o la consecuencia del incumplimiento de lo que se ha dado en llamar la “regla de oro” en materia de protección internacional del ambiente por cuanto dicha regla constituye el fundamento general de la prohibición de la contaminación transfronteriza y que es el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>24</sup>.

Este principio significa que el Estado tiene la obligación de obrar con diligencia para prevenir daños a terceros, consecuencia del mismo es el derecho de todo Estado a no sufrir daños en su territorio ya sea de carácter ambiental u otros, derivados de las actividades realizadas bajo soberanía de otro Estado.

---

*preventivo, exigir a los responsables la reparación de los daños causados y su restauración mediante la reposición de las cosas a su estado anterior; siempre que sea posible reparar en especie el daño, exigir a los responsables la reparación pecuniaria por los daños ocasionados. d- La planificación del desarrollo agropecuario, urbano e industrial deberá tener en cuenta, entre otras cuestiones, los límites físicos del área, la situación socioeconómica de la región y el impacto ambiental de las acciones a emprender. e- La educación ambiental debe incluirse en todos los niveles del sistema educativo, bajo pautas orientadas a la formación de individuos responsables con el medio ambiente. f- Se instrumentará, a través de la autoridad de aplicación, el Sistema Provincial de Información Ambiental, coordinando su implementación con los municipios y los demás organismos de la Administración Pública.*

<sup>24</sup> Principio 21. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su 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”.

No es objeto del presente trabajo analizar exhaustivamente las distintas modalidades de responsabilidad internacional<sup>25</sup>, pudiendo mencionar en el caso de responsabilidad por ilicitud que la misma es originada por violación de una regla de derecho internacional y no específicamente el factor daño. En el caso de responsabilidad por actos lícitos es necesario que el daño causado sea atribuible al Estado cuando se pueda probar que lo causó un acto ejecutado por una actividad bajo su control o jurisdicción.

Si bien hay tendencia actual a nivel internacional de admitir esta responsabilidad objetiva en actividades no ilícitas pero sí riesgosas y que puedan afectar al medio ambiente, la misma no forma parte aún de los principios generales de responsabilidad.

Posibles respuestas al interrogante planteado: ¿Podemos hablar de responsabilidad medioambiental entre provincias por daños con efectos más allá de sus propios límites? ¿Podemos 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? En su caso, ¿qué jurisdicción, principios y legislación deberá aplicarse dado que la Constitución otorga a cada provincia la facultad de legislar en materia ambiental?

## V. Síntesis

-La Corte Suprema de Justicia en virtud del actual art. 117 de la Constitución Nacional tiene competencia originaria en las causas entre dos o más provincias, excepto lo referido a límites interprovinciales, que deben ser resueltos por el Congreso, disposición que tiene su correlato en el art. 127 por el cual 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.

---

<sup>25</sup> Benedetto CONFORTI, *Derecho Internacional*, Zavallia, 1995, pág. 433. señala tres tipos de responsabilidad: por culpa, objetiva relativa, y objetiva absoluta, esta última no admite justificación alguna y se da cuando el Estado realiza actividades peligrosas, ultrapeligrosas o socialmente dañosas.



-En virtud de ello la Corte Suprema falló el 3 de diciembre de 1987 en el caso “La Pampa, Provincia de v. Mendoza, provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos de las aguas”<sup>26</sup>.

-En extensísimo fallo, la Corte se refiere al derecho comparado, haciendo abundante reseña de jurisprudencia norteamericana relacionada con el tema, determina el carácter de interprovincial del río Atuel, no reconoce efectos vinculantes al acuerdo celebrado entre el gobierno de Mendoza y el Estado Nacional respecto a La Pampa, y determina que, para poder resolver este conflicto interestatal, es aplicable al litigio el derecho internacional o comparado y el derecho internacional público, con lo que deja de lado la normativa de derecho privado consagrada en el Código Civil vigente a esa época.

-Recepta la aplicación del principio del uso equitativo y razonable, la realización de la cooperación de buena fe de los Estados en los cursos de agua, la realización de negociaciones de buena voluntad entre otros, señalando los distintos fallos y normativa que los han consagrado (Reglas de Helsinki, reunión de Dubrovnik, Yugoslavia, Tribunal Arbitral asunto Lago Lanoux, Corte Internacional de Justicia en Plataforma Continental del Mar del Norte, entre otros), dejando sentado el criterio que para resolver el presente caso *“debe 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, todo ello aplicable por analogía al caso sub examine y atendiendo a las características que presenta”*.

-La Corte declara que el río Atuel es interprovincial, 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, rechaza la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa,

---

<sup>26</sup> Constituye el primer caso resuelto por la Corte en la competencia que la Constitución le asigna para “dirimir” quejas interprovinciales.

determina 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, exhorta a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la sentencia.

-La provincia de Mendoza no dio cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, se celebraron nuevos convenios en 1989 y 1992. que tampoco tuvieron cumplimiento, la Presidencia de la Nación impulsó un convenio Marco en 2008 que se intentó reactivar entre 2012 y 2013, también desestimado por la provincia de Mendoza, por lo que en 2014 La Pampa presenta nueva demanda ante la Corte solicitando se declare el incumplimiento de Mendoza al fallo de 1987, pidiendo también el cese del daño ambiental, aspecto este último de suma importancia y que muestra la progresividad del derecho, por cuanto este aspecto no había sido tenido en cuenta en la primera demanda. Parte de su argumento es reprochar a Mendoza ser *“la causante de un inmenso daño social en el Noreste, región que fue condenado al atraso en su desarrollo y al éxodo de su población debido al uso arbitrario del agua de ese río”*.

-En la demanda de 2014, La Pampa presentó los siguientes argumentos: se basó en la legislación internacional que considera al agua como un derecho humano, citando la carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Foro Mundial del Agua, el Programa Hidrológico Internacional, entre otros, y como instrumentos nacionales la Constitución Nacional y de la provincia de La Pampa, el Código Civil Argentino, las leyes 25675 de Ambiente y la 25688 de Gestión Ambiental de Aguas, definiendo la problemática como una violación de los derechos humanos y un deterioro ambiental significativo.

Solicita, asimismo, a la Corte que declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los anteriores incumplimientos y ordene el cese del mismo y su recomposición y fije un caudal ambiental de ingreso de agua, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre provincias y los derechos que le corresponden a La Pampa sobre sus recursos naturales, y aquí sí, hay un pedido expreso de sanción relacionado con responsabilidad por incumplimiento porque solicita que se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió Mendoza

basados en prueba documental elaborado por la Universidad Nacional de La Pampa, y otros perjuicios a producirse hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.

-En octubre 21 de 2014 la Corte aceptó y declaró que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación, y corrió traslado de la demanda a la provincia de Mendoza para que en sesenta días compareciera a tomar intervención en la causa.

-La demanda consta de 400 páginas, más anexos con más de 10.000 páginas de anexos y, si bien, es contra Mendoza, cita como tercero al Estado Nacional al que le reclama su responsabilidad histórica en la negligente administración del Complejo Los Nihules y, en consecuencia, también lo hace parte del reclamo de reparar y recomponer los daños causados. Por ello la Corte corrió traslado a la provincia de Mendoza pero también citó al Estado nacional para que dentro de ese mismo plazo comparezca a tomar en la causa la intervención que pudiera corresponderle.

-En el año 2009 dos organizaciones no gubernamentales presentaron ante la Corte una solicitud de acciones concretas a adoptar para hacer cesar en forma inmediata el daño ambiental colectivo generado en La Pampa por el corte del río Atuel. La Corte la desestimó porque señaló que en el juicio de 1987 no se debatió la existencia de daño ambiental sino la interrupción de la posesión de aguas de un río interjurisdiccional y que solamente las partes en el proceso están habilitadas para realizar planteos vinculados al objeto originario. Además, señaló la imposibilidad procesal de admitir la intervención de terceros en un proceso de estas características.

-Mendoza contestó la demanda en agosto de 2015 en un documento que tiene 696 páginas y 13 anexos probatorios, utilizando los siguientes argumentos: la no acreditación del daño, aceptación de río interjurisdiccional perteneciente a ambas provincias, su disposición por ley del derecho a regar hasta 75.000 hectáreas y luego compartir con La Pampa usos futuros, no llegando últimamente a regar ni 50.000 hectáreas por falta de agua, Mendoza no realiza retención de agua, el caudal que llega al río Atuel es cada vez menor, recostándose en la crisis hídrica por los bajos registros níveos de la cordillera, que también provee agua potable a la población pampeana de Santa Isabel proveniente de una vertiente de agua mineral del Atuel. Recordó que tampoco La Pampa realizó obras de cuidado y tecnificación de riego en el Norte donde llega el agua del Atuel. Señaló que sí invirtió en obras en relación al río Colorado.

-La Ley General del Ambiente concretó las disposiciones de la Constitución Nacional al fijar los presupuestos mínimos a los cuales deben adecuarse las normativas provinciales, porque si bien las provincias conservan el poder no delegado a la Nación deben adaptar su normativa a los presupuestos mínimos.

-Así lo hicieron ambas provincias, con las leyes mencionadas en párrafos anteriores, comprometiéndose a la cesación y recomposición en su caso de los daños medioambientales que se ocasionen o puedan ocasionarse en su territorio provincial. La provincia de Mendoza promulgó el 11 de diciembre de 1992 y publicó el 25 de febrero de 1993 la Ley 5961 relativa a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente. La Pampa aprobó la Ley 1914: Ley Ambiental Provincial de 21 de diciembre de 2000. La ley fue publicada el 2 de febrero de 2001 y modificada por ley 2299, con leyes complementarias y reglamentada por Decreto N° 2139/2003, parcialmente por Decreto 458/2005, por Decreto 298/2006 y por Decreto 1847/2008. Su objeto y ámbito de aplicación están definidos en su artículo 1, estableciendo como objeto la protección, conservación, defensa y mejoramiento de los recursos naturales y del ambiente en el ámbito provincial, a través de la definición de políticas y acciones, la compatibilización de la aplicación de las normas sectoriales de naturaleza ambiental y la coordinación de las áreas de gobierno intervinientes en la gestión ambiental, promoviendo la participación ciudadana.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta en ambas legislaciones provinciales citadas es, que si bien se refieren al ámbito de cada provincia, el daño ambiental es imposible de dimensionar por lo que sus efectos pueden exceder con creces los límites de cada provincia.

Si en 1987 la Corte Suprema dictaminó que para fundamentar las observaciones de este caso debía apartarse de la normativa del Código Civil, el nuevo CCyC impone la aplicación de las leyes análogas, disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, debiendo así respetarse la normativa ambiental.

Así las disposiciones del CCyC regulan la responsabilidad en el Capítulo 1 del título V del Libro III, unificando la responsabilidad contractual y la extracontractual, en el sentido que las regula conjuntamente. Establece expresamente las tres funciones de la responsabilidad civil: preventiva, resarcitoria y sancionatoria, establece y regula el deber de prevención, regula el tema de la asunción de riesgos, consagra expresamente la res-

ponsabilidad civil contractual objetiva en las obligaciones de resultado, establece la responsabilidad objetiva en materia de actividades riesgosas, aunque lo excluye expresamente en el caso de profesionales, regula en detalle la responsabilidad colectiva, tanto la general como aquella que proviene de un grupo de riesgo.

Esta apertura de nueva normativa, esta inclusión de normativa ambiental en las disposiciones del nuevo CCyC como también de los tratados sobre derechos humanos responden en parte a nuestro interrogante porque hay una obligatoriedad de cumplir las disposiciones de la Constitución Nacional y de respetar y propiciar los presupuestos mínimos en materia de ambiente. Podemos así señalar que las provincias son responsables por los daños transfronterizos que puedan ocasionar a otra u otras provincias, responsabilidad por actividades no prohibidas pero ecológicamente peligrosas, que también surge de la propia normativa provincial acorde con las disposiciones de las leyes de presupuestos mínimos.

En su caso, también serían aplicables los principios consagrados por la Ley General del Ambiente en su artículo 4, tales como el de congruencia, de prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, sustentabilidad, cooperación, subsidiariedad, como también el de responsabilidad que expresa que 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”*, como también 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 accionar; así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”*, principios jurídicos consagrados en el art. 2 del nuevo CCyC.

Al ya comentado litigio, se agrega otro más reciente en el que se discute el aprovechamiento de un acueducto de más de 160 kilómetros de recorrido que atiende necesidades vitales de 450.000 pobladores distribuidos entre el sur de Chubut y el norte de Santa Cruz. Ello nos muestra que el derecho al uso del agua pone en discusión obras realizadas y la necesidad de encarar nuevos proyectos que contemplan y satisfagan realmente las necesidades concretas de los habitantes.

## VI. Corolario

Si bien brevemente, analizados los distintos aspectos fácticos como normativos, podemos señalar que la cuestión generada por el aprovechamiento del río Atuel entre las provincias de Mendoza y La Pampa y aún no resuelta, ha sido acompañada por una importante construcción jurídica que fue recogiendo nuevas situaciones planteadas y tenidas en cuenta por la normativa desarrollada tanto a nivel nacional como internacional, receptando fundamentalmente esta última, adaptándose a esos cambios y acompañándolos con sólidos fundamentos, sin que ello impida continuar con nuevas construcciones jurídicas, que con el mismo basamento, puedan darse en el futuro.

Finalizando ya estas consideraciones, un aspecto interesante de comentar y analizar dentro del ámbito de la responsabilidad es la facultad de las provincias de participar como entes subnacionales en las relaciones internacionales, situación conocida como “paradiplomacia”.

En nuestro país, la reforma constitucional determinó en su art. 124 la siguiente disposición: *“Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario d los recursos naturales existentes en su territorio”*.

Independientemente de los motivos que pueden ser económicos, políticos, culturales, entre otros, podemos señalar asimismo un interés de dar a conocer hacia el exterior características esenciales identificatorias de sus intereses y región.

También se habla de “paradiplomacia transfronteriza” que es el intercambio de relaciones con otros entes subnacionales de igual *status* jurídico.

Concretamente, en nuestro país y según lo expresado en el artículo citado, las facultades otorgadas a las provincias incluyen la de celebrar convenios internacionales, con conocimiento del Congreso Nacional. Ello significa que, si se excedieran en su competencia, el Gobierno Nacional puede someter el conflicto a consideración de la Suprema Corte de Justicia o disponer directamente la intervención federal de la provincia en cuestión.

Respecto al alcance de estos convenios comentados, los doctrinarios señalan que sólo pueden versar sobre las competencias propias de las provincias, las que tienen un alcance mucho más limitado que el de los tratados. Además, expresan que si se analiza la definición de tratado establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los convenios provinciales no cumplen con los requisitos allí establecidos.

Acotándonos al tema de responsabilidad internacional de estos entes subnacionales –y tras importantes discusiones al respecto– subsiste la responsabilidad internacional del Estado argentino conforme la propia regulación internacional. Hablamos de Estado: sujeto de derecho internacional y de actor internacional. En un Estado federal como el nuestro la responsabilidad final y última es del Estado nacional.

Circunscribiendo el tema a la responsabilidad por daño medioambiental –teniendo en cuenta que el ente subnacional puede ser una sola provincia o varias que se relacionan con otro ente subnacional de la misma o mismas características– cabría incluir en la normativa regulatoria de esta particular forma de paradiplomacia, normativa específica de responsabilidad por daño medioambiental, pero con un alcance superador, que aplicara o tuviera en cuenta el factor preventivo para evitar que se produzcan daños al medio ambiente (a incluir en los convenios a celebrar), sin desligar la responsabilidad del Estado. Ese factor preventivo debería incorporar la herramienta fundamental preventiva que provee la normativa ambiental y que es la Evaluación de Impacto Ambiental, mecanismo totalmente apto para prevenir y aun valorar la viabilidad de los distintos proyectos. Previa a la responsabilidad, están la prevención y la precaución, principios fundamentales del derecho de protección al medio ambiente.





**NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN  
LA GESTIÓN DE AGUAS INTERJURISDICCIONALES  
(CAUDAL AMBIENTAL COMO PARTE DE LA  
OBLIGACIÓN DE RECOMPONER)\***

***NOTES ON STATE RESPONSIBILITY IN WATER  
INTERJURISDICTIONAL MANAGEMENT  
(ENVIRONMENTAL CAUDAL AS PART OF THE  
OBLIGATION TO REPAIR)***

Cristina DEL CAMPO\*\*

**Resumen:** El presente trabajo se ocupa de la normativa relativa a las responsabilidades para el caso de afectación relevante de un río interjurisdiccional a lo largo de su trayecto y la responsabilidad de las provincias en la gestión cuantitativa de aguas públicas, particularmente, los casos que involucran usos consuntivos asignados en su totalidad a una de las provincias en detrimento de los derechos de otras sobre el mismo curso o cuerpo de agua.

**Palabras-clave:** Río interjurisdiccional - Usos - Normativa aplicable.

**Abstract:** This paper deals with the rules concerning the responsibilities in the case of relevant involvement of an interjurisdictional river along its course and the responsibility of the provinces in the quantitative management of public waters, particularly cases involving consumptive uses allocated entirely to one of

---

\* Trabajo recibido para su publicación el 29 de mayo de 2015 y aprobado para su publicación el 4 de agosto del mismo año.

\*\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magister en Gestión Ambiental del Desarrollo Urbano (UNC). Miembro Titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

the provinces in detriment of the rights of others owners of the same course or body of water.

**Keywords:** Interjurisdictional river - Uses - Applicable regulations.

**Sumario:** Introducción.- Algunas notas.- Reflexiones finales.

## Introducción

Un río, conforme al Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) es agua, cauce, playas y línea de ribera. El no dejar correr agua por un cauce es violentar el río en su esencia y, en consecuencia, derechos de los habitantes aguas abajo (generaciones y generaciones) que se encuentran privados de su derecho a desarrollarse, a ejercer industria lícita, a trabajar, a vivir. El derecho al ambiente sano y equilibrado involucra calidad y cantidad de aguas.

En la República Argentina, las aguas pertenecen a todos los habitantes en uso y goce, si bien su gestión y tutela, en general, están a cargo de las provincias. Algunas de estas aguas son interjurisdiccionales. El uso y goce de las aguas de cada provincia tiene límite en la racionalidad de los usos, pero además, en el hecho de ser compartidas. Ante ciertos impactos en los cursos o cuerpos de agua por parte de una de las provincias compartientes, el resto verá afectado su dominio y con ello su gestión y tutela, pero esencialmente los derechos constitucionales de sus habitantes.

En ese marco, y ante preceptos constitucionales de igualdad de derechos ante la ley, junto al deber por parte de las autoridades de proveer al uso racional de los recursos naturales y a la protección en general del derecho al ambiente sano y equilibrado se encuentra el derecho al uso y goce de los bienes de dominio público. La privación injustificada de estos derechos, genera múltiples *responsabilidades* de las que al menos puede diferenciarse lo que el Estado debería asumir en la gestión de lo común.

El andamiaje normativo de responsabilidades para el caso de afectación relevante de un río interjurisdiccional a lo largo de su trayectoria y la responsabilidad de las provincias en la gestión cuantitativa de aguas públicas, es el punto de partida del análisis en particular de responsabilidades para aquellos casos que involucran usos consuntivos otorgados en su to-

talidad por una de las provincias en detrimento de los derechos de otras sobre el mismo curso o cuerpo de agua<sup>1</sup>.

Partiremos de presumir que el comportamiento del Estado por su actividad lícita extracontractual, ocasionó un impacto (con lo cual dichos desequilibrios se compensan o indemnizan cuando no pesa sobre el o los afectados la obligación de soportar el daño). Los Estados responden por su accionar ante sus habitantes y administrados, pero además lo harán frente a los demás Estados con quienes comparten la tutela que detentan sobre un curso o cuerpo de agua interjurisdiccional.

En materia ambiental, las responsabilidades se encauzan primariamente en restituir derechos; un “recomponer”, que se traduce –en este caso en tratamiento– en la obligación básica de restituir caudales como parte fundamental de la respuesta en la que se enmarca la responsabilidad.

Hace algunas décadas que en muchos países se viene utilizando una herramienta denominada *caudal ambiental*<sup>2</sup>, la cual importa dejar correr algo de agua en un río para que siga siendo río. Esta herramienta no soluciona en forma integral lo referido a responsabilidades pero es parte de la respuesta de las obligaciones derivadas de la cláusula ambiental constitucional. Incluso su instauración importa restricciones y limitaciones a sus administrados que devendrán (o no) en indemnizaciones.

La dispersión de cuerpos normativos en materia de responsabilidad no simplifica el tema, por lo que lo constitucional es el punto de partida de responsabilidades, que no se resuelve esencialmente en indemnizaciones sino en “restituir” derechos. A este punto de la responsabilidad nos referiremos.

---

<sup>1</sup> Por razones de extensión aquí solo se tratará sobre cantidad de agua en caso de escasez (el conflicto sobre aguas también puede devenir por excesos de agua), si bien, es aplicable el «caudal ambiental» a casos de calidad, cantidad, como también a la obligación de recomponer.

<sup>2</sup> Sobre el tema ver Cristina DEL CAMPO, «Caudal Ambiental. Niveles a partir de los cuales edificar los fundamentos jurídicos de mantener caudales ambientales destinados a preservar el dominio público ‘río’», *Revista de Derecho Ambiental*, 2016 (en prensa).

## Algunas Notas

**1.-** El Código Civil ha venido siendo la base normativa de aguas provinciales. Hoy el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) establece como limitante al ejercicio de derechos individuales el ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, de modo que cualquier accionar sobre estos bienes de dominio público cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan, debe ser acorde a los presupuestos mínimos ambientales y no debe afectar la sustentabilidad ambiental.

*CCyC art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros.*

Tales bienes públicos (art. 235 CCyC) detentan características esenciales, (inalienables imprescriptibles e inembargables), que reafirman la esencia de su titularidad y los derechos sobre los mismos.

*Art. 237. Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce.*

*Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles.*

*Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.*

*La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.*

Los bienes públicos, como recursos naturales –aun en dominio de las provincias– son tutelados mediante los presupuestos mínimos ambientales, dicha protección ambiental es de preeminente aplicación jerárquico normativa en cualquier provincia en la que se encuentren estos recursos.

*CCyC art. 241.* Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Este uso y goce importa usos racionales y usos sustentables que, si bien conceptualmente no son lo mismo, se entrelazan en el modo en que se utilizan los recursos y en la razonabilidad al momento de otorgar usos acumulativos consuntivos sobre un mismo curso o cuerpo de agua por parte del Estado en aplicación de criterios de equidad.

El dominio originario de los recursos naturales que detentan las provincias conlleva concebir usos racionales (art. 41 CN) y usos sustentables y no un otorgamiento de derechos de máximo aprovechamiento sobre un curso o cuerpo de aguas sin considerar otros usos aguas abajo ni futuros aprovechamientos intra e intergeneracionales. Este tipo de desarrollos no sustentables implican un ejercicio abusivo<sup>3</sup> del derecho, vulneran principios de buena fe, de igualdad ante la ley y la normativa de base. Y no tienen por qué ser soportados, habida cuenta que sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho y perjudican el ejercicio del mismo derecho por parte de otros. El derecho al desarrollo sustentable constitucional es en equidad de oportunidades sobre lo que le corresponde a cada uno, sin dejar de lado principios y valores jurídicos<sup>4</sup> (no es uso racional aquel que produce impactos ambientales negativos relevantes en otro Estado de la cuenca).

---

<sup>3</sup> CCyC art. 9°. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

CCyC art. 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

<sup>4</sup> CCyC Derecho. Art. 1°. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

CCyC art. 2°. Interpretación. Las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En relación a la temática de los usos de aguas interjurisdiccionales, en el ámbito del derecho internacional, ha sido prolifera la generación de principios aplicables a este tipo de casos:

*“La concepción de recursos naturales compartidos para hacer referencia a los usos de bienes naturales pertenecientes a un Estado, sujetos a limitaciones en su aprovechamiento o empleo en virtud de su condición de pertenecientes a un sistema unitario transfronterizo, se fue incorporando al derecho internacional a medida que la intensidad de los usos en un Estado comenzó a manifestar efectos en otro Estado”<sup>5</sup>.*

Estos principios van desde el uso equitativo y razonable a los que imponen obligaciones de obrar con diligencia para prevenir daños a terceros, pasando por principios de cooperación, de información, de precaución, etc. Los principios del derecho internacional público en la materia han venido siendo guía en este tipo de situaciones en el mundo, habiendo incluso sido aplicados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Zlata DRNAS DE CLÉMENT, «Los Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003 ([www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar)).

<sup>6</sup> Las normas y principios del derecho internacional público relativos a la materia han venido siendo aplicados a este tipo de situaciones de una manera amplia, si bien requieren ser interpretadas conforme la responsabilidad de las provincias. En tal orden de cosas, no puede dejar de mencionarse la regla de oro en materia ambiental, esto es, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, como principio que impone obligaciones de obrar con diligencia para prevenir los daños a terceros, de cooperación, principio de precaución, principio de soberanía –entre otros– y a muchos más que integran nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo la obligación de no causar perjuicios sensibles al ambiente del Convenio sobre Diversidad Biológica; a pautas concretas sobre la «Protección y preservación de los ecosistemas» de los cursos de agua internacionales establecidas en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines Distintos de la Navegación. No se desarrolla este tema en este trabajo –solo se lo deja mencionado– por razones de limitaciones de extensión, si bien es de pertinencia para el tema.

Sobre el ítem v. Zlata DRNAS DE CLÉMENT, «Principios Aplicables a cursos de agua y acuíferos internacionales», (<http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/principios-generales-aplicables-a-los-cursos-de-agua-y-acuíferos-internacionales>). Zlata DRNAS DE CLÉMENT, «Los Recursos Naturales Compartidos...», ob. cit.

2.- El Sistema Federal de Estado aporta, en lo referido a responsabilidad estatal y a recursos naturales, la no delegación de estas materias<sup>7</sup> y sí, en cambio, el dictado de los presupuestos mínimos ambientales. En este marco, se despliegan derechos y obligaciones reconocidos en la Constitución Nacional (CN) entre ellos *el derecho al ambiente sano y equilibrado y el deber de preservarlo; el deber de las autoridades a proveer al uso racional, la preservación de la biodiversidad y del patrimonio natural*, y el derecho al desarrollo sustentable: que conllevan el derecho a reclamar ante la justicia por las cuestiones ambientales, tanto en lo preventivo como por daño ambiental –entre otros– ya que la responsabilidad del Estado es immanente a su esencia tutelar. El Estado es responsable por su proceder lícito en cualquiera de sus poderes (legislativo, ejecutivo o judicial) en ejecución de sus funciones esenciales.

Si se trata de aguas compartidas internacionales, aun en el marco de poderes no delegados al gobierno federal, el Estado Nacional debe responder frente al otro Estado. Para el caso de conflicto interprovincial la competencia es originaria de la CSJN (arts. 117 y 124 CN). Todo ello sin dejar de considerar que se trata de provincias, integradas por habitantes que detentan derechos constitucionales como los de igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad, derecho al uso racional de los recursos naturales, al patrimonio natural, a la biodiversidad, al desarrollo sustentable, etc.

Tal conflicto se rige por la Constitución Nacional, la regulación de presupuestos mínimos ambientales y una serie de “principios” tanto internacionales como nacionales y de derecho comparado en materia de manejo de aguas compartidas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> V. Julio Rodolfo COMADIRA, «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima», *EDA* 2001-2002; Eduardo L. PITHOD, «Responsabilidad del Estado por acto lícito», en *Estudios de Derecho Administrativo*, t. XII, 1<sup>ª</sup> ed., Dike, Mendoza, 2005; María del Pilar AMENÁBAR, *Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; Pedro ABERASTURY, *Principios de la responsabilidad del Estado en Responsabilidad del Estado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.

<sup>8</sup> V. Federico Gastón THEA, «Responsabilidad de las provincias por daño ambiental transfronterizo», *Infojus 2006. Lecciones y Ensayos*, Año 2006, pág. 227 ([http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub\\_lye\\_numeros\\_82.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_82.php)). Id. SAIJ: DACF090041.

El Estado, es responsable de las actividades dañosas transfronterizas que se ejercen en el ámbito público y privado (fuera de lo contractual, en la esfera del Derecho Público) emergentes de actividad lícita, es decir por actos no prohibidos. En este marco, la condición básica para que un daño le sea atribuido será probar que el acto causante forma parte de una actividad que está bajo su jurisdicción o control. En su rol tutelar y de control la responsabilidad por impactos negativos relevantes fuera de su jurisdicción es objetiva, a menos que haya habido negligencia o culpa. Aun si se tratara de efectos derivados de actividades o del comportamiento de privados, es responsable ya que el Estado concedente, permisionario o autorizante debe controlar y vigilar los mismos, máxime ante la posibilidad de daño transfronterizo, que no puede dejar de ser notoria cuando, de la suma de concesiones, permisos, autorizaciones, etc. se ve involucrada la totalidad del agua del curso o cuerpo de agua interjurisdiccional. Incluso del deber de proveer al uso racional de esas aguas (la diligencia debida importa en los casos de aguas escasas compartidas control y vigilancia en la modalidad del uso de las aguas).

Ante un daño injusto, sin obligación de soportarlo ni por parte de la provincia compartiente, ni por sus habitantes, aun ante facultades no delegadas como el dominio originario de los recursos naturales y las autonomías provinciales, existe una responsabilidad basal asentada en *los principios* que componen *el estado de derecho*<sup>9</sup>. Lo regulado por la CN y

---

<sup>9</sup> «El fundamento jurídico filosófico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella. Esos principios generales del derecho natural (*v. gr. alterum non leadere*) existen por sí mismos sin necesidad de reconocimiento positivo. Su vigencia y principalidad se proyecta a todas las ramas del derecho (...). Ha sido nuestro maestro MARIENHOFF, quien mejor desarrolló esta tesis al decir que el fundamento de la responsabilidad estatal «no es otro que el ‘Estado de Derecho’ y sus postulados (...). Dentro de la línea garantística formada por los principios que componen el Estado de Derecho el eje del fundamento constitucional se halla, a nuestro juicio, en el principio de igualdad ante las cargas públicas reconocido en el art. 16 de la CN, lo que no es óbice para reconocer otros fundamentos concurrentes o complementarios como los que surgen del artículo 19 de la CN (*alterum non leadere*) o de la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 CP) por causa de utilidad pública (6). La obligación de reparar tiene, un fundamento en la justicia que, en definitiva, es una relación de igualdad. Cuando se genera un daño por la actividad estatal se opera un desequilibrio, que no es justo que sea soportado». Juan Carlos CASSAGNE, «El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas» en: Sup. Const. 2014 (mayo), 29/05/2014, 3 - LL 2014-C, 885. Cita Online: AR/DOC/1303/2014.



las leyes dictadas por el Congreso Nacional, como las leyes de presupuestos mínimos ambientales son ley suprema y *las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan* (art. 31 CN).

La obligación del Estado de recomponer derechos ante daños y perjuicios que su proceder lícito hubiera ocasionado en ejecución de sus funciones esenciales, es consonante al principio que establece que “todos sus habitantes son iguales ante la ley”. No sería justo que unos habitantes – sean de la jurisdicción de que se trate– soporten en forma desigual mermas de derechos sobre ese curso o cuerpo de agua. Este daño transgrede objetivos de bien común, “la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias”. Es un daño que viaja afectando a muchos habitantes.

**3.-** La Legislación sobre la responsabilidad estatal se encuentra entre las facultades reservadas a las provincias, enmarcadas en el derecho administrativo, de allí que, sobre la materia, cada jurisdicción dicte sus propias regulaciones<sup>10</sup>.

*CCyC art. 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

La Nación sanciona la Ley 26944 de responsabilidad<sup>11</sup> por los daños que su actividad o inactividad les produzcan a los bienes o derechos de las personas e invita a las provincias a adherir al régimen.

---

<sup>10</sup> CCyC art. 1763. Responsabilidad de la persona jurídica. La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Art. 1764. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

Art. 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

<sup>11</sup> Ley 26944 *Responsabilidad estatal*. Sancionada: julio 2 de 2014. Promulgada de hecho: agosto 7 de 2014.

*Art. 1. Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.*

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Conforme a la misma, responde por los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública; la responsabilidad es objetiva y directa no exige antijuridicidad siendo su presupuesto, además del daño cierto y actual, la relación de causalidad, esto es que sea directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

Para esta responsabilidad extracontractual por actos lícitos, se enumeran como requisitos:

**Art. 4.** Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.*

La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Y establece que los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

Tanto la normativa de responsabilidad como la normativa ambiental concuerdan en que la responsabilidad del Estado siempre es objetiva, acreditado el nexo causal, el Estado sólo puede liberarse acreditando una eximente establecida por ley.

En consecuencia, tendremos un régimen a nivel nacional, y a su vez, cada provincia y municipio regulará su propio régimen de responsabilidad.

*“Y aun cuando se sancione la ley nacional de responsabilidad del Estado y las Provincias se adhirieran a ella, éstas siempre conservarán los poderes no delegados (art. 121 CN) para regular las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio”<sup>12</sup>.*

El nivel jerárquico de esta normativa la deja después de los presupuestos mínimos ambientales en general y en particular a lo referido a daño ambiental constitucional. La responsabilidad constitucional y de los presupuestos mínimos va a ser de aplicación preeminente.

4.- La Ley General del Ambiente (LGA) en su art. 4 establece 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 otros, 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*. Ello, sin dejar de resaltar 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 accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

---

<sup>12</sup> Juan Carlos CASSAGNE, «El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado (...)», ob. cit., pág. 4.

Lo preventivo en materia ambiental, es la base de nuestra cláusula ambiental constitucional “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Las acciones correctivas, como es este caso, tienen que ver con recomponer derechos, recomponer el curso o cuerpo de agua.

La Ley General del Ambiente y lo regulado sobre daño ambiental es de aplicación a este tipo de situaciones (antes que la ley 26944). Las Leyes de presupuestos mínimos ambientales en general, son preeminentes en el caso de responsabilidad de las provincias y del resto de las jurisdicciones ya que su finalidad es asegurar la preservación ambiental y el desarrollo. Recordemos que define al daño ambiental como *toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos* y sienta la responsabilidad objetiva: *el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción*. Ante un comportamiento (o la acumulación o suma) que pueda producir un impacto negativo al ambiente, las autoridades deben actuar preventiva y precautoriamente, ajustando en sus decisiones la tutela del ambiente y el desarrollo. El Estado tiene la obligación de asumir el problema proactivamente.

*“En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal” (art. 7 LGA).*

Acreditado el daño ambiental la obligación será la de recomponer; que es volver las cosas a su estado anterior. Obligación que involucra derechos constitucionales y la integridad del bien de dominio público. La provincia no podrá negociar este aspecto, sí, la modalidad, ya que el interés general se encuentra involucrado y complementar lo precautorio con el desarrollo implica observancia de objetivos de sustentabilidad.

Los principios ambientales y el art. 27 y cc. de la LGA –en particular– son de ineludible aplicación en este tipo de casos, en los cuales lo internacional podrá servir para reforzar aspectos relativos a usos compartidos y componentes ambientales afectados en el manejo de la interjurisdiccionalidad.

5.- Interjurisdiccionalidad y Acuerdos. Los poderes concurrentes a “la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias” se encuentran en pugna. Desde la igualdad de derechos, al ambiente, al deber de las autoridades de proveer al uso racional de los recursos naturales, a la obligación de no dañar a otro y de recomponer ante el daño ambiental, hay un espacio, una zona que no es pequeña y en la cual el consenso y el acuerdo que implica la vecindad y la propiedad en común debieron funcionar.

La posibilidad de manejar una cuenca compartida y las aguas en cuestión va a implicar “acuerdos” por parte de las provincias. Las provincias, en la gestión de aguas comunes, mucho antes de producirse efectos dañinos sobre el ambiente o que se impacte en derechos de los habitantes deben concertar sobre caudales, ya que es la base mínima de la responsabilidad en la gestión de un bien común. Se trata de un concertar constitucional (art. 125 CN) que implica responsabilidades, habida cuenta que el incumplimiento de acuerdos genera una responsabilidad específica que no queda fuera de este mapa de responsabilidades.

6.- Ley 25688. Comité de cuencas. Recordemos que la cuestionada Ley 25688 (presupuestos mínimos ambientales sobre aguas) crea organismos de cuenca interjurisdiccionales y la vinculación en la autorización para casos en que pueda afectarse con el accionar de una jurisdicción a otra jurisdicción en aguas compartidas. La “cooperación” es esencial y los organismos de cuenca –ya constituidos o a constituirse en concreto– deberían ser el seno natural de intercambio de información y consenso. La constitución concreta de los mismos y su normal funcionamiento es responsabilidad de más de una jurisdicción, y en este caso, el Consejo Hídrico Federal (COHIFE) y el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) tienen mucho por concretar en el marco de la interinstitucionalidad.

El reconocimiento, por medio de esta ley de presupuestos mínimos de las “cuencas hídricas” como unidad ambiental de gestión del recurso, implica la creación *para las cuencas interjurisdiccionales* “por ley”, *de los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas*. Así, *para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas*

*interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen (art. 6).* Estas obligaciones incumplidas generan responsabilidades.

La inobservancia de lo especificado en esta ley no solo implica responsabilidades provinciales, sino nacionales habida cuenta que conforme a la misma (art. 7 inc. d) “*La Nación deberá: “Elaborar y actualizar el Plan Nacional para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas.”* Ello implica la constitución de los lineamientos básicos para uso racional del agua y su preservación (obligación del Estado nacional, responsabilidad en lo preventivo) y base de la instauración de caudales ambientales en las distintas cuencas; constituyéndose de esta manera en los presupuestos mínimos ambientales sobre caudales ambientales.

No menor la responsabilidad de establecer estas bases “*para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas*”, ya que no solo constituirán presupuestos mínimos sino que servirán de punto de partida para acuerdos interprovinciales.

7.- Caudal Ambiental puede ser entendido como “*cualquier caudal otorgado con el objeto de mantener o mejorar la salud de un río*”<sup>13</sup>. La obligación *constitucional* de recomponer-restituir derechos, ante el corte de un río

---

<sup>13</sup> «Caudal ecológico» es definido como «*cualquier caudal otorgado con el objeto de mantener o mejorar la salud de un río. Un mejor uso de las aguas disponibles o la puesta a disposición de más agua para el ambiente son formas de caudales ecológicos*»; o como el «conjunto de medidas destinadas a moderar, incrementar o, de otra manera, modificar el caudal de las aguas de un curso de agua internacional, con el objeto de mantener las funciones de los ecosistemas fluviales y asociados. Dichas medidas podrán incluir el almacenamiento, la descarga y la desviación de las aguas por medio de represas, reservorios, diques y canales». Según UICN, «se entiende por caudal ecológico en un contexto de usos competitivos de las aguas de un cuerpo de agua, al régimen concertado de las aguas de un acuífero, un río, humedal, o una zona costera para el mantenimiento de los ecosistemas y sus beneficios», y conforme al Informe de la Comisión Mundial de

se desarrolla a partir de la obligación básica de “no dañar el ambiente” (ni propio ni del otro Estado) y uno de los pasos en la resolución del deterioro continuo será el de recomponer, antes que indemnizar u otra acción, al menos una cantidad de agua que permita que el río siga siendo río.

En este marco, se inserta la herramienta “caudal ambiental” destinada a preservar la integridad del dominio hídrico público y su naturaleza jurídica y con ello el derecho al uso racional del agua y al ambiente sano y equilibrado. Para ello se deberá considerar aspectos tales como la regulación provincial en materia de usos en sistemas de explotación, demandas de caudales para usos de servicios públicos, revisarse y controlarse la forma en que se utiliza el recurso asignado y los fines en relación a la cantidad de agua, etc. (sin dejar de considerar prioritariamente la provisión a poblaciones).

Esta herramienta no está libre de evaluación en sus beneficios y menoscabos. Incluso, jurídicamente, podríamos preguntarnos si se trata de *una restricción, una limitación, un uso o un usuario más*.

Los caudales ambientales en principio pueden ser considerados una restricción, que se impone con carácter general a los sistemas de explotación, esencialmente porque los Estados provinciales se reservan el derecho de vedas, restricciones y limitaciones impositivas a tales derechos en sus respectivas regulaciones sobre aguas, y en el marco de los principios expuestos en nuestro sistema jurídico. No se considera que sea en principio una limitación (en consecuencia no existe el deber de indemnización). Considerarlo un uso más no resulta del todo despejado de dudas a menos que la instauración del caudal ambiental conlleve la posibilidad de reclamo por parte de los afectados en sus derechos sobre aguas de haber algún daño apreciable económicamente, de ser este un efecto de la concreción de caudal ambiental debería quizás también considerarse evaluar su pertinencia en casos concretos a partir del “uso racional del recurso”,

---

Represas, el caudal ecológico es «la descarga específica de agua de una represa para asegurar el mantenimiento de los ecosistemas acuáticos y de las especies clave río abajo. Los caudales pueden ser estacionales o anuales, o impulsos regulares o irregulares para satisfacer necesidades ecosistémicas. Pueden estar vinculados con necesidades de subsistencia de personas afectadas río abajo». Otros criterios para fijar el caudal ecológico parten de considerar las negociaciones entre usuarios de diferentes usos» C. DEL CAMPO, «Caudal Ambiental (...)», ob. cit.

y del ejercicio del derecho individual en su compatibilidad con los derechos de incidencia colectiva y los ambientales. El ambiente no es sujeto de derecho por lo cual no podría ser un usuario más.

En la Argentina contamos con un marco jurídico sólido para implementar la herramienta de caudales ambientales, que se encuentra ínsita en nuestra normativa. La regulación provincial contiene previsiones de reservas, vedas y limitaciones. Tal fijación no afecta al principio de igualdad ante la ley ni el de propiedad, sino que impone límites al ejercicio del derecho reconocido en función del interés general (conforme al interés público). En su instauración se deberá considerar –como ya se señalara– aspectos tales como la regulación provincial en materia de usos en sistemas de explotación, demandas de caudales para usos públicos, revisarse y controlarse la forma en que se utiliza el recurso asignado, etc. Y, si bien, no está regulado a nivel de base, se ha venido aplicando generalmente en instrumentos regulatorios referidos a represas.

En la ley 25688 se encuentra la recepción directa de la herramienta caudal ambiental o caudales concertados en el art. 7 inc. d, ya referido en la nota anterior: podría contener los lineamientos básicos para el establecimiento de caudales ambientales en las distintas cuencas. Y se constituye en los PMA para uso racional del agua y su preservación.

La elaboración del Plan Nacional al que refiere la ley de cita bien puede ser en el seno del ámbito federal (COHIFE-COFEMA) a los fines que estos organismos federales, como espacios naturales de colaboración, concertación y acuerdos logren convenir sobre los presupuestos mínimos de aguas y en consecuencia de caudales ambientales ya que están llamados a ser los ámbitos por excelencia del resguardo del patrimonio natural agua.

Caudal ambiental es la integridad e integralidad del bien jurídico río (curso de agua), la protección de nuestro patrimonio natural, de la biodiversidad vinculada a ese curso de agua y fundamentalmente del derecho al desarrollo sustentable. El caudal ambiental actualmente es dependiente de acuerdos; siendo éstos la base de las relaciones interprovinciales (art. 125 CN)<sup>14</sup>. Y, en nuestro caso bajo tratamiento, la primera medida en la obligación de recomponer.

---

<sup>14</sup> C. DEL CAMPO, «Caudal ambiental (...)», ob. cit.



## Algunas reflexiones finales

Hay muchas metas de desarrollo y poca agua (en algunos casos excesos indeseables). ¿Cómo responder a esa escasez desde la gestión, desde las políticas públicas y desde la justicia antes que se produzca la transgresión de derechos constitucionales? Quizás deban encauzarse bases mínimas del accionar ante la interjurisdiccionalidad en lo referido a recursos naturales.

El equilibrio entre desarrollo y derechos ambientales no puede estar signado por la privación de unos en beneficio de otros. El manejo de la interjurisdiccionalidad y las consecuencias derivadas de ello, lamentablemente, se inserta en un marco intrincado de competencias y responsabilidades conformando un sistema confrontado con el principio de igualdad y el bien común.

El mapa normativo de responsabilidades se conforma por leyes sobre responsabilidad del Estado que se multiplican conforme las jurisdicciones; con un CCyC inaplicable a estos casos, en un marco de derechos constitucionales específicos que terminan siendo vapuleados para ambas partes. Y si bien resulta claro que el Estado es responsable por la generación de daños, el traspaso de jurisdicción de ese daño que viaja oscurece la resolución de situaciones, las que por lo general esperan demasiado tiempo para ser resueltas.

Si bien, en Argentina las cuestiones conflictivas entre provincias las resuelve la CSJN, lo preventivo, como acto de cooperación y de solidaridad, termina discurriendo en instancias de acuerdo que no siempre son posibles.

Lo preventivo, como es *caudal ambiental*, es previo al hecho y aplicarlo en forma posterior va a implicar reconocer un accionar dañoso previo, que siempre lo hay cuando unos tienen mucho (o poco) y otros nada.

El instrumento de caudal ambiental se entremezcla con la obligación y el deber, sin terminar de resolver con ello la tutela de los derechos constitucionales igualitarios en territorios desiguales. Nos empeñamos en resolver la igualdad de los desiguales (equidad) en un mundo desigual.

No se trata de despojar de derechos, mucho menos de realizar retrocesos en lo referente al adelanto y prosperidad del país. Sin embargo, acordar sobre lo común es responsabilidad de todas las jurisdicciones, revisar modalidades de uso es parte de lo que se espera del Estado, asu-

mir costos de usos sostenibles es responsabilidad del Estado y de los que detentan derechos de uso sobre las aguas en conflicto. Recomponer caudales es dejar algo de agua para que corra en el río. Parece sencillo, no lo es, pero es ir haciendo un camino en el “no dañar a otro”.

Resolver la igualdad de los iguales y la desigualdad de los desiguales, en un mundo desigual, no deja de ser una utopía, que como rueda que mueve el carro debe seguir girando en torno a lograr el permanentemente inestable equilibrio entre desarrollo y ambiente.

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS CON  
RESIDUOS PELIGROSOS: COEXISTENCIA DEL RÉGIMEN  
DE RESPONSABILIDAD DE LAS LEYES 24.051 Y 25.612\***

***RESPONSIBILITY/LIABILITY FOR DAMAGE WITH  
HAZARDOUS WASTES: CO-EXISTENCE OF THE REGIMES  
OF THE LAWS 24051 AND 25612***

Adriana LISTOFFSKY\*\*

**Resumen:** El trabajo resume la responsabilidad por el daño ocasionado por residuos peligrosos en ámbitos de jurisdicción diferenciada desde el plano de la coexistencia de las leyes nacionales 24051 y 25612, responsabilidad con alcances administrativos, civiles y penales.

**Palabras-clave:** Residuos peligrosos - Daños - Responsabilidad - Leyes nacionales 24051 y 25612.

**Abstract:** The paper summarizes the responsibility/liability for the damage caused by hazardous waste in differentiated areas of jurisdiction from the plane of the coexistence of national laws 24051 and 25612, responsibility/liability with administrative, civil and criminal scope.

**Keywords:** Hazardous waste - Damage - Responsibility - National laws 24051 and 25612.

Partimos de la premisa que el bien protegido es el ambiente, siendo la acumulación de residuos uno de los problemas más graves de la humani-

---

\* Trabajo recibido el 20 de octubre de 2015 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre del mismo año.

\*\* Profesora de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

dad, pues afecta a la salud, el bien máspreciado del hombre. En primer término cabe que aclaremos qué se entiende por residuos peligrosos y luego cuál es el marco legal que los regula.

Tenemos, por un lado, la ley 24051 de residuos peligrosos y su Decreto Reglamentario 831/93, que delimita su ámbito de aplicación, y por el otro, la ley 25612 de residuos industriales y de servicios, amén del art. 41 de CN y, en Córdoba, la ley 8973 de adhesión a la ley 24051; a nivel internacional incorporado al derecho argentino, al Convenio de Basilea. Cabe aclarar que no son los únicos instrumentos jurídicos que se refieren al tema pero son a los que se hará referencia en este trabajo.

La ley 24051, define en su art. 2 lo que entiende por residuo peligroso:

*“Será considerado peligroso a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.*

*En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el anexo I o que posean algunas de las características enumeradas en el anexo II de esta ley.*

*Las disposiciones de la presente serán también de aplicación a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales”.*

Por su parte la ley 25612, en su art. 2 define al residuo como;

*“Se entiende por residuo industrial a cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo”.*

En su Anexo I, la ley 24051 detalla qué residuos son considerados peligrosos, pero como es de suponer, es imposible enumerarlos a todos, por ello en el Anexo II, establece sus características: inflamable, corrosi-

vo, reactividad, tóxico, teratogénico, cancerígeno, mutagénico, operando así como un sistema de exclusiva. El art. 64 al respecto señala:

*“Art. 64. Sin perjuicio de las modificaciones que la autoridad de aplicación pudiere introducir en atención a los avances científicos y tecnológicos, integran la presente ley los anexos que a continuación se detallan:*

*I- Categorías sometidas a control.*

*II- Lista de características peligrosas.*

*III- Operaciones de eliminación”.*

Ambas leyes están vigentes, si bien la 25612, en su art. 60 establecía: *“Derógase la ley 24051 y toda norma o disposición que se oponga a la presente (...). Asimismo, hasta que la reglamentación establezca la creación de los diferentes registros determinados por la presente, se mantendrán vigentes los anexos y registros contenidos en dicha ley”*, pero este artículo fue vetado por Decreto 1343/02 (BO 29/07/02) y hasta tanto no se concreten las condiciones establecidas en el art. 60 de la Ley N° 25612, y se derogue el veto contenido en el Decreto 1343/02, se considera operativa y plenamente vigente a la Ley N° 24051.

¿Cuáles son las coincidencias y diferencias entre ambas? Si bien ambas regulan la misma actividad de generación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos o provenientes de la industria y de actividades de servicio, la ley 25612 constituye un nuevo marco legal, bajo el esquema de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental, establecido por la Constitución Nacional reformada en 1994, tendente a reemplazar una ley de adhesión nacional sobre residuos peligrosos, y es comprensiva de una gama mayor de residuos, al incluir los generados por las actividades de servicios, pero excluyendo a los biopatogénicos.

La ley 24051 es una ley mixta, predominantemente federal, genera un mecanismo de cuasi coordinación federal, y tiene la particularidad de ser una ley local, federal y común. Es local pues el Congreso la dicta ejerciendo como Legislatura local de Capital Federal y se aplica a aquellos lugares sujetos a jurisdicción federal. No olvidemos que esta ley, fue sancionada antes de la Reforma constitucional. Es federal, por aplicarse excepcionalmente en todo el territorio nacional: *“Art. 1. La generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición de residuos pe-*

*ligeros quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuviesen destinados a transporte fuera de ella o cuando a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieran afectar las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer tuviesen una repercusión económica sensible tal que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas”.* Es común con respecto al régimen de responsabilidad penal ya que se aplica aun a las provincias que no adhieren a la ley (CN art. 75 inc. 12).

Entonces, ¿quién es competente para entender en materia de responsabilidad por daños causados con estos residuos? Siguiendo las directivas de los artículos 41, párr. 3, 75 inciso 30, 121 y 124 de la Constitución Nacional y el 7 de la ley 25675 y 55 de la ley 25612, la regla es la competencia local en materia administrativa, civil y ambiental. Si toda actividad administrativa es de competencia local, son estas autoridades las encargadas de imponer los recaudos para el transporte interjurisdiccional dentro de sus límites. En tal sentido, la Ordenanza 9612 de Córdoba, establece: *“el municipio de la ciudad de Córdoba regula la manipulación, operación, transporte, tratamiento y disposición final de las distintas categorías de residuos”*.

El dilema se presenta en materia penal, pues el artículo 58 de la ley 24051 establece que será competente la justicia federal y el artículo 55 de la 25612 que la jurisdicción corresponde a la justicia ordinaria, así, por imperfecciones legislativas, es difícil determinar cuándo la competencia es local o federal<sup>1</sup>. Siempre se entendió que en materia penal la competencia es federal cuando existe interjurisdiccionalidad. En un primer momento, se le permitía a los Tribunales federales investigar la contaminación a los efectos de determinar si existía un hecho punible previsto en la

---

<sup>1</sup> Alicia MORALES LAMBERTI, «Aplicación de agroquímicos y delito de contaminación dolosa del ambiente de un modo peligroso para la salud: El caso Ituzaingó Anexo», *Revista de Derecho Ambiental*, enero-marzo 2013, N° 33.

ley 24051 y así establecer el Tribunal competente. La Res. PGN 72/2002 de la ley 25612 establece que sigue vigente el régimen de la 24051, y la justicia federal solo será competente en los casos excepcionales previstos en los artículos 1 y 55 de la 24051. En igual sentido la Res. PGN 31/2010, ratifica lo dispuesto en el art. 55 de la 25612<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Medio Ambiente. Nación. Provincia. «Lubricentro Belgrano s/ infr. ley 24051», *CSJN Comp. 547. XXXV; fallos 323:163, 15/02/2000*. Corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en la causa instruida por infracción a la ley 24051 de residuos peligrosos, originada a raíz del secuestro de elementos con restos derivados de hidrocarburos arrojados dentro de un contenedor para residuos domiciliarios encontrado en una localidad de la provincia de Buenos Aires, toda vez que no se probó que los desechos pudieren afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de dicha provincia. La intención puesta de manifiesto por el legislador en el debate parlamentario de la ley 24051, fue la de respetar las atribuciones provinciales para dictar normas de igual naturaleza, intención que quedó plasmada en la redacción final del art. 67 de la ley.

Contaminación. Residuos peligrosos. «Contaminación arroyo Sarandí s/ley 24051, *CSJN C 641 XXXIV; fallos 322:2996,02/12/1999*. Corresponde a la justicia provincial entender en la causa que se investiga la posible contaminación de las aguas del arroyo Sarandí, en la provincia de Entre Ríos, puesta en evidencia por una gran mortalidad de peces y atribuida al plaguicida arrojado dese una avioneta que fumigó un campo lindero, pues, pese a que dicho pesticida podría ser un tóxico peligroso, no es un desecho en los términos del art. 2 de la ley 24051 de residuos peligrosos.

El espíritu de la ley 24051 es preservar a la sociedad de los grandes males que se ciernen por la actividad inescrupulosa de quienes arrojan productos tóxicos en las distintas vertientes naturales que conforman el ecosistema, quedando excluidas del alcance de la norma solo los que se rijan por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia, tales como los residuos domiciliarios, los radiactivos, y los derivados de las operaciones normales de los buques (disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

Competencia federal por el lugar: Prueba «Martínez, Marcelo s/denuncia», *CSJN C. 378. XLIV; COM, 08/07/2008*. Dado que las declaraciones del denunciante pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de determinar la competencia, aunque no estén plenamente corroboradas, en la medida que no se encuentren desvirtuadas por otros elementos del expediente, si de los elementos de juicio incorporados al incidente no permiten descartar que los desechos descargados puedan afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia (art. 1 ley 24051), en tanto serán vertidos en un desagüe que desembocaría finalmente en el Río de la Plata, corresponde a la justicia federal conocer en las presentes actuaciones, sin perjuicio de lo que surja de la posterior investigación. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

Competencia ordinaria por la materia. Cuestiones penales. Prevención en la causa. «Agencia Córdoba Ambiente s/denuncia» *CSJN C613. XLIII; COM 05/02/2008*.

Su régimen de responsabilidad se ocupa tanto de la responsabilidad ambiental, como de la civil y penal.

En cuanto a la civil, es de tipo objetiva, reconoce la figura dolosa y culposa, no requiere el daño efectivo, sino el eventual. Los arts. 45 a 48 de la ley 24051 y de la ley 25612 arts. 40 a 43 legislan el tema:

*Ley 24051 art. 45. Se presume salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es cosa riesgosa en términos del segundo párrafo del art. 1113° del Código Civil, modificado por la ley 17711.*

*Ley 25612 art. 40. Se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo definido según los alcances del artículo 2°, es cosa riesgosa en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la Ley 17711.*

Toda persona que de alguna manera manipule estos residuos debe contar con un certificado ambiental anual, el Manifiesto, un Plan de disminución progresiva de generación de residuos y la Inscripción en el Registro Nacional o Provincial que corresponda. Para lograr la inscripción en el Registro, deberá acreditar sus datos identificatorios, las características de los residuos, métodos y lugar de tratamiento, listado de sustancias utilizados y el personal que se verá afectado entre otros.

Y la responsabilidad penal está considerada en los arts. 55 a 58 de la ley 24051 y 51 a 54 de la ley 25612. En ambas hay referencia a delitos contra la salud pública, envenenamiento o adulteración:

*Ley 24051 art. 55. Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200° del Código Penal el que utilizando los residuos a que se refiere la presente ley envenenare, adulterare o contaminare de un modo*

---

Corresponde a la justicia federal que previno, continuar con el trámite de las actuaciones iniciadas por presunta infracción a la ley 24051, dado que la ausencia de constancias relativas a la necesaria investigación que debe preceder a toda cuestión de competencia, obsta la posibilidad de determinar el exacto alcance de los hechos y discernir el tribunal que corresponde investigarlos. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.



*peligroso para la salud el suelo, el agua, la atmósfera, o el ambiente en general.*

*Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión en prisión.*

*Art. 57. Cuando algunos de los hechos previstos en los dos arts. anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.*

*Art. 58. Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley de la justicia federal.*

*Ley 25612 art. 51. Incorpórase al Código Penal de la Nación, el presente capítulo sobre delitos ambientales como ley complementaria.*

*Art. 52. Será reprimido con prisión de 3 (tres) a 10 (diez) años, el que, utilizando residuos industriales y de actividades de servicio, adulterare o contaminare el agua, el suelo, la atmósfera, o poniendo en riesgo la calidad de vida de la población, los seres vivos en general, la diversidad biológica o los sistemas ecológicos.*

*Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona o extinción de una especie de ser vivo, la pena será de 10 (diez) a 25 (veinticinco) años de reclusión o prisión.*

*Art. 53. Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de 1 (un) mes a 2 (dos) años.*

*Si resultare enfermedad, lesión o muerte de alguna persona o especie, la pena será de 6 (seis) meses a 5 (cinco) años.*

*Art. 54. Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena*

*se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, responsable técnico, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.*

¿Quiénes son los responsables por los daños? Aquí debemos diferenciar cuatro actores u operadores: el generador, el transportista, la planta de tratamiento y la planta de la disposición final:

*Ley 24051 art. 14. Será considerado generador, a los efectos de la presente, toda persona física o jurídica que, como resultado de sus actos o de cualquier proceso, operación o actividad, produzca residuos calificados como peligrosos en los términos art. 2° de la presente.*

*Art. 31. Todo transportista de residuos peligrosos es responsable, en calidad de guardián de los mismos, de todo daño producido por éstos en los términos del capítulo VII de la presente ley.*

*Art. 33. Plantas de tratamiento son aquellas en las que se modifican las características físicas, la composición química o la actividad biológica de cualquier residuo peligroso, de modo tal que se eliminen sus propiedades nocivas, o se recupere energía y/o recursos materiales, o se obtenga un residuo menos peligroso, o se lo haga susceptible de recuperación, o más seguro para su transporte o disposición final.*

*Son plantas de disposición final los lugares especialmente acondicionados para el depósito permanente de residuos peligrosos en condiciones exigibles de seguridad ambiental. En particular quedan comprendidas en este artículo todas aquellas instalaciones en las que se realicen las operaciones indicadas en el anexo III.*

En síntesis, toda persona que de alguna manera manipule residuos peligrosos será responsable por los daños que cause.

El caso “Ituzaingó Anexo” es el primer proceso penal ambiental en nuestro país por contaminación dolosa del ambiente por uso de agroquímicos.

El barrio fue declarado por Ordenanza municipal 10.505/2002 en emergencia sanitaria, y por Ordenanza municipal 10.590/2003, se prohi-

bió la aplicación de determinados agroquímicos por fumigación aérea o terrestre a menos de 1500 m de las viviendas.

El imputado F.R.P. fue declarado coautor del delito de contaminación ambiental en los términos del art. 55 de la ley 24051, en el año 2004. En 2008, volvió a infringir la ley, instigando al aplicador aéreo E.J.P. a cambio de una retribución en concepto de pago, a realizar las fumigaciones fuera de la normativa vigente de la ley 9164 de la provincia de Córdoba, la que en su art. 58 establece: “58- *Prohíbese la aplicación aérea dentro de un radio de mil quinientos (1500) metros del límite de las plantas urbanas, de productos químicos o biológicos de uso agropecuario, de las Clases Toxicológicas Ia, Ib y II. Asimismo, Prohíbese la aplicación aérea dentro de un radio de quinientos (500) metros del límite de las plantas urbanas, de productos químicos o biológicos de uso agropecuario, de las Clases Toxicológicas III y IV*”. Por dicho acto E.J.P. fue declarado coautor plenamente responsable del delito establecido en el mismo articulado.

En el fallo se dirimen distintas cuestiones como son la competencia federal, si bien el caso fue anterior a la Resolución PGN31/2010, dirime la cuestión en igual sentido, estableciendo la competencia federal según el art. 58 de la ley 24051 y por el art. 55 de la ley 25612, que establece la competencia federal en casos de interjurisdiccionalidad.

Se aplica esta normativa, pues los agroquímicos son considerados residuos peligrosos al reunir las características y cualidades establecidas por la ley.

¿Puede alguien eximirse de responsabilidad? En materia ambiental, nos estamos refiriendo a una responsabilidad de tipo objetiva, donde dejamos de lado la intención o no de producir el daño y, por imperio del orden público ambiental, la responsabilidad es imprescriptible. Distinta es la situación en materia civil, donde las acciones por daños y perjuicios prescriben a los 2 años de producido el hecho dañoso:

*“Ley 24051 art. 46. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión o abandono voluntario del domicilio de los residuos peligrosos.*

*Art. 47. El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero de quien no debe*

*responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.*

*Art. 48. La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos peligrosos no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos a excepción de aquellos daños causados por la mayor peligrosidad que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un tratamiento defectuoso en la planta de tratamiento o disposición final.*

El generador responde por los posibles efectos ambientales que pudiera tener el residuo de su generación, cabiéndole una responsabilidad “de la cuna a la tumba”.

*Ley 25612 art. 41. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es oponible a terceros la transmisión del dominio o abandono voluntario de los residuos industriales y de actividades de servicio.*

*Ley 25612 art. 42. El dueño o guardián de un residuo no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.*

*Art. 43. La responsabilidad del generador por los daños ocasionados por los residuos, no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de éstos, a excepción de:*

- a) Aquellos daños causados por el mayor riesgo que un determinado residuo adquiere como consecuencia de un manejo o tratamiento inadecuado o defectuoso, realizado en cualquiera de las etapas de la gestión integral de los residuos industriales y de actividades de servicio;*
- b) Cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo, conforme lo determine la reglamentación.*

Por ende, solo es posible eximirse de responsabilidad, cuando la mayor peligrosidad se da en la planta de tratamiento o disposición final.

La responsabilidad administrativa está contemplada en los arts. 49 a 54 de la ley 24051:

*Art. 49. Toda infracción a las disposiciones de esta ley, su reglamentación y normas complementarias que en su consecuencia se dicten, será reprimida por la autoridad de aplicación con las siguientes sanciones que podrán ser acumulativas (...).*

*Art. 52. Las acciones para imponer sanciones a la presente ley prescriben a los cinco (5) años contados a partir de la fecha en que se hubiere cometido la infracción.*

A esta normativa debemos agregar lo dispuesto por el art. 41 de la CN que prohíbe el ingreso de residuos peligrosos al país, recordemos que estos residuos pueden ingresar solo si cuentan con un certificado de inocuidad sanitaria y ambiental, convenios internacionales como el de Basilea, que regula sobre movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, recomendando que el tratamiento y disposición final debe ser realizado en los países de origen.

Pero además de estas responsabilidades expresamente reconocidas en la ley, debemos agregar otra, que es la responsabilidad moral que tiene el estado y los manipuladores de residuos peligrosos y está plasmado en los objetivos de la política de residuos cuando en el mismo articulado de la ley hace referencia a la disminución de su generación:

*Ley 24051 art. 17. Los generadores de residuos peligrosos deberán:*

- a) Adoptar medidas tendientes a disminuir la cantidad de residuos peligrosos que generen;*
- b) Separar adecuadamente y no mezclar residuos peligrosos incompatibles entre sí;*
- c) Envasar los residuos, identificar los recipientes y su contenido, numerarlos y fecharlos, conforme lo disponga la autoridad de aplicación;*
- d) Entregar los residuos peligrosos que no traten en sus propias plantas a los transportistas autorizados, con indicación precisa del destino final en el pertinente manifiesto al que se refiere el art. 12° de la presente.*

*Art. 60. Compete a la autoridad de aplicación:*

- a) Entender en la determinación de los objetivos y políticas en materias de residuos peligrosos, privilegiando las formas de tratamiento que impliquen el reciclado y reutilización de los mismos y la incorporación de tecnologías más adecuadas desde el punto de vista ambiental.*
- b) Ejecutar los planes, programas y proyectos del área de su competencia elaborado conforme las directivas que imparta el Poder Ejecutivo.*
- c) Entender en la fiscalización de la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos.*
- d) Entender en el ejercicio del poder de policía ambiental en lo referente a residuos peligrosos e intervenir en la radicación de las industrias generadoras de las mismas.*
- e) Entender en la elaboración y fiscalización de las normas relacionadas con la contaminación ambiental.*
- f) Crear un sistema de información de libre acceso a la población con el objeto de hacer públicas las medidas que se implementen en relación con la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos.*
- g) Realizar la evaluación del impacto ambiental respecto de todas las actividades relacionadas con los residuos peligrosos.*
- h) Dictar normas complementarias en materia de residuos peligrosos.*
- i) Intervenir en los proyectos de inversión que cuenten o requieran financiamiento específico proveniente de organismos o instituciones nacionales de la cooperación internacional.*
- j) Administrar los recursos de origen nacional destinados al cumplimiento de la presente ley y los provenientes de la cooperación internacional.*
- k) Elaborar y proponer al Poder Ejecutivo la reglamentación de la presente ley.*
- l) Ejercer todas las demás facultades y atribuciones que por esta ley se confieren.*

*Ley 25612 art. 57. Compete a la autoridad de aplicación:*

- a) Entender en la determinación de políticas en materia de residuos industriales y de actividades de servicio, en forma coordinada, con las autoridades con competencia ambiental de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA);*
- b) Promocionar la utilización de procesos productivos y métodos de tratamiento que impliquen minimización, reciclado y reutilización de los mismos, y la incorporación de tecnologías más adecuadas para la preservación ambiental;*
- c) Formular e implementar, en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicio, el que deberá, entre otros, incluir los parámetros de reducción de los residuos en la etapa generación, y los plazos de cumplimiento;*
- d) Asesorar y apoyar a las jurisdicciones locales en los programas de fiscalización y control de los residuos;*
- e) Desarrollar un Sistema de Información Integrado, de libre acceso para la población, que administre los datos producidos en cada una de las jurisdicciones, respecto de la gestión integral de los residuos;*
- f) Administrar los recursos nacionales y los provenientes de la cooperación internacional, destinados al cumplimiento de la presente ley;*
- g) Ejercer todas las demás facultades y atribuciones que por esta ley se le confieren.*

Además, el Decreto 831/93, reglamentario de la Ley 24051, indica en su art. 17: *Juntamente con la inscripción en el Registro de Generadores de Residuos Peligrosos, el generador deberá presentar un plan de disminución progresiva de generación de sus residuos, en tanto dicho plan sea factible y técnicamente razonable para un manejo ambientalmente racional de los mismos.*

A nivel internacional, el Centro Regional del Convenio de Basilea en Argentina, tiene como objetivo principal, fortalecer la capacidad de la región en el cumplimiento de las exigencias técnicas, legales e institucionales para la gestión ambientalmente racional de residuos peligrosos y la minimización de su generación; proveer a los países de la región las herramientas y el asesoramiento necesarios para la eficiente implementa-

ción de la Convención de Basilea. Desarrollar y establecer una Red de Información Regional Integrada sobre residuos peligrosos y gestión ambiental; asistir a los países de la región en la elaboración de políticas nacionales integradas de gestión de desechos peligrosos.

Para concluir, a mi entender, ninguna política o régimen de responsabilidad por daños producidos por los mismos, será efectiva, si no asumimos como sociedad y estado la responsabilidad y deber moral de lograr minimizar la generación de estos residuos y los riesgos inherentes a su manejo e incentivar cambios para lograr procesos y tecnologías más limpias, reduciendo su impacto sobre recursos, bienes y servicios ambientales.

En relación al principio “el que contamina paga”, en nuestro país no se cuenta con un instrumento jurídico que asigne la carga de la gestión ambiental del producto al fin de su vida útil al fabricante/importador del mismo, y asegure así que los productos lanzados al mercado sean, luego de su uso, recolectados y posteriormente reutilizados, reciclados, recuperados o eliminados de una manera ambientalmente.

Tampoco contamos con sistemas de notificación y registro de población expuesta a los residuos peligrosos, si bien, todos los operadores de residuos peligrosos habilitados por la autoridad de aplicación figuran en una nómina que detalla las categorías de residuos que la planta está autorizada a tratar, las tecnologías utilizadas, y la ubicación de las mismas, pudiendo ser consultado este listado por la población.

Pero, hasta tanto no se reorienten las prácticas de manejo para minimizar la generación y tratamiento de los mismos, y se establezcan mecanismos de seguimiento y evaluación de esta responsabilidad, el deber moral no estará satisfecho.



# RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EL DAÑO A LOS OCÉANOS Y MARES CAUSADO POR EL CAMBIO CLIMÁTICO\*

## *INTERNATIONAL RESPONSIBILITY IN CASE OF DAMAGE TO THE OCEANS AND SEAS AS A RESULT OF CLIMATE CHANGE*

Zlata DRNAS DE CLÉMENT\*\*

**Resumen:** El cambio climático altera las propiedades físicas, químicas y biológicas de los mares y océanos, y trabaja en un ciclo completo de la constante interacción con la atmósfera y otros elementos del sistema climático, lo que acentúa sus efectos nocivos. Dada la magnitud de los impactos del cambio climático y la necesidad de encontrar medios legales para hacer valer la responsabilidad por daños a los mares y océanos –cuestión de amplio espectro– en este artículo, nos centramos sólo en las posibilidades que ofrece el Derecho del Mar para contener la expansión de los daños a los océanos como resultado de la contaminación de la atmósfera.

**Palabras-clave:** Cambio climático - Daño - Mares y Océanos - CNUDM - Responsabilidad por acto ilícito y no prohibido.

**Abstract:** Climate change alters the physical, chemical, and biological characteristics of the oceans and seas, and works in a full cycle of constant interaction with the atmosphere and other elements of the climate system, exacerbating the harmful effects. Given the extent of the climate change impacts,

---

\* Trabajo recibido el 28 de septiembre de 2015 y aprobado para su publicación el 24 de noviembre del mismo año.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Profesora Emérita de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

and the need to find legal means to enforce the responsibility and liability for damage to the oceans and seas –a very broad issue–, in this article, we are focusing only on the possibilities offered by the Law of the Sea to contain the expansion of the damage to the oceans as a result of pollution of the atmosphere.

**Keywords:** Climate change - Damage - Oceans and Seas - UNCLOS - Responsibility - Liability.

**Sumario:** Introducción. I. Situación fáctica. II Responsabilidad por daños a los océanos y los mares. *Aspectos normativos. Aspectos jurisprudenciales.* III. Ámbitos en los cuales hacer efectiva la responsabilidad. IV. Reflexiones finales.

## Introducción

Frecuentemente, se ha señalado que la responsabilidad internacional por la contribución al cambio climático es de imposible atribución dada la diversidad de actores que emiten gases efecto invernadero; la difícil determinación del grado de daño que ha causado cada uno de esos aportantes atento a la mutación de los elementos en la atmósfera y los mares, a la variabilidad de esas mutaciones conforme las características del entorno, a la prolongación en el tiempo que torna difuso al aporte contaminante; las dudas científicas sobre las potencialidades dañosas de los distintos gases, etc. Sin embargo, creemos que es necesario indagar en nuevas formas jurídicas de enfrentar al festival de emisiones, mediante nuevas formas de atribución de responsabilidad, conforme el tipo de actividad dañosa que se lleve adelante, en este caso: el daño a los mares y océanos proveniente de la atmósfera –cambio climático.

En primer término, efectuaremos algunas consideraciones sobre la situación fáctica para tomar conciencia del estado de preocupante incremento de las concentraciones de gases efecto invernadero en la atmósfera de nuestro planeta y sus efectos sobre los mares y océanos, masas de agua que son el principal sistema de control climático de la Tierra. En segundo término, reflexionaremos sobre la normativa internacional vinculante viable de ser aplicada para proteger a los océanos y mares frente a las consecuencias del cambio climático, en particular, la que hace al ámbito de la responsabilidad internacional.

## I. Situación Fáctica

Tras el Informe del Secretario General de Naciones Unidas U Thant (*El Hombre y su Medio*, 1969), que concluyera que las posibilidades de vida del hombre sobre la Tierra se verían seriamente afectadas si continuaba la actitud de éste frente a su entorno, se inició una corriente de preocupación ambiental a escala planetaria, que se vio reflejada en la Conferencia de Estocolmo de 1972 y en sucesivos intentos de protección del ambiente a escala internacional global. Entre las primeras preocupaciones se hallaron el mar y la atmósfera. Sin embargo, si bien el derecho del mar ya llevaba exitosos resultados de codificación, nunca se alcanzó una convención general sobre protección de la atmósfera, a pesar del impulso dado a la tendencia a fines de la década de los 80 en el plano mundial (especialmente, desde el plano estatal individual, por Canadá y Japón, preocupación sostenida en el tiempo<sup>1</sup>). Recién en 1992 se adoptó la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, la que en su artículo 1.2, expresa que, por cambio climático se entiende “*un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana, que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables*”. El sistema climático se halla formado por cinco elementos: la atmósfera (manto gaseoso que envuelve la Tierra formada por distintas capas: troposfera-estratosfera-mesosfera-ionosfera-exosfera), la hidrosfera (agua dulce y salada en estado líquido), la criosfera (agua en estado sólido), la litosfera (suelo terrestre y submarino) y la biosfera (formas de vida que pueblan la tierra), siendo el clima una consecuencia del equilibrio que se produce en el intercambio de energía, masa y movimientos entre los cinco componentes que acabamos de señalar y que se traducen en humedad, temperatura, viento, presión barométrica, entre otras manifestaciones.

---

<sup>1</sup> El Gobierno de Japón y el PNUMA, en sede de Naciones Unidas, han llevado adelante en octubre de 2011 un Seminario sobre la Protección de la Atmósfera.

La atmósfera que rodea la Tierra cumple un rol esencial al mantener estable la temperatura de la superficie del planeta (incluidos los océanos y mares), permitiendo la vida sobre la Tierra<sup>2</sup>.

Se denomina “efecto invernadero” al proceso natural por el cual el calor es atrapado en la troposfera (hasta 15 km de la superficie terrestre). La cantidad de calor atrapado depende de las concentraciones de gases de efecto invernadero, sustancias compuestas de varios elementos: dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), metano (CH<sub>4</sub>), vapor de agua (H<sub>2</sub>O), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), clorofluorcarbonos (CFC): hidroclorofluorcarbonos (HFC), perfluorcarbonos (PFC) y hexfluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>) en la troposfera. Si el incremento de las concentraciones de esos gases se produce más rápido de lo que los gases son removidos naturalmente, la temperatura media de la superficie terrestre aumenta. El aumento de unos pocos grados trae profundos cambios sobre todos los elementos del sistema climático (aguas, hielos, cubierta vegetal, fauna, etc.)<sup>3</sup>.

La salud de los océanos está vinculada con distintos aspectos multidimensionales del cambio climático, entre ellos, la biodiversidad; el movimiento y el control de los residuos peligrosos; la gestión de la contaminación del aire y el agua; el bienestar general de la especie humana y animal<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> La temperatura media de la tierra es 15°, de carecer de atmósfera sería -18. (V. *Encyclopedia of Earth* ([www.eoearth.org](http://www.eoearth.org)); Informes del Panel Internacional sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas ([www.ipcc.ch](http://www.ipcc.ch))).

<sup>3</sup> Z. DRNAS DE CLÉMENT, «Cambio climático: Algunas consideraciones de carácter introductorio», *Cuaderno de Derecho Ambiental N° 1, Cambio Climático*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2009, pág. 9 y ss.

<sup>4</sup> C. P. CARLARNE, «Climate change, cultural heritage & the oceans: Rethinking regulatory approaches to climate change», *17 Se. Envtl. L.J.* 2008-2009, pág. 271 y ss. En aspectos vinculados a los fenómenos físicos involucrados en las relaciones cambio climático-salud de los océanos seguimos la obra de Carlarne y las señaladas a continuación: M. A. K. MUIR, «Oceans and Climate Change: Global and Arctic Perspectives», *7 Sustainable Dev. L. & Pol'y* (2006), pág. 50 y ss.; Ch. SABINE, *et al.* «The Oceanic Sink for Atmospheric CO<sub>2</sub>», *305 Science* (2004), pág. 367 y ss.; D. T. SHINDELL, «Climate and Ozone Response to Increased Stratospheric Water Vapor», *28 Geophysical Research Letters*, (2001), págs. 1551, 1553 (obtenible en [http://ltntrs.nasa.gov/archivelnasa/casi.ntrs.nasa.gov/20010050736\\_2001073097.pdf](http://ltntrs.nasa.gov/archivelnasa/casi.ntrs.nasa.gov/20010050736_2001073097.pdf)); Inter-governmental Panel on Climate Change <http://www.ipcc.ch/> (consulta de 10 de mayo de 2015).

Los océanos juegan un papel crucial en la gestión del clima ya que el océano es nuestro sistema primario de control climático. El 70 % de la superficie terrestre está cubierta de océanos, los que absorben más del 25 % del CO<sub>2</sub> antropogénico<sup>5</sup>. La zona costera es el hábitat de alrededor del 60 % de la población mundial, ya que más de dos tercios de las zonas urbanas del mundo (2,5 millones de habitantes) se encuentran en esta área<sup>6</sup>.

Sin embargo, el aumento de las aportaciones de CO<sub>2</sub> provocadas por el hombre está superando las capacidades de este depósito natural. Una vez disuelto en el agua, buena parte del CO<sub>2</sub> se convierte en ácido carbónico y hace descender la concentración de los iones hidrógeno (pH= potencial de hidrógeno) (H<sub>3</sub>O<sup>+</sup>) hasta niveles con los que algunas especies encuentran dificultades para su supervivencia. Se consideran aguas ácidas las que tienen pH de 7 o menos y alcalinas las que tienen más de 7 en una escala de 10<sup>7</sup>. Mientras vertebrados como los peces se adaptan relativamente bien a la reducción del pH del agua, otros con metabolismo más lento, no pueden lograrlo, tal el caso de los corales<sup>8</sup>, equinodermos (estrellas de mar, animales calcáreos), moluscos. En el caso de los corales, la acidificación estaría provocando una débil calcificación que, unida a la elevación de la temperatura del agua, está acabando con ellos en muchos lugares del planeta.

---

<sup>5</sup> V. GONZÁLEZ, «An alternative approach for addressing CO<sub>2</sub>-Driven ocean acidification», *12 Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2011, pág. 45 y ss.

<sup>6</sup> M. JAEN, «Protecting the Oceans from Climate Change: An Analysis of the Role of Selected International Instruments on Resources and Environmental Protection in the Context of UNCLOS», *Ocean Y.B.*, 2007, pág. 91 y ss.

<sup>7</sup> La liberación de dos protones (H<sup>+</sup>) provoca el cambio de pH en el agua. Un aumento de dicho gas en la atmósfera conlleva un aumento de su concentración en océanos y mares y se traduce en una rebaja del pH, a su vez, un descenso en su concentración produce la liberación del gas desde el océano y un aumento del pH. Se trata de un mecanismo que atenúa los cambios en la concentración de dióxido de carbono fruto de factores externos (v. gr. vulcanismo, acción humana, incendios, etc. <sup>□</sup>En escala más lenta, el ion carbonato disuelto en el océano –asociado con un catión de calcio– forma piedra caliza. Ésta, con el tiempo, se incorpora a la corteza terrestre, y luego regresa a la atmósfera a través de emisiones volcánicas, procesos tectónicos, en calidad de CO<sub>2</sub> o como parte de ciclo químico carbonato-silicato <sup>†</sup>(<http://www.ipcc.ch/>).

<sup>8</sup> Los corales junto con el plancton son los principales sumideros de carbonato de calcio oceánico y planetario.

El océano tiene 1.000 veces la capacidad calorífica de lagos de agua dulce y ríos, su circulación impulsa el balance térmico global, y desempeña un papel primordial en el ciclo global del carbono. De esta manera, el transporte y transformación de carbón térmico, y muchos otros gases y productos químicos en el océano juegan un papel central en el control, moderación, y atemperación del clima global. El océano es un sumidero clave de CO<sub>2</sub>, pero a medida que los océanos se calientan, la consiguiente pérdida de fitoplancton da lugar a un ciclo de retroalimentación en la que los aumentos en las concentraciones de dióxido de carbono en la atmósfera llevan a océanos más cálidos, y los océanos más cálidos conducen a su vez a un aumento en las concentraciones de dióxido de carbono. Ello tiene un agravante, ya que el ambiente cálido hace que los océanos se calienten, haciendo que se liberen más vapor de agua, que es uno de los gases efecto invernadero.

**El aumento de las temperaturas puede afectar directamente el metabolismo, ciclo de vida y el comportamiento de las especies marinas.** Para muchas especies, la temperatura es una señal para la reproducción, por lo que los cambios de temperatura pueden afectar la reproducción exitosa. Las temperaturas también determinan el número de crías macho y hembra nacidos de las tortugas marinas, así como de algunos peces y cefalópodos. El cambio climático podría afectar los cambios de sexo de algunas especies, amenazando la supervivencia de la población. Al calentarse los océanos, la ubicación de la temperatura ideal del agua puede cambiar para muchas especies.

Burns<sup>9</sup> recuerda que los peces son animales ectotérmicos (de sangre fría); por lo tanto, la temperatura del agua es la fuente primaria de impacto ambiental sobre el pez, incluyendo tasas de crecimiento y de madurez, su distribución y los patrones de migración, y la incidencia de enfermedades. El aumento de las temperaturas oceánicas en todo este siglo es probable que tenga impactos negativos sobre las especies poblaciones altamente migratorias y transzonales en muchas regiones, especialmente las que están cerca del borde de su margen de tolerancia de

---

<sup>9</sup> W. C. G. BURNS «Potential causes of action for climate change impacts under the United Nations Fish Stocks Agreement», *7 Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2006-2007, pág. 34 y ss.

temperatura. Por ejemplo, la variedad de especies de peces de agua más frías, como el capelán, el bacalao polar y el fletán negro, es probable que se contraiga y haya una severa disminución de la abundancia. Una disminución en el afloramiento de nutrientes, como consecuencia del aumento de la estratificación entre las aguas superficiales más cálidas y las más frías aguas profundas, también podría dar lugar a una disminución o cambio radical de la distribución de algunas especies transzonales y migratorias de alto valor económico. Por ejemplo, el aumento de las temperaturas oceánicas podría dar lugar a un desplazamiento de la distribución de los arenques, el bacalao, los cefalópodos y otras especies hacia el norte, alterando sensibles acuerdos pesqueros estratégicos entre ribereños y pescadores de alta mar.

En la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) no se establecieron obligaciones vinculantes exigibles con relación a las especies altamente migratorias y poblaciones transzonales, lo que sí se ha hecho en el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la CNUDM relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Acuerdo de Nueva York de 1995), el que impone obligaciones a las Partes, como la de adoptar medidas de conservación y gestión para las especies que pertenecen al mismo ecosistema, asociadas o dependientes y el deber de proteger la biodiversidad del medio marino. Por lo tanto, en la medida en que el cambio climático pueda causar la disminución de determinadas poblaciones, o alterar su distribución en una manera que afecte negativamente a los intereses de las Partes, sería probable que se produzcan acciones judiciales en el marco del Acuerdo.

Ya no es negado que la acumulación de gases de efecto invernadero en la atmósfera con el deshielo de glaciares y del hielo polar y el consiguiente aumento de la temperatura global está dando lugar a aumentos del nivel medio del mar, creando un círculo vicioso que podría cambiar drásticamente los patrones de circulación y meteorología oceánica en el lapso de unos pocos años. Como el hielo se derrite y los niveles del mar se elevan, las regiones costeras y territorios insulares se vuelven cada vez más vulnerables a las inundaciones y las tormentas, con impactos dramáticos para los asentamientos humanos y los ecosistemas naturales. La República de Tuvalu ofrece un ejemplo tangible de los efectos de los cambios ambientales, que podrían poner en peligro en el futuro a otras

naciones<sup>10</sup>. Similar situación sufren las islas Palau<sup>11</sup> y otras, como Maldivas, Seychelles, etc.

Cada una de las tres últimas décadas ha sido, sucesivamente, más caliente en la superficie de la Tierra que cualquier década anterior desde 1850, con la consiguiente pérdida de masa de hielo glaciares y polares.

En resumen, el cambio climático altera física, química y biológicamente las características del océano y, en un círculo de interacción permanente, a la atmósfera y viceversa.

El Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) ha señalado, entre otros, los siguientes efectos del cambio climático: \*incremento del nivel del mar global promedio en unos 0,09 hasta 0,88 m para el año 2100; \*reducciones en la cubierta de hielo marino; \*temperaturas medias elevadas de la superficie del mar; \*aumento de tormentas e inundaciones en todo el mundo; \*altos niveles de erosión costera acelerada; \*aumento de intrusiones de agua salada en agua dulce superficial y subterránea; \*aceleración de los impactos adversos sobre los peces del mar; \*impactos en la acuicultura, etc.<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Tuvalu –que significa «ocho islas juntas»– es un país pequeño que cubre 26 km<sup>2</sup> en el Océano Pacífico Sur y tiene aproximadamente 10.000 habitantes. No hay arroyos o ríos y hay un suministro limitado de agua de lluvia. La altura máxima sobre el nivel del mar es de aproximadamente 5 metros (promedio dos metros). Las consecuencias del cambio climático para Tuvalu no difieren de los de otras islas pequeñas: la erosión costera, sequías, decoloración y muerte de los corales, aparición de enfermedades, salinización de la tierra con efecto sobre los cultivos. Las principales actividades de Tuvalu son la agricultura de subsistencia y la pesca. En la actualidad, una de las islas de Tuvalu ha perdido sus bancos de arena y sus cocoteros. Los residentes de Tuvalu se consideran los primeros refugiados ambientales en el mundo, ya que el gobierno de Tuvalu ha pedido a Nueva Zelanda y Australia que abran sus puertas a la inmigración.

<sup>11</sup> Palau está formada por 340 islas de origen volcánico y coralino en el mar de Filipinas, si bien sólo 9 islas están habitadas.

<sup>12</sup> El Cuarto Informe del IPCC evaluó las evidencias sobre la situación mundial actual. Algunos de los resultados del mismo se presentan a continuación a modo de resumen. La temperatura media de la superficie de la Tierra ha subido 0,74 °C desde finales del siglo XIX. Se prevé que para el año 2100 habrá subido entre 1,8 °C y 4 °C o más si no se hace nada para impedirlo. Eso supone un cambio rápido e intenso en el tiempo geológico. Incluso si sólo subiera 1,8 °C sería un aumento de temperatura mayor que en ningún otro siglo en los últimos 10.000 años. Es probable que alrededor de un 20-30 % de las especies vegetales y animales corran un mayor riesgo de extinción si la temperatura



Los aspectos específicos de afectación sobre el medio marino incluyen arrecifes de coral, mamíferos polares, ecosistemas costeros, especies comerciales y no comerciales de la vida marina, etc. Resultan de ello impactos sociales y económicos que van desde la pérdida de la propiedad (incluida la masa de tierra), la pérdida de acceso a agua potable, y la pérdida de la infraestructura costera, la pérdida alimentaria por agotamiento potencial de una serie de poblaciones de peces comerciales, el aumento de la velocidad y la intensidad de las tormentas ciclónicas, la eutrofización y acidificación de los océanos con daño a los ecosistemas marinos, afectando las interacciones atmosféricas y oceánicas.

La mitigación y adaptación en materia de cambio climático global deberá estar intrínsecamente ligada a la salud y el bienestar de los océanos y de la Tierra y, con ello, también del ser humano, y sin embargo, los océanos siguen siendo una de las áreas del planeta menos protegidas.

La gran confianza en la capacidad del hombre de manejar la naturaleza y con ello el cambio climático ha llevado a avances en intervenciones en los ciclos naturales de la atmósfera y de los mares. Así, la Geoingeniería pretende modificar los componentes de la atmósfera y la bomba biológica de los océanos. Países como EE. UU., Alemania y otros desarrollados, o de avanzada tecnología –como Canadá– confían en la geoingeniería para controlar el cambio climático<sup>13</sup>.

---

media mundial sube por encima de un margen de 1,5-2,5 °C. Recuerda el Informe que según la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica (NOAA, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos, nueve de los últimos diez años han sido los más calurosos de los que se tiene constancia, siendo los años 2005 y 2010 los más calurosos, seguidos de 1998 en segundo lugar. El nivel medio del mar subió entre 10 y 20 cm a lo largo del siglo XX. Se espera que para 2100 haya subido entre 18 y 59 cm más. Las temperaturas más altas provocan que el volumen de los océanos se expanda. Al derretirse, los glaciares y las calotas glaciarias añaden más agua a los océanos. Así, a medida que el blanco brillante del hielo y la nieve deja paso al azul marino oscuro, se reduce cada vez más la capacidad para reflejar los rayos del sol, lo cual intensifica el calentamiento (<http://www.ipcc.ch/>).

<sup>13</sup> W. BURNS, «Introduction: Climate Change Geoengineering», *CCLR*, 2013, pág. 87 y ss. V. asimismo H. J. BUCK, «Geoengineering: Re-making Climate for Profit or Humanitarian Intervention?», *43 Development and Change* (2012), págs. 253, 255; V. BROVKIN, *et al.* «Geoengineering Climate by Stratospheric Sulfur Injections: Earth System Vulnerability to Technological Failure», *92 Climatic Change* (2009), págs. 243, 252; P. HECKENDORN, *et al.* «The Impact of Geoengineering Aerosols on Stratospheric Temperature

La geoingeniería climática, ha sido definida en sentido amplio como “la manipulación deliberada, a gran escala, del medio ambiente planetario dirigida a contrarrestar el cambio climático antropogénico”<sup>14</sup>. Pero, muchas opciones de geoingeniería podrían plantear riesgos considerables. Por ejemplo, la opción de manejo de la radiación solar, la inyección de aerosoles de sulfato estratosférico, podrían dar lugar a una reducción sustancial de las precipitaciones en las regiones monzónicas del Este y el Sudeste de Asia y África, que podrían socavar la seguridad alimentaria de más de 2 mil millones de personas, a más de tener efectos adversos graves sobre la capa de ozono estratosférico. Frente a las incertidumbres

---

and Ozone», *4 Environmental Research Letters* (2009), págs. 1-7; Ch. BERTRAM, «Ocean Iron Fertilization in the Context of the Kyoto Protocol and the Post-Kyoto Process», *38 Energy Policy* (2010), págs. 1130-1131. K. N. SCOTT, «The Day After Tomorrow: Ocean CO 2 Sequestration and the Future of Climate Change», *18 Georgetown International Environmental Law Review* (2005), págs. 57, 95.

<sup>14</sup> THE ROYAL SOCIETY, «Geoengineering the climate: science, governance and uncertainty», September 2009. Con relación al albedo de los Océanos señala: «*Ocean Albedo: (...) In view of the large proportion of the Earth's surface occupied by the oceans and the low albedo associated with such surfaces, any technique that significantly increased that albedo could have a major effect. The engineering challenges and environmental impacts of such methods are considerable. However no proposals appear to have been published in the peer-reviewed literature at present, and without more detailed information on the feasibility, costs and ecological impacts of such methods it is not yet possible to provide an assessment*». En las conclusiones, el informe expresa cómo debe ser la gestión y gobernanza de la geoingeniería: «*Geoengineering, like other emerging areas of technology, requires flexible frameworks of governance and regulation, which can be adapted in light of fresh evidence and analysis. The legal landscape is both fragmented and uncertain and relevant controls necessarily span domestic, regional and international law. While no single international instrument applies, there are a number of existing treaties and customary rules which could be brought to bear, depending on where the activity and its effects occur. However, many of the questions and uncertainties over geoengineering extend beyond the realm of economic assessments, regulation or risk management, to encompass broader questions about direction, ownership and control. Research into ethical, legal and social issues associated with both research into geoengineering and the implications of implementing geoengineering options will require some targeted funding from governments and (...) alongside larger-scale investments in the scientific and technical aspects of geoengineering. Scientists and policymakers also need to find meaningful ways of engaging diverse publics and civil society in debates over geoengineering and in the development of governance frameworks.*» (Disponible en págs. 37, 45 y ss. [https://royalsociety.org/~media/Royal\\_Society\\_Content/policy/publications/2009/8693.pdf](https://royalsociety.org/~media/Royal_Society_Content/policy/publications/2009/8693.pdf)) (consulta de 10 de abril de 2015).

de la geoingeniería deben aplicarse los principios precautorios propios de los regímenes de regulación de riesgos.

También, en el ámbito de la mitigación y adaptación frente al cambio climático se ha desarrollado la fertilización oceánica a la que se define como “cualquier actividad emprendida por los seres humanos con la intención principal de estimular la productividad primaria en los océanos”<sup>15</sup>.

La adición de nutrientes induce la actividad de fitoplancton y algas en crecimiento, que absorben dióxido de carbono atmosférico, mientras las algas muertas van al fondo del océano. La eliminación de dióxido de carbono de la atmósfera se acelera, y su retorno a la atmósfera se retrasa, puesto que se transporta a profundidades de las que es poco probable vuelva para entrar en la atmósfera en forma de gas durante –al menos– un siglo.

Los riesgos incluyen cambios en la diversidad biológica y posibles daños a los ecosistemas marinos, *v. gr.*: cambios en las especies dominantes de fitoplancton; eutrofización; creación de zonas anóxicas o zonas muertas en el océano; formación de materiales tóxicos; creación y liberación de gases de efecto invernadero como el óxido nitroso. Estos impactos no se limitan a una sola jurisdicción nacional, de manera que las actividades que se producen en una jurisdicción pueden resultar en impactos en otro, o los impactos en una jurisdicción pueden ser transportados a otro.

Recientemente, ha habido casos relativos a fertilización. Entre ellos, el caso de la “*Corporación Haida de restauración del salmón*” (Canadá 2012). La Corporación –a iniciativa de un hombre de negocios de Estados Unidos y presidida por autoridad local oficial de Desarrollo Económico, con apoyo financiero de un grupo indígena Haida local– con el propósito de impulsar la población de salmón en la zona, introdujo 100 toneladas métricas de sulfato de hierro. La actividad permitía el retorno de gastos a través de la venta de créditos de carbono, aspecto incumplido frente al grupo indígena.

Otro caso judicial ha sido el “*Lohafex*”<sup>16</sup> (2009), llevado adelante por actividad desarrollada en el Atlántico Sur por un equipo de 48 científicos de distintas nacionalidades, entre ellos, 32 de la India (incorporación

---

<sup>15</sup> L. KOVAC, «Ocean fertilisation - What next?», *9 Macquarie J. Int'l & Comp. Envtl. L.*, 2013, pág. 39 y ss.

<sup>16</sup> LOHA en hindi significa «hierro», FEX es la sigla de «Fertilization EXperiment».

de 6 toneladas de sulfato de hierro en 300 km<sup>2</sup>, aproximadamente, en la coordenada 50°S, 37°W)<sup>17</sup>. Fue iniciado por el Ministerio Federal Alemán de Investigación y llevada a cabo por el Instituto Alfred Wegener de Alemania. Sin embargo, incluso el responsable del proyecto, profesor Smetacek, reconoció que la fertilización del océano, probablemente no sería un instrumento adecuado para atenuar los efectos del cambio climático en la región polar. El experimento desde su anuncio se vio envuelto en controversias y críticas desde todos los sectores; no solo ecologistas, sino también científicos y políticos. Ello, debido no sólo al temor de alterar artificialmente el clima sin prever sus consecuencias, sino además, porque el experimento violaba la moratoria global sobre fertilización del océano establecida a través del sistema del Convenio de Diversidad Biológica.

## II. Responsabilidad por daños a los océanos y los mares

### *Aspectos normativos*

Desde tiempos remotos el contenido gaseoso de la atmósfera (*aër* en griego) –al igual que los mares y océanos– ha sido considerada patrimonio común<sup>18</sup>. Así lo regularon los romanos en el siglo VI. En las Institutas del emperador *Justiniano* (II.1.1: Clasificación de las cosas [*De rerum divisione*]) se ha establecido “*Por ley de la naturaleza, las cosas pue-*

---

<sup>17</sup> La expedición a bordo del rompehielos alemán Polarstern salió de Ciudad del Cabo el 7 de enero de 2009 y concluyó el 17 de marzo del mismo año en Punta Arenas, Chile. Esa misma embarcación había actuado en experimentos anteriores en 2000 y 2004 (Eisen Ex).

<sup>18</sup> Se ha señalado que la expresión «aire», «espacio aéreo» (incluso «espacio ultraterrestre» y «espacio exterior»), tienen connotación dominial, división espacial, estática. Así, se hace referencia a pertenencia a un Estado, bien de uso común o patrimonio común de la humanidad de conformidad al menor o mayor grado de internacionalización o institucionalización de una administración central internacional); en cambio, el término «atmósfera» (del griego «atmós = vapor y sphaira = esfera) hace referencia al recurso natural que se mueve a través de las fronteras, unidad fluida, singular, global, indivisible. La atmósfera es el mayor recurso natural de la tierra, recurso limitado, en el sentido de que tiene limitada capacidad de asimilación, siendo el «aire puro» un recurso natural agotable.

*den ser de todos: estas cosas que, naturalmente, son comunes a todos son el aire, el agua que corre, el mar y las costas del mar”).*

En el plano nacional, la acción legislativa en relación con la contaminación atmosférica se remonta ya a la Edad Media. Así, suele recordarse la Ordenanza inglesa del año 1273, que prohibía la combustión de carbón en Londres<sup>19</sup>. La normativa nacional actual es amplísima y no es objeto de este trabajo. A pesar de ello, destacamos el Acuerdo entre Canadá y EE. UU. sobre la Calidad del Aire de 1991, dirigido a encarar el problema de la contaminación atmosférica transfronteriza, en particular, la causante de la lluvia ácida. El elemento fundamental de este acuerdo bilateral es el compromiso de ambas partes de controlar la contaminación atmosférica transfronteriza. En el anexo I del Acuerdo se establecen los objetivos y plazos específicos para cada país respecto de las limitaciones de las emisiones de dióxido de azufre y óxido de nitrógeno, que son los principales elementos químicos que contribuyen a la lluvia ácida. El Acuerdo contempla la aplicación de normas ambientales consuetudinarias, prevé la evaluación previa de las medidas, actividades y proyectos propuestos para determinar si es probable que causen una contaminación atmosférica transfronteriza significativa, y establece la obligación de notificar al otro Estado de esas actividades o proyectos y de las actividades o proyectos que puedan crear un riesgo sensible de daño transfronterizo, a más de establecer el deber de consultar a pedido de la otra parte.

En el plano internacional, hasta el siglo XX, ni la atmósfera ni el aire fueron considerados ámbitos que debían ser reglamentadas por el derecho internacional<sup>20</sup>.

Hasta aproximadamente la década de 1980, la expresión “ciencia del clima” era un término general que hacía referencia a los aspectos de la meteorología, la oceanografía, la glaciología, algunos aspectos de la geografía y de las ciencias de la Tierra. Desde entonces, la ciencia del clima ha madurado hasta convertirse en una disciplina científica autónoma, que

---

<sup>19</sup> I. H. ROWLANDS, «Atmosphere and outer space», en D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2012 (<http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199552153.013.0014>).

<sup>20</sup> Ello a diferencia del Derecho del Mar, el que se remonta a los primeros tiempos del Derecho Internacional Ambiental y a etapas aún más antiguas.

tiene una temática propia, con principios propios, un programa de investigación con modelos exclusivos<sup>21</sup>, un plan de estudios original, un marco teórico asociado y un enfoque común para estudiar el uso de técnicas apropiadas para la comprensión y el descubrimiento de nuevos conocimientos. Los científicos tienen hipótesis, pero a menudo no saben la probabilidad exacta o la mecánica del “cambio climático abrupto” (por ejemplo, la circulación oceánica, el colapso de la capa de hielo, la formación e impacto de las nubes, la liberación catastrófica de metano del sedimento oceánico, etc.). Sin embargo, los conocimientos del clima están avanzando a un ritmo vertiginoso, creciendo con ello la tendencia de considerar a la ciencia del clima y su régimen jurídico como área del derecho nueva, como verdadera disciplina autónoma<sup>22</sup>.

Las principales críticas a la normativa internacional ambiental del último siglo están dirigidas a la sectorialidad y fragmentación de los regímenes regulatorios y a la falta de visión holística sinérgica. La ciencia del clima en su visión actual puede aglutinar e interrelacionar todos los aspectos del sistema climático.

Numerosos acuerdos internacionales se ocupan de aspectos vinculados al cambio climático. Así, entre otros, acompañan a la Convención sobre Cambio Climático y su Protocolo, los acuerdos sobre Capa de Ozono, Derecho del Mar, Diversidad Biológica, Patrimonio Mundial Natural y Cultural, Comercio, Salud, Meteorología, e incluso Derechos Humanos por los impactos sociales y económicos de las mutaciones del clima<sup>23</sup>.

Esta última relación –con los DD. HH.– fue percibida por la OEA, la que en su *Res. 2429 (XXXVIII-O/08) Derechos humanos y cambio climático en las Américas* (aprobada en la cuarta sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2008) resolvió: “(...) 4. Encomendar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, con el apoyo de la Secretaría General, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Departamento de Desarrollo

---

<sup>21</sup> Entre ellos, modelos de simulación virtuales con capacidad de analizar y proyectar espacios de 100 km<sup>2</sup> por 1 km de espesor.

<sup>22</sup> K. ENGEL, J. OVERPECK, «Adaptation and the courtroom: Judging climate science», 3 *Mich. J. Env'tl. & Admin. L.*, 2013, pág. 1 y ss.

<sup>23</sup> M. A. K. MUIR, «Oceans and Climate Change: Global and Arctic Perspectives», 7 *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, 2006, pág. 50 y ss.

Sostenible, en la medida de sus posibilidades, contribuya a los esfuerzos para determinar la posible existencia de una vinculación entre los efectos adversos del cambio climático y el pleno goce de los derechos humanos, procurando coordinar para tal efecto con el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, y en consulta con los Estados Miembros, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) y el Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA”.

Existe la posibilidad de llevar la cuestión a los ámbitos de las instituciones jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de DD. HH. (tanto en cuestión de daños a la atmósfera, a los océanos. como cualquier otra afectación ambiental grave para la salud y la vida humanas)<sup>24</sup>.

En la práctica, se cuenta con ejemplos de esa interrelación. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido el 7 diciembre de 2005 una petición contra los Estados Unidos por los *daños a las comunidades Inuit* como consecuencia de su contribución al cambio climático y por su falta de disposición para adoptar medidas para paliarlo<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> En el próximo tópico nos ocuparemos de la jurisprudencia y cuasijurisprudencia en general que puede tener relevancia para el tópico bajo tratamiento.

<sup>25</sup> Sheila Watt-Cloutier, ex Presidente de la Conferencia Circumpolar Inuit, presentó el 7 de diciembre de 2005 una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), invocando *violaciones de los derechos humanos de los Inuit* (aproximadamente 155.000 personas indígenas que habitan la región ártica de Canadá, Alaska, Groenlandia y Rusia [Inupiat, Yupik (Alaska), Inuit, Inuvialuit (Canadá), Kalaallit (Groenlandia) and Yupik (Rusia)], resultantes del calentamiento global causado por las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los Estados Unidos de América. La petición solicita a la Comisión que recomiende que Estados Unidos de América del Norte adopte límites obligatorios a sus emisiones de gases de efecto invernadero y coopere con la comunidad de naciones para prevenir interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático, objetivo de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Además, la petición solicita a la Comisión declarar que los Estados Unidos de América del Norte tiene la obligación de trabajar con los Inuit para desarrollar un plan para ayudarlos a adaptarse a los impactos inevitables del cambio climático. La peticionante dijo que la desaparición de hielo ha aislado a las comunidades árticas de Estados Unidos y Canadá y que actividades de supervivencia como la caza y pesca «se han vuelto más peligrosas o imposibles»; que las placas de hielo se separan de la tierra con más facilidad, llevándose hacia el mar a los cazadores donde se enfrentan a un destino incierto. «Muchos cazadores han muerto o son heridos de gravedad después de caer a través del hielo que antes conocían como seguro». Las tormentas y la erosión han

También la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos se ocupó de la relación entre cambio climático y derechos humanos en el caso del *Centro de Acción Social y del Centro de Derechos Económicos y Sociales v. Nigeria* (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Com. N° 155/96 (2001)<sup>26</sup>, –vinculada a los océanos atento que la contaminación se produjo en el delta del río Níger–. La Comunicación afirmó que el gobierno militar de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de la empresa petrolera estatal, la Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria, accionista mayoritaria de un consorcio con Shell Petroleum Development Corporation, y que estas operaciones habían causado la degradación

---

causado graves daños. Watt-Cloutier afirmó: «El cambio climático está destruyendo nuestro derecho a la vida, la salud y los medios de subsistencia. Los Estados que no reconocen estos impactos y no toman medidas violan nuestros derechos humanos»; «las normas de derechos humanos son claras en cuanto al deber de proteger la cultura y modo de vida de los pueblos indígenas». La peticionante recordó que en la ciudad de Shishmaref (Alaska), edificios y casas se habían precipitado al mar y la ciudad completa había tenido que ser reubicada. También se han dañado innumerables edificios, carreteras, oleoductos y otras infraestructuras. básicas. Entre los desastres naturales registrados, cita duros e inesperados fenómenos meteorológicos como los vientos de velocidades récord en Iqaluit, que en febrero arrancaron techos de casas y otros edificios. También hizo referencia a la pérdida cultural de los Inuit, ya que el incremento de las temperaturas afectó prácticas tradicionales del pueblo. Por ejemplo, sus modalidades de guardar comida, las comunicaciones por trineo, las expediciones de cazadores, modo de vida. La pérdida de biodiversidad y el deshielo han afectado a especies autóctonas como focas, morsas y osos polares y puede ponerlos en peligro de extinción, atentando contra la seguridad alimentaria de los Inuit. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA ha abordado en el pasado temas medioambientales derivados principalmente de la minería y la tala de árboles, pero esta fue la primera petición vinculada al calentamiento ambiental como violación de los derechos humanos. Sin embargo, la Comisión entendió que no tenía capacidad legal en el marco de la Carta de la OEA para imponer «sanción» a Estados Unidos ya que el referido Estado no es parte en el Pacto de San José de Costa Rica (pronunciamiento de marzo de 2007). (<http://www.inuitcircumpolar.com/inuit-petition-inter-american-commission-on-human-rights-to-oppose-climate-change-caused-by-the-united-states-of-america.html>; [www.boston.com/news/science/articles/2007/03/01/inuits\\_blame\\_us\\_for\\_climate\\_change/](http://www.boston.com/news/science/articles/2007/03/01/inuits_blame_us_for_climate_change/);

<http://www.milenio.com/index.php/2007/02/28/45527/>) (consulta de 2 de mayo de 2015). Cabe observar que la CIDH, frente al caso, no usó sus facultades de promoción y de órgano principal del sistema interamericano.

<sup>26</sup> V. <http://www.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html>



ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación del medio ambiente en el pueblo Ogoni, causando numerosos vertidos evitables en la proximidad de las aldeas. La comunicación invocó la contaminación resultante del agua, el suelo y el aire, que ha tenido graves repercusiones en la salud de las personas a corto y largo plazo, incluyendo infecciones de la piel, gastrointestinales y enfermedades respiratorias y aumento del riesgo de cáncer, enfermedades neurológicas y problemas reproductivos. Asimismo, alegó que en el curso de los últimos tres años, las fuerzas de seguridad de Nigeria habían atacado, quemado y destruido varias aldeas Ogoni y sus casas con el pretexto de desalojar a simpatizantes del Movimiento de la Supervivencia del pueblo Ogoni. La Comisión encontró, *i.a.*, que la República Federal de Nigeria, había obrado en violación de los artículos 2, 4, 14, 16, 18 (1), 21 y 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; hizo un llamamiento al Gobierno de la República Federal de Nigeria para que garantizara la protección del medio ambiente, la salud y el sustento de la gente de Ogoni; ordenó a Nigeria garantizar una indemnización adecuada a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, incluida la asistencia para el reasentamiento y limpieza integral de tierras y ríos dañados por las operaciones petroleras, especialmente en el Delta del Níger<sup>27-28</sup>.

El cambio climático, cada vez más, interfiere con la realización de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la cultura, a la alimentación, a la autodeterminación, a la propiedad y al desarrollo. Esta tendencia se va a ir incrementando. Los impactos sociales y económicos del cambio climático relacionados con el océano en los asentamientos humanos no deben ser subestimados. Bien señala Bratspies que los más pobres y los más vulnerables sufrirán primero, pero al final de la crisis llegará a todos<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Dictamen producido en 30ª sesión ordinaria, celebrada en Banjul, Gambia desde el 13 al 27 de octubre de 2001.

<sup>28</sup> V. *infra* el *Caso Jégo-Quééré*.

<sup>29</sup> R. BRATSPIES, «Do We Need a Human Right to a Healthy Environment?», *13 Santa Clara J. Int'l L.* 2015, pág. 34; C. CARLARNE, M. DEPLEDGE, «Sick of the Weather: Climate Change, Human Health and International Law», *9 Envtl. L. Rev.*, 2007, págs. 237-238.

## Pronunciamientos jurisprudenciales

Hay poca jurisprudencia o cuasijurisprudencia vinculada al cambio climático y sus efectos en el sistema climático, con relación a su efecto en océanos y mares.

Uno de los primeros casos en materia de contaminación del aire se ventiló ante un tribunal nacional, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En el caso *Estado de Georgia vs. Tennessee Copper Company y Ducktown Sulphur, Copper and Iron Company Ltd.*, el litigio se entabló contra dos compañías dedicadas a la minería del cobre en el estado de Tennessee, que realizaban operaciones de minería y fundición cerca de la frontera con el estado de Georgia. Las compañías emitían grandes volúmenes de dióxido de azufre, que producía ácido sulfúrico en la atmósfera. El estado de Georgia interpuso una acción de jurisdicción originaria ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para impedir que ambas compañías descargaran el gas nocivo producido por sus instalaciones. El demandante alegó que las emisiones, arrastradas por el viento, habían dado lugar a una destrucción masiva de bosques, huertos y cultivos en Georgia. El Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 1907 consideró que se trataba de una demanda justa y razonable, por parte de una entidad soberana. En 1914, Georgia y la Tennessee Copper Company llegaron a un acuerdo con arreglo al cual esta última se comprometía a contribuir a un fondo para indemnizar a los damnificados por las emanaciones de su planta, a autorizar la inspección de su planta y a explotar solamente el número de hornos de fundición de concentrados verdes que fueran necesarios. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo con la Ducktown Company y, por lo tanto, el Tribunal Supremo dictó una segunda sentencia el 10 de mayo de 1915. El Tribunal Supremo, aunque en definitiva falló a favor de la petición de medida cautelar de Georgia, consideró que era imposible determinar la reducción necesaria en el contenido de azufre de las emisiones de la Ducktown Company para evitar perjuicios al Estado de Georgia. El Tribunal Supremo impuso ciertas condiciones a la Ducktown Company en relación con el mantenimiento de registros, la inspección y la limitación de los niveles de las emisiones.

Más recientemente, en el ámbito nacional de los EE. UU., destacamos el caso *Massachusetts v. EPA*, decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 2 de abril de 2007 (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785), que versó, en parte, sobre la “obligación” de la

Agencia de Protección del Medio Ambiente de reglamentar las emisiones de gases invernadero.

En el ámbito del Derecho internacional se llevaron adelante algunos casos de aspectos vinculados al cambio climático.

El asunto *Trail Smelter* (Fundición de Trail) entre los Estados Unidos y el Canadá (en ese entonces un dominio del Reino Unido) sigue siendo la jurisprudencia rectora en el ámbito de la contaminación atmosférica transfronteriza en el derecho internacional contemporáneo, que afirma el principio consuetudinario de *sic utere tuo ut alienum non laedas* entre países vecinos. Sus laudos arbitrales de 1938 y 1941 son representativos del tipo tradicional de litigio internacional ambiental. Según esos dictámenes el Estado territorial está obligado a actuar con diligencia debida sobre las actividades de las personas naturales y jurídicas dentro de su territorio con el fin de velar para que dichas actividades no causen daño a otros Estados y sus nacionales. Si una actividad no puede llevarse a cabo sin causar serios daños transfronterizos el estado debe proscribirla.

En los asuntos *Ensayos nucleares* de 1973 (Australia contra Francia y Nueva Zelandia contra Francia), entablados ante la Corte Internacional de Justicia, si bien, en la sentencia de 20 de diciembre de 1974, la Corte no se ocupó sobre el fondo de la cuestión, se suscitó un vivo debate sobre la posible contaminación atmosférica, en particular sobre la lluvia radioactiva que los ensayos causaban sobre territorio australiano y neozelandés.

Además, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad del empleo de armas nucleares*<sup>30</sup>, mencionó la obligación de los Estados de abstenerse de causar daños significativos en el medio ambiente en razón de su contaminación transfronteriza, incluida la contaminación atmosférica<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.*

<sup>31</sup> En particular, en el párr. 29, señaló: «29. *The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment*

Los casos más importantes para nuestro tópico llevados adelante ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) son los relativos al *Atún de aleta azul*<sup>32</sup>. En la Ordenanza de 27 de agosto de 1999, en párr. 70, el Tribunal consideró que “*the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment*” y dictaminó por 20 votos contra 2, en el punto primero, que en espera de una decisión sobre el fondo del tribunal arbitral, Australia, Japón y Nueva Zelanda debían abstenerse de tomar medida de acción alguna que pudiera agravar o prolongar los litigios ante el tribunal arbitral. El juez Treves en opinión separada, al hacer referencia al párr. 70 que acabamos de señalar, expresó: “*On the basis of that statement, it seems reasonable to hold that the prevention of serious harm to the southern bluefin tuna stock is the appropriate standard for prescribing measures in the present case. This standard can apply to measures for the preservation of the rights of the parties because these rights concern the conservation of that very stock.*” “Debemos concluir que –de conformidad a lo entendido por el TIDM– en caso de que el cambio climático afectara la conservación de “todo un stock de especie ictícola”, cabría acudir a ese tribunal para solicitar medidas de preservación<sup>33</sup>. Por su parte, el tribunal arbitral, en su fallo sobre competencia y admisibilidad de 4 de agosto de 2000<sup>34</sup>, respondiendo a las objeciones preliminares de Japón a la competencia, concluyó que no tenía competencia *prima facie* para conocer del litigio entre las partes, ya que el conflicto se presentó en el marco del Convenio para la Conservación del Atún de Aleta Azul (Convención CSBT) y no bajo la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM). El Tribunal Arbitral entendió que las partes litigantes, ambas partes en la

---

*of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.»*

<sup>32</sup> ITLOS Cases N° 3 and 4 *Southern Bluefin Tuna Cases- Request for the prescription of provisional measures pending the constitution of an arbitral tribunal in the dispute concerning southern bluefin tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*. (V. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_3\\_4/Order.27.08.99.E.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf)).

<sup>33</sup> V. *infra*.

<sup>34</sup> V. [http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/award\\_on\\_jurisdiction\\_and\\_admissibility.pdf](http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/award_on_jurisdiction_and_admissibility.pdf)

Convención CSBT, habían reemplazado el proceso de solución de diferencias vinculante establecido bajo la CNUDM por el proceso no vinculante establecido en el Convenio CSBT. Ello, aunque ningún texto expreso de la Convención CSBT excluye la CNUDM y su procedimiento vinculante de solución de controversias.

La disputa entre *Malasia y Singapur relativa a la actividad de recuperación de tierras por parte de Singapur*<sup>35</sup>, hizo referencia a los artículos 192 y 194 de la CNUDM. Malasia (2003), *i.a.* solicitó medidas provisionales al TIDM hasta tanto se constituyera el Tribunal arbitral del Anexo VII. A su vez, solicitó que el tribunal arbitral dictaminara que Singapur debía –a la luz de la evaluación y de los procesos necesarios de consultas y negociaciones con Malasia– revisar sus planes y proyectos con el fin de minimizar o evitar los riesgos o efectos de la contaminación o de otros efectos significativos de las obras que llevaba adelante en el medio marino, incluida la sedimentación excesiva, los cambios en el nivel del lecho y la erosión costera. Sin embargo, el TIDM entendió que, si bien, de conformidad con el artículo 290, párrafo 1, de la CNUDM podía dictar medidas para preservar los derechos de las partes en la controversia o para prevenir daños graves al medio ambiente marino, teniendo en cuenta el breve tiempo que restaba para que el tribunal arbitral se constituyera, no había necesidad ni urgencia para la adopción de medidas. Las partes, ante el Tribunal arbitral llegaron a un acuerdo de solución del diferendo vía negociación<sup>36</sup>, por lo que no llegaron a tratarse en sede jurisdiccional los arts. 192 y 194 de la CNUDM.

En el caso de la *MOX*<sup>37</sup> *Plant de Sellafield*, hubo varias etapas jurisdiccionales, en distintos ámbitos y por diferentes fundamentos jurídicos, si bien todos encadenados. Esas etapas jurisdiccionales se han dado: a) ante el Tribunal Arbitral de conformidad al Anexo VII de la CNUDM,

---

<sup>35</sup> ITLOS Case N° 12 «Case concerning land reclamation by Singapore in and around the straits of Johor (Malaysia v. Singapore), provisional measures» (V. [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_12/12\\_order\\_081003\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_12/12_order_081003_en.pdf)).

<sup>36</sup> V. [www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil\\_id=364](http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=364)

<sup>37</sup> El «MOX» (mixed oxid fuel) es un combustible nuclear obtenido de la reutilización del plutonio y su combinación con uranio. La Planta de MOX a que se refiere el caso está ubicada en Sellafield-Cumbria-Reino Unido en proximidades de la costa del Mar de Irlanda.

en base a solicitud de Irlanda presentada el 25 de octubre de 2001, para la solución del problema de fondo, relativo básicamente a las descargas en el Mar de Irlanda de desechos radiactivos producidos por la MOX Plant ubicada en el Reino Unido, el movimiento de materiales radiactivos y la obligación de protección y preservación del medio marino<sup>38</sup>; b) ante el TIDM por la solicitud de Irlanda (9 de noviembre de 2001) de adopción de medidas provisionales de conformidad al art. 290.5 de la Convención, por estar pendiente de constitución el tribunal arbitral referido en el punto anterior; c) ante un Tribunal Arbitral constituido de conformidad a la Convención para la Protección de Medio Marino en el Noreste Atlántico (Convención OSPAR), en la disputa concerniente a su derecho al acceso a la información ambiental con base en el art. 9 de la Convención<sup>39</sup>; d) ante el *Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE)*, ya que el asunto de la Mox Plant fue llevado el 30 de octubre de 2003 por la Comisión de las Comunidades Europeas (CE) al TJCE, por considerar que

---

<sup>38</sup> El Tribunal arbitral, en ordenanza de 24 de junio de 2003, decidió suspender los procedimientos por considerar, *i.a.*, que podía surgir un conflicto de jurisdicción con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 282 de la CNUDM), por tratarse de una materia delegada por Irlanda y el Reino Unido en la Comunidad, confirmó la medida provisional establecida por el TIDM el 3 de diciembre de 2001.

<sup>39</sup> El Tribunal, en laudo final de 2 de julio de 2003, concluyó por mayoría que, *i.a.*, la reclamación de Irlanda no encuadraba en el art. 9 invocado y que Irlanda no había probado la razonable posibilidad de daños sustanciales al medio ambiente en esa área. El árbitro Gavan Griffith QC, en opinión disidente, en el caso de referencia, recordó que, erróneamente, el Tribunal exigió a Irlanda probar esa posibilidad cuando la aplicación del principio de precaución (no considerado en el voto de la mayoría) exigía que la carga de la prueba de que el riesgo no existía debía recaer en el Reino Unido (parág. 72 y ss.). Griffith se basó en el art. 2.2. a) de la *Convención OSPAR* (art. 2.2.: «Las partes contratantes aplicarán: a) el principio de precaución, en virtud del cual serán tomadas medidas preventivas cuando haya fundamentos razonables para considerar que las sustancias o energía introducidas, directa o indirectamente, en el medio marino pueden acarrear riesgo para la salud humana, peligro a los recursos vivos y los ecosistemas marinos, dañar usos recreativos u otros usos legítimos del mar, incluso cuando no haya evidencia concluyente de la relación causal entre actividades y efectos; (...)») y reforzó la posición invocando la *Comunicación de la Comisión de las CE sobre el principio precautorio COM (2000) 1*, parág. 6.4. Es de observar que el Reino Unido no desconoció el principio de precaución. Por el contrario, en su respuesta de 24 de abril de 2003 (parág. 8.34), expresó: «El RU estuvo, y lo está hoy, guiado por el principio de precaución, tal como ha sido elaborado por la normativa de CE en el contexto de la *Estrategia 2001-2020*».

Irlanda, al iniciar procedimiento arbitral, no había tomado en consideración que la CE es parte de la CNUDM, colocando así normas comunitarias a consideración de tribunales externos al ordenamiento jurídico comunitario, violando la jurisdicción exclusiva del TJCE, garantizada por el art. 292 del Tratado de la CE y el art. 193 del Tratado de la CEEA (Euratom) y violando el deber de leal cooperación impuesto por los arts. 10 del Tratado de la CE y el 192 de Euratom (pronunciamiento de 10 de mayo de 2004, p. 24)<sup>40</sup>.

En lo que hace a la legitimación activa, es de destacar el Caso *Jégo-Quére et Cie S.A.*<sup>41</sup> vs. *Commission*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la UE (T177/07, mayo 3, 2002) dispone el acceso directo del individuo al Tribunal, bastando que la decisión europea afecte la posición legal del individuo, restringiendo sus derechos o imponiendo obligaciones de modo inmediato (sin requerirse ya el criterio más limitativo de “afectación”)<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> V. R. VIRZO, «Note e Commenti» «In tema di misure cautelari comportanti obblighi di cooperazione per la protezione dell’ambiente marino», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, 2005-2, pág. 398. V. Asimismo Z. DRNAS DE CLÉMENT, «La obligación de cooperar (en particular, la obligación de intercambiar información y monitorear la existencia de riesgos) como parte de las obligaciones de protección y preservación precautoria del medio marino», *Segunda Jornada de Reflexión sobre Medioambiente - Instituto de Federalismo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2005, pág. 7 y ss. (obtenible en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

<sup>41</sup> Empresa pesquera francesa que operaba de manera regular en aguas del Sur de Irlanda.

<sup>42</sup> Case 177/07, May, 3 2002: «*The Court of First Instance points out that, according to the case-law of the EC Court of Justice, access to the courts is one of the fundamental elements of a community based on the rule of law, as guaranteed by the legal order based on the EC Treaty, which has established a complete system of legal remedies and procedures designed to permit the Court of Justice to review the legality of measures adopted by the institutions. The Court of Justice has held that the right to an effective remedy before a court of competent jurisdiction is based on the constitutional traditions common to the Member States and on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. That right is reaffirmed by Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed in Nice on 7 December 2000. The Court of First Instance therefore rules that, in order for individuals to be properly protected by the courts, a natural or legal person is to be regarded as individually concerned by a Community measure of general application that concerns him directly, if the measure in question affects his legal position, in a manner which is*

También es digna de mención la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de diciembre de 2011, en el asunto *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*, que confirmó la validez de la Directiva de la Unión Europea por la que se incluyen las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

### **III. Ámbitos en los cuales hacer efectiva la responsabilidad**

Las grandes preocupaciones doctrinarias en el plano internacional se centran en las deficiencias percibidas en el sistema de solución de controversias y, con ello, en la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad por violación de las normas relativas a cambio climático y sus efectos en los distintos subsistemas climáticos.

Tal como lo señaláramos precedentemente, las convenciones vinculadas a la atmósfera no prevén procedimientos compulsivos en caso de violación de sus normas.

Por ejemplo, la Convención Marco sobre Cambio Climático, en su art. 14, relativo al arreglo de controversias establece que las partes “tratarán” de solucionar el diferendo mediante la negociación o cualquier otro medio pacífico de su elección. Agrega que las partes “podrán” –mediante declaración– aceptar el sometimiento obligatorio a la Corte Internacional de Justicia (si se trata de Estados) o al arbitraje (si se trata de Estados u Organizaciones internacionales de integración económica). Prevé un procedimiento de oficio a petición de cualquiera de las Partes pero de dictamen no vinculante: la conciliación. Además, de conformidad al art. 19 del Protocolo de Kioto se aplica el sistema de controversias del Convenio.

Algo similar sucede con los Convenios sobre Diversidad Biológica, Patrimonio Mundial Natural y Cultural y otros, que no prevén sistemas de solución de controversias arbitrales o judiciales obligatorios.

Como resultado de estas debilidades, muchos doctrinarios y miembros de la sociedad civil han comenzado a buscar fuera del régimen de cambio climático mecanismos de responsabilidad externos para violaciones del derecho internacional derivados de la contaminación atmosférica que contribuye al calentamiento global y sus efectos negativos en todo el sistema climático, incluidos los océanos y mares.



La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por el contrario, cuenta con un sistema más eficiente, constituyendo un instrumento a través del cual se podría actuar contra las causas antropógenas del cambio climático.

La CNUDM no solo es un tratado general para el derecho del mar (“constitución de los océanos”<sup>43</sup>), sino que es el más fuerte tratado ambiental integral existente a la fecha por la amplitud de sus disposiciones en materia de protección del medio marino. De sus 320 disposiciones<sup>44</sup>, 59 obligan a los Estados Partes a garantizar la protección y conservación del medio ambiente.

La CNUDM crea obligaciones vinculantes para los Estados Partes e, incluso, no Partes. Dada la amplitud de su definición de contaminación del medio marino las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero a causa de su efecto negativo en el sistema marino, podrían ser llevadas al ámbito del derecho del mar regulado por la Convención y su sistema de solución de controversias<sup>45</sup>. El art. I. 4 de la CNUDM establece que por “contaminación del medio marino” se entiende “*la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento*”.

---

*both definite and immediate, by restricting his rights or by imposing obligations on him. The number and the position of other persons who are likewise affected by the measure, or who may be so, are of no relevance in that regard. In the present case, the contested provisions undoubtedly impose obligations on Jégo-Quéré, requiring it to use in its fishing operations nets of a particular mesh size. It is therefore both individually and directly concerned by the contested provisions. Consequently, the objection of inadmissibility raised by the Commission must be dismissed (...)».*

V. <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp02/aff/cp0241en.htm>; V. asimismo Jurisprudencia internacional en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/3/pim/pim29.pdf>

<sup>43</sup> A. BOYLE, «Further development of the Law of the Sea Convention: Mechanisms for change», *54 Int'l & Comp. L.Q.* (2005), pág. 563.

<sup>44</sup> A las que se agregan nueve Anexos.

Toda la Parte XII de la CNUDM es de relevancia para la vinculación cambio climático-daños al ambiente oceánico. La Parte XII (“Preservación del Medio Marino y su Protección”) comienza especificando que “los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino” (artículo 192), sin embargo, reconoce que cada Estado “tiene el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a sus políticas ambientales y de acuerdo con su obligación de proteger y preservar el medio marino” (art. 193). Los artículos 194 y 195<sup>46</sup> especifican

---

<sup>45</sup> V. M. DOELLE, «Climate Change and the Use of the Dispute Settlement Regime of the Law of the Sea Convention», *37 J. Ocean Dev. & Int'l L.*, 2006, pág. 361 y ss.; v. asimismo, S. A. ALABI, «Using Litigation to Enforce Climate Obligations under Domestic and International Laws», *CCLR*, 2012, pág. 209 y ss.; W. C. G. BURNS, «Potential Causes of Action for Climate Change Damages in International Fora: The Law of the Sea Convention», *2 International Journal of Sustainable Development Law & Policy*, 2006, pág. 51 y ss.; L. WIGGINS, «Existing Legal Mechanisms to Address Oceanic Impacts on Climate Change», *7 Int'l J. Sustainable Dev. L & Pol'y*, 2007, pág. 22 y ss.

<sup>46</sup> CNUDM «Artículo 194. Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino.

1. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para **prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente**, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto.

2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención.

3. Las medidas que se tomen con arreglo a esta Parte se referirán a todas las fuentes de contaminación del medio marino. Estas medidas incluirán, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

a) La evacuación de sustancias tóxicas, perjudiciales o nocivas, especialmente las de carácter persistente, desde fuentes terrestres, desde la atmósfera o a través de ella, o por vertimiento;

b) La contaminación causada por buques, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar, prevenir la evacuación intencional o no y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, la operación y la dotación de los buques;

c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración o explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su

una serie de obligaciones positivas y negativas a las que Doelle<sup>47</sup> desglosa de la siguiente manera:

- \* La obligación de los Estados de actuar individual o conjuntamente, según corresponda;
- \* La obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino;
- \* La obligación de los Estados de utilizar los mejores medios técnicos y prácticos a su disposición;
- \* La obligación de actuar de acuerdo con sus capacidades;
- \* La obligación de esforzarse por armonizar las políticas con otros Estados;
- \* La obligación de los Estados de que las actividades bajo su jurisdicción o control no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente;

---

subsuelo, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos;

d) La contaminación procedente de otras instalaciones y dispositivos que funcionen en el medio marino, incluyendo en particular medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de emergencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos.

4. Al tomar medidas para prevenir, reducir o controlar la contaminación del medio marino, los Estados se abstendrán de toda injerencia injustificable en las actividades realizadas por otros Estados en ejercicio de sus derechos y en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con esta Convención.

5. Entre las medidas que se tomen de conformidad con esta Parte figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro».

«Artículo 195. Deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro».

<sup>47</sup> M. DOELLE, «Climate Change and the Use of the Dispute (...)», ob. cit. pág. 370 y ss.

- \* La obligación de prevenir que la contaminación se extienda a áreas fuera de su jurisdicción o control;
- \* La obligación de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino;
- \* La obligación específica de preservación y protección de los ecosistemas raros o frágiles y los hábitats de especies en riesgo<sup>48</sup>.

El artículo 212, dirigido a la prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella, es una disposición de la Convención que, aunque no fue elaborada con el cambio climático en mente, se puede interpretar razonablemente como adecuada a la cuestión, ya que obliga a los Estados a adoptar leyes y reglamentos –y toda otra medida necesaria– aplicables al espacio aéreo bajo su soberanía y a los buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio y a las aeronaves matriculadas en su territorio para prevenir, reducir y controlar ese tipo de contaminación. Vinculado al art. 212, se halla el art. 222, relativo a la “ejecución” de las leyes, reglamentos y otras medidas”, o sea la obligación de hacer cumplir las medidas adoptadas en virtud del art. 212.

Del mismo modo, el artículo 207, que trata de la contaminación proveniente de fuentes terrestres, es lo suficientemente amplio como para cubrir las emisiones de gases efecto invernadero al requerir que los Estados procuren establecer normas regionales y globales para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina procedente de fuentes terrestres. De similar modo al art. 222 con relación a la contaminación procedente de la atmósfera, el artículo 213 obliga a los Estados a hacer cumplir las normas del artículo 207 relativo a la contaminación del medio marino proveniente de fuentes terrestres.

Es de observar que el art. 206 de la CNUDM, relativo a la evaluación de los efectos potenciales de las actividades, con percepción precautoria establece una norma de preservación propia del principio de precaución, al establecer que “los Estados que tengan motivos razonables

---

<sup>48</sup> En el art. 197 establece la obligación de cooperación mundial y regional para la protección y preservación del medio marino.

para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el artículo 205”. El art. 204, al referirse a las actividades del Estado, establece: “En particular, los Estados mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen, a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino”.

El artículo 237 integra normativa, buscando con ello evitar la fragmentación, y así dispone que las disposiciones de la Parte XII no afectarán a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados anteriormente sobre la protección y preservación del medio marino, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de la CNUDM. Además, las obligaciones específicas deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de la Convención. A esta visión holística, en caso de diferendo internacional, se agrega lo establecido en el art. 293, el que abre la puerta a una interpretación progresiva de las obligaciones de la CNUDM mediante la incorporación de otras fuentes del derecho internacional que no sean incompatibles con la Convención<sup>49</sup>.

Las disposiciones sustantivas en materia de protección y preservación del medio marino no han sido interpretadas aún por ningún tribunal, como tampoco su vinculación con los efectos del cambio climático en la atmósfera. En el caso de la disputa entre Malasia y Singapur —ya referida— si bien se invocaron los arts. 192 y 194 no hubo análisis de esas disposiciones sustantivas debido al acuerdo que alcanzaron los Estados ante el tribunal de arbitraje en 2005.

Tal como lo señaláramos precedentemente, la CNUDM prevé un sistema fuerte de solución de controversias. Si bien se basa en la libre elección de las partes, pudiendo optar entre los medios diplomáticos o, mediante declaración, llevar el caso ante el TIDM, la CIJ o un tribunal arbitral. Sin embargo, si el Estado Parte es parte en una controversia no

---

<sup>49</sup> CNUDM. «Artículo 293 Derecho aplicable 1. La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella (...)».

comprendida en una declaración en vigor, se presupone que ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII<sup>50</sup>. Debe tenerse en cuenta que el arbitraje del Anexo VIII (arbitraje especial), de conformidad al art. 1 del Anexo está previsto especialmente para controversias relativas a pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimientos.

Por nuestra parte, creemos que la reclamación por aumento de los niveles del mar –cuestión sensible que llega a involucrar el derecho mis-

---

<sup>50</sup> «Artículo 287 Elección del procedimiento.

1. Al firmar o ratificar esta Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios siguientes para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención:

a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo VI;

b) La Corte Internacional de Justicia;

c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII;

d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.

2. Ninguna declaración hecha conforme al párrafo 1 afectará a la obligación del Estado Parte de aceptar la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la medida y en la forma establecidas en la sección 5 de la Parte XI, ni resultará afectada por esa obligación.

3. Se presumirá que el Estado Parte que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII.

4. Si las partes en una controversia han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida a ese procedimiento, a menos que las partes convengan en otra cosa.

5. Si las partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII, a menos que las partes convengan en otra cosa.

6. Las declaraciones hechas conforme al párrafo 1 permanecerán en vigor hasta tres meses después de que la notificación de revocación haya sido depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

7. Ninguna nueva declaración, notificación de revocación o expiración de una declaración afectará en modo alguno al procedimiento en curso ante una corte o tribunal que sea competente conforme a este artículo, a menos que las partes convengan en otra cosa.

mo a la existencia para algunos Estados<sup>51</sup>—, razonablemente, podría ser llevada ante tribunal conforme el sistema de solución de controversias de la CNUDM. Debe tenerse en cuenta que esos Estados, sin haber contribuido de modo significativo al cambio climático lo sufren en buen medida debido a las actividades de los grandes emisores, algunos de ellos Estados partes en la CNUDM, algunos de ellos desarrollados (v. gr. Australia), otros en vías de desarrollo (v. gr. China, India, Rusia)<sup>52</sup>.

La definición de la contaminación del mar de la Convención abarca las emisiones de gases de efecto invernadero, ya que constituyen sustancias introducidas en el medio marino, directa o indirectamente a través de la contaminación atmosférica.

## Reflexiones finales

La defensa de que no hay evidencia científica clara para demostrar que ciertas emisiones son responsables del cambio climático puede no ser suficiente, ya que el principio de precaución rechaza tal excusa. Por otra parte, aun cuando sea difícil o imposible en un contencioso determinar las fuentes puntuales concretas de la contaminación y los lugares específicamente afectados, debido a la naturaleza eminentemente acumulativa de los efectos dañosos y su indefinición de origen en el tiempo y en el espacio, las nuevas interpretaciones de la relación de causalidad debieran centrarse en la cantidad de emisiones sin importar su hoja de ruta, atento a que el daño causado por esas emisiones, necesariamente afecta al Planeta en algún lugar, tornándose visible en los sectores más sensibles o vulnerables, como es el caso de los pequeños Estados insulares que sufren los cambios en el nivel de los mares.

---

*8. Las declaraciones y notificaciones a que se refiere este artículo se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copia de ellas a los Estados Partes».*

<sup>51</sup> V. *supra*, punto I.

<sup>52</sup> Estados Unidos no es parte ni en la CNUDM (167 Partes), ni en el Protocolo de Kioto (192 Partes). El número de Estados parte en esos instrumentos permite traer a colación la posibilidad de que se considere que sus contenidos normativos centrales reflejan normas consuetudinarias generales.

Aunque la causa específica de aumento de la temperatura por el cambio climático puede no haber estado en la mente de los negociadores, se desprende de los trabajos del Grupo Mixto sobre los Aspectos Científicos de la Contaminación Marina (GESAMP) que los posibles cambios de temperatura y el impacto sobre ecosistemas marinos fue contemplado por los negociadores<sup>53</sup>.

Se debe tener presente que el TIDM, es un tribunal permanente al igual que la CIJ y es juez de su propia competencia. Por otra parte, la CNUDM no pudo ser vista como un tratado congelado en el tiempo, tal como que se negoció. Un enfoque interpretativo de ese tipo relegaría a la mayoría de los tratados internacionales a la irrelevancia poco después de su negociación. Los tratados internacionales deben ser interpretados a la luz de las circunstancias cambiantes a las que se aplican.

También se ha señalado que la solución de diferencias judicial o arbitral es un método impopular para resolver litigios internacionales ambientales porque el derecho internacional desarrollado en la materia, en general, se basa en los conceptos y principios encaminados a fomentar las relaciones internacionales pacíficas entre países. Sin embargo, estimamos que el Derecho internacional no puede permanecer impasible frente a la “tragedia de los bienes comunes”<sup>54</sup>, aceptando inerte un apocalíptico cambio climático en la atmósfera y los océanos, dejando que esos ámbitos sean campos de prueba de una incontrolada y anárquica experimentación, con proyectos de ingeniería a gran escala y sin marco alguno para la responsabilidad emergente por daños y riesgos al ambiente y a la salud y supervivencia de los seres humanos. Aun en el estadio actual de desarrollo del derecho, creemos que el sistema ya consolidado de protección y preservación del medio marino permite ir haciendo frente a variados aspectos aún controlables del cambio climático.

Es urgente buscar soluciones rápidas y efectivas al cambio climático, determinar las responsabilidades y obligaciones de los daños surgidos de la

---

<sup>53</sup> See IMCO/FAO/UNESCO/WMO/WHO/IAEA/UN/UNEP Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution (GESAMP), *Interchange of Pollutants Between the Atmosphere and the Oceans*, n.º 13 Reports and Studies (Geneva: World Meteorological Organization, 1980).

<sup>54</sup> G. HARDIN, «The tragedy of the commons», *162 Science*, 1969, pág. 1243 y ss.



violación de las obligaciones internacionales en virtud de los regímenes ambientales para combatir el cambio climático. La CNUDM y su sistema parecen tener capacidad para responder a un enfoque realista. La CNUDM tiene una posición privilegiada entre los tratados, ya que representa un equilibrio de intereses aceptables para la comunidad internacional en su conjunto.

La Convención y los Tratados respectivos<sup>55</sup> deben tener una interpretación dinámica y contribuir al proceso de evolución del derecho internacional, de acuerdo a los cambios en la sociedad y el medio ambiente. El cambio en el derecho internacional, en general, responde a lo ya previsto en el derecho de los tratados, en particular, con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los tribunales y ámbitos jurisdiccionales tal como han sido previstos en los acuerdos de CNUDM y afines tienen autoridad y capacidad para ejercer un importante papel en la lucha contra el cambio climático.

El cambio climático, como una preocupación mundial, proporciona un vehículo para identificar y abordar las deficiencias institucionales y los vínculos que han impedido hasta ahora los intentos de desarrollar sistemas sinérgicos de derecho y política ambiental.

A modo de colofón, en nuestra opinión –ya que toda contaminación del aire afecta necesariamente a los océanos y los mares, y es inevitable que ello ocurra– las emisiones que aportan a la contaminación atmosférica y al cambio climático, desde un punto de vista legal, deben ser consideradas como una contribución a los daños a los océanos y los mares en la proporción de la contribución a la primera (contaminación atmosférica). Dado que no es posible determinar con precisión el lugar donde una contribución nociva de contaminantes produce su efecto, el deber de cesar, reparar o reducir una actividad, o la obligación de proporcionar contribuciones financieras para compensar los daños o restablecer la situación a su estado anterior, debe determinarse en proporción al tipo y cantidad de contaminantes introducidos en la atmósfera por un Estado. El cambio climático requiere esta nueva forma de adjudicación de responsabilidad (responsibility-liability): “la adjudicación debe determinarse sobre la base

---

<sup>55</sup> Tratados que dadas las limitaciones de este trabajo no pudimos considerar. Nos referimos en particular al Convenio sobre la conservación y ordenación de poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios y a los Convenios para la protección del Mar Negro contra la contaminación.

de los aportes de contaminantes de cada Estado”. Esta posición debe ser vista como algo “necesario, sin duda, y sin necesidad de pruebas de causalidad frente a los resultados”, cambiando de esta manera la visión tradicional de la adjudicación. La mera aportación de contaminantes en la atmósfera debe implicar *per se* la responsabilidad por las consecuencias, aun cuando por la propia naturaleza de las aportaciones de distintos Estados, éstas se hayan transformado en una masa dañosa no divisible a la hora de la adjudicación de responsabilidad. Esta propuesta es razonable, ya que una simple contribución, inevitablemente, causa daño en alguna parte del planeta, El ambiente es uno, es global y no reconoce fronteras estatales. En consecuencia, también la contaminación de la atmósfera y la responsabilidad consecuente deben ser vistas como un hecho integral, global y sin fronteras.

De la misma manera que la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares reconoció “que el medio ambiente está en peligro todos los días y que el uso de armas nucleares podría constituir una catástrofe para el medio ambiente”; que “el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio de vida, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo las generaciones futuras” (párrafo 29); que “la existencia de la general obligación de los Estados de garantizar que las actividades bajo su jurisdicción y control respecto al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de control nacional es ahora parte del *corpus* del derecho internacional del medio ambiente” (párrafo 29) –bajo similares fundamentos– el TIDM o la CIJ podrían emitir una opinión consultiva en el caso de las contribuciones a la contaminación atmosférica y su impacto catastrófico sobre los océanos y mares y otras áreas.

Bien ha señalado René Lefebber que el cambio climático y sus consecuencias perjudiciales han de convertirse en el más fuerte campo de pruebas de la responsabilidad del Estado en este siglo<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> E. J. HOLLO, *et al.* (Eds.) *Climate Change and the Law*, Springer, Dordrecht, 2013, Cap. III. V. asimismo R. LEFEBBER, *An inconvenient responsibility*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2009, pág. 57 y ss.

## PRINCIPIO “EL QUE CONTAMINA PAGA”\*

### *THE “POLLUTER PAYS” PRINCIPLE*

María Cristina RODRÍGUEZ DE TABORDA\*\*

**Resumen:** El trabajo visualiza al principio “contaminador-pagador” desde los primeros instrumentos internacionales ambientales, observando su evolución en los ámbitos internacional, regional europeo y nacional, deteniéndose en su objetivo preventivo y reparador.

**Palabras-clave:** Principio “contaminador-pagador” - Derecho internacional - Derecho europeo - Derecho nacional.

**Abstract:** The paper considers the principle “polluter-pays” from the first international environmental instruments, noting its evolution at the international, regional European and national levels, stopping in its preventive and remedial purpose.

**Keywords:** Principle “polluter-pays” - International law - European law - National law.

La regla que obliga a reparar el daño causado es reconocida como un principio general del derecho y ha sido incorporada a instrumentos del ámbito internacional en materia ambiental<sup>1</sup>. Su aplicación e interpretación es

---

\* Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2015 y aceptado para su publicación el 27 de octubre del mismo año.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, UNC). Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

variada, en parte por la manera en que ha sido enunciada en algunas declaraciones y convenios<sup>2</sup> y, en parte, porque con la locución “contaminador pagador” se ha ampliado el espectro normativo y fáctico a considerar.

Así, por ejemplo, vemos que el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972, simplemente, se refiere a la responsabilidad e indemnización a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales. Ese mismo año y en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) fueron adoptados principios rectores relativos a aspectos económicos de las políticas ambientales, uno de ellos es el “principio del contaminador pagador”. Bajo este concepto se postuló que quien contamina debería cargar con el costo de las medidas decididas por la autoridad pública para asegurar el ambiente en un aceptable estado. Para 1989 esta organización introdujo una recomendación sobre la aplicación del principio en caso de polución accidental, extendiéndose tanto a la reparación del daño como a la prevención y a los costos necesarios para evitar la contaminación antes del accidente<sup>3</sup>.

El enunciado de la Declaración de 1972 se repite en el Principio 13 de la Declaración de Río de 1992. No obstante, más adelante el Principio

---

<sup>1</sup> En su momento la Comisión de Derecho Internacional observó que «es dudoso que (el principio de ‘quien contamina paga’) haya alcanzado el rango de norma de derecho internacional consuetudinario generalmente aplicable, excepto tal vez en relación con los Estados de la CE, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y de la OCDE». *Anuario de la CDI*. Vol. II. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas). Doc. A/CN.4/SER.A/2006, pág. 83.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 82.

<sup>3</sup> Instrumentos internacionales que han recogido esta regla, entre otros, son: Tratado del ASEAN de 1985 sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (art. 10 sobre degradación ambiental); Protocolo a la Convención sobre la prevención de la contaminación marina por desechos y otras sustancias de 1996 (art. 3, enmendada en 2006); Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación marina por hidrocarburos de 1990 (párr. 7 preambular); Convenio sobre la protección y el uso de los cursos de aguas transfronterizas y de los lagos internacionales de 1992 aprobado en el marco de la CEPE (art. 2); Convenio de Lugano de 1993; Protocolo sobre Responsabilidad Civil y Compensación de los Daños Resultantes de los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales en Aguas Transfronterizas de 2003 (art. 2); Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2009 (art. 45).

16 agrega:

*“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones”.*

Cabe aclarar que las versiones en francés e inglés presentan algunas diferencias salvo por la redacción de la obligación estatal en potencial<sup>4</sup>.

Este brevísimo recorrido histórico permite vislumbrar que de la sola reparación, postulada por una regla general (reparar el daño causado), se pasó a los costos de prevención de un posible daño o amenaza de daño ambiental, lo que conllevó a darle un contenido economicista –con una finalidad no fiscal– a una norma jurídica, sin dejar de lado que ciertas conductas antijurídicas también pueden estar alcanzadas por otro tipo de ordenamiento fuera del civil y administrativo, como lo es el penal.

Numerosas normativas nacionales y comunitarias incorporaron el principio pero su aplicación no es uniforme, ya que no cubre todas las actividades que pueden impactar sobre el ambiente (p. ej. militares o vinculadas con la seguridad nacional, pesca en alta mar), su gestión suele estar descentralizada (p. ej. gobierno federal, provincial, municipal<sup>5</sup>) y

---

<sup>4</sup> *«Les autorités nationales devraient s’efforcer de promouvoir l’internalisation des coûts de protection de l’environnement et l’utilisation d’instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c’est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l’intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l’investissement».*

*«National authorities should endeavor to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.»*

<sup>5</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado numerosos fallos donde reconoce esta característica. Así, por ejemplo, en 2008 sostuvo: «La ley 25916 –en cuanto establece con relación a los residuos domiciliarios los presupuestos mínimos de protección ambiental que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa–, la Ley General del Ambiente 25675 –que instauró un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales–, encuentran su razón de ser en que el ambiente es responsabilidad del

hay diferencias en la manera de imputar la responsabilidad (objetiva/subjetiva). Por otro lado, aunque se refiera a la “contaminación”, esto es la introducción de contaminantes a un medio natural que provoca un efecto adverso, también se aplica al enrarecimiento, destrucción, degradación, consumo sin reposición, alteración del ambiente. Inclusive ha llegado a identificarse con el uso de recursos naturales estrictamente vinculados con la subsistencia de todo ser humano, tal como sucede en la Unión Europea donde se han fijado ecotasas que recaen sobre el servicio de agua potable (Directiva 2000/60/EC<sup>6</sup>).

Por lo demás y pese a que la mayor parte de las legislaciones nacionales o comunitarias no contienen la expresión “en principio”, introducida en las citadas declaraciones universales, no siempre es viable que el autor de la contaminación se haga responsable porque:

- a) Puede no ser el autor de la contaminación directa y cargar con los costos preventivos, de mitigación y recomposición (p. ej., cuando el sistema no es descentralizado, la sociedad paga aunque no obtenga ningún beneficio palpable) o es imposible identificar al contaminador (p. ej., la Ley General de Minería de Perú, art. 5; Fondo de Compensación Ambiental instituido por la Ley General del Ambiente, art. 28).
- b) Puede no ser el autor de la contaminación directa y cargar con todos los costos por negligencia en la prevención (p. ej., caso de la comunidad indígena *Sarayaku* en Ecuador, que culminó con una condena al Estado ecuatoriano que incluyó la obligación de limpiar los terrenos de explosivos enterrados por una empresa

---

titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio, siendo los jueces provinciales los que deben intervenir en el examen del planteo efectuado frente a la eventual instalación de un polo ambiental provincial, pues deben ser las autoridades administrativas y judiciales locales las encargadas de valorar si un lugar de disposición final de residuos compromete aspectos propios del derecho local como ser lo concerniente a la afectación del medioambiente» (CSJN. *Vecinos por un Brandsen Ecológico Soc. Civil c/Buenos Aires, provincia de y otros s/Amparo*. Sentencia de 16 de diciembre de 2008).

<sup>6</sup> «Los Estados miembros tomarán en cuenta el principio de recuperación de los costos del servicio de agua en concordancia con el principio del «contaminador pagador».

<sup>7</sup> Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones).

- extranjera dedicada a la prospección petrolera<sup>7</sup>).
- c) Puede ser el contaminador y no pagar por no ser posible aplicar retroactivamente la normativa o estar excluido.
  - d) Puede ser el contaminador pero no poder asumir los costos, apareciendo subsidiariamente el Estado para sufragarlos (también puede de *motu proprio* hacerlo).

A estas particularidades se agrega el hecho que la posible víctima de la contaminación deba sufragar, a través de cargas retributivas para que no se contamine. Por esta razón es que el principio tiene dos objetivos universalmente reconocidos: preventivo y reparador<sup>8</sup>.

El *preventivo* busca evitar la contaminación o hacer frente a una potencial contaminación a través de impuestos o cargas específicas a fin de poder adoptar medidas adecuadas, muchas veces técnicas, para que no ocurra (p. ej., tratamiento de aguas servidas, instalación de molinos eólicos,

---

<sup>8</sup> La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, en su párrafo 18 señala que, de acuerdo con el principio de «quien contamina paga», un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias, razón por la cual desaparece la función sancionadora.

<sup>9</sup> La Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos afirma entre sus considerandos que «el principio de quien contamina paga es un principio rector a escala europea e internacional. El productor de los residuos y el poseedor de los residuos debe gestionarlos de forma que garantice un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana». Prevé «que los costes se asignen de tal manera que reflejen el coste real que suponen para el medio ambiente la generación y la gestión de residuos».

Según la empresa japonesa de reciclaje Yokohama Metal Co Ltd, de una tonelada de móviles antiguos se puede extraer hasta 150 gramos de oro, frente a los 5 gramos que se obtienen de una tonelada de material en una mina de oro convencional. De igual manera la empresa belga Umicor extrae 100 toneladas de oro por año de computadoras (Cf. Olga PERMANYER MARTÍNEZ, *Situación e Impacto de los residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE) Caso de Estudio: los Ordenadores*. Disponible en: <http://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099.1/19666/TFM%20Olga%20Permanyer.pdf?sequence>).

En Argentina, el proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos de Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE), presentado en 2008 y que

tratamiento de los RAEE<sup>9</sup>). Simplemente es una imputación de costos ambientales. La responsabilidad puede ser individual, pero también colectiva y solidaria. En este último caso todos aportan a través de los impuestos. El problema que se plantea es quién y en qué proporción paga.

La carga específica es la que recae sobre determinadas actividades (p. ej., en Chile con la imposición de tasas a las industrias mineras y a las generadoras de energía; en Estados Unidos a través de un fondo conformado por tasas que abonan industrias petroleras y químicas). En algunos casos se ha afirmado que ha incentivado a las empresas a reducir la contaminación<sup>10</sup>, pero muchas veces, el mayor costo lo paga la sociedad pues se traslada a las tarifas o el precio de la materia prima. A veces el gravamen se aplica a quienes adquieren bienes cuyo uso excede los parámetros establecidos por la autoridad de aplicación para desincentivar o disuadir su adquisición (p. ej., en España los autos de alta cilindrada están gravados con un tributo extra; en la ciudad italiana de Milán fue fijada una ecotasa para los vehículos que va de 0 euros para los híbridos, eléctricos, o que utilizan combustibles ecológicos y hasta 10 euros por día a aquellos que usan combustibles fósiles). Por contraste, ciertas herramientas utilizadas durante ciclos económicos desfavorables, como son las ayudas ineficaces al consumo o a la producción de combustibles fósiles (p. ej., las vigentes a principios de 2000 en varios países de Europa, como Alemania, Gran Bretaña y Polonia) y el comercio internacional de los bonos verdes, no tendrían real función preventiva.

El objetivo *reparador* cubre tanto la mitigación de los daños y la restauración del ecosistema como la indemnización o el costo de las medidas adoptadas por la autoridad pública en relación a determinada actividad. En este último sentido, podemos citar la opinión del abogado general emitida durante el desarrollo de una cuestión prejudicial, presentada por un tribunal finés ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se trató un impuesto especial aplicado a bebidas no alcohólicas importa-

---

cuenta ya con media sanción del Senado, quedó por cuarto año consecutivo descartado de la agenda parlamentaria a partir del año 2011. A partir de 2014 fue reinstalada la temática sin ningún resultado. Sólo están vigentes algunas leyes provinciales.

<sup>10</sup> Luis FERNANDO CASTRO, *et al.* «Aplicación del principio contaminador-pagador en América Latina. Evaluación de la efectividad ambiental y eficiencia económica de la tasa por contaminación hídrica en el sector industrial colombiano». CEPAL *Serie Medio ambiente y desarrollo*, 2002, n° 47.



das cuyos envases no eran reciclables. Al respecto sostuvo que los costos de tratamiento de tales residuos debían ser soportados por los operadores quienes decidieron no formar parte del sistema de retorno con arreglo al principio de quien contamina paga<sup>11</sup>.

La posibilidad de atribuir de manera directa o indirecta la responsabilidad por contaminación a menudo resulta bastante confusa. Una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de enero de 2014 ilustra sobre esta complejidad. Se trataba de una cuestión prejudicial relativa a un impuesto –aplicable entre 2011 y 2016 en Alemania– sobre el uso del combustible nuclear para producir comercialmente electricidad. La empresa recurrente sostenía que generaba energía limpia, mientras que el gobierno de Osnabrück alegaba que el tributo compensaba por los gastos a cargo del presupuesto federal para la rehabilitación de una zona minera de Asse II en la que se almacenan residuos radioactivos procedentes del uso de combustible nuclear<sup>12</sup>.

Otros dos aspectos a tener en cuenta son la cuantía del resarcimiento y los límites temporales y espaciales para fijarlo.

Respecto a la cuantía la indemnización a las personas o a sus bienes depende de la valoración del daño o de la amenaza de daño, pero también son factibles límites establecidos en regímenes particulares acordados en tratados (p. ej., contaminación por hidrocarburos como consecuencia de derrames en buques). En lo que hace a las limitaciones temporales, habitualmente, las legislaciones establecen plazos para reclamar y fijar la reparación desde la emisión, el suceso o incidente que produjo el daño (en la Unión Europea ha sido fijado hasta 30 años. Directiva 2004/35).

La limitación espacial surge cuando hay una evidente imposibilidad de hallar un nexo causal por tratarse de daños causados por una contaminación difusa. En efecto, se ha dicho que:

---

<sup>11</sup> TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot el 9 de julio de 2015 en Asunto C 198/14 *Valev Visnapuu contra Kihlakunnansyyttäjä (Helsinki), Suomen valtio - Tullihallitus* [Petición de decisión prejudicial presentada por el Helsingin hovioikeus (Finlandia)].

<sup>12</sup> TJUE. Asunto C 5/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Finanzgericht Hamburg (Alemania), mediante resolución de 19 de noviembre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de enero de 2014, en el procedimiento entre *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH y Hauptzollamt Osnabrück*.

*“Si bien la ley no es exigente con el trámite del proceso y la producción de la prueba, resulta evidente que aun así, el fallador debe llegar a la convicción razonable de que los demandados son responsables de los hechos que constituyen la violación de los derechos presuntamente desconocidos. Este es un principio que no admite excepciones y debe reconocerse en cualquier clase de proceso, instancia o grado de jurisdicción en que se tenga que decidir en derecho. Que debía admitirse, en gracia a la verdad procesal, que los agentes contaminantes no son exclusivamente las empresas denunciadas, sino todos los beneficiarios de las aguas del río, como son también los diferentes municipios ribereños que vierten, sin ningún control ni tratamiento descontaminante, sus aguas negras sobre la cuenca del río”<sup>13</sup>.*

Como ya anticipáramos, la función reparadora incluye las medidas de mitigación y recomposición. La dificultad subyacente aquí es la posibilidad de reparación, como sería la relativa a especies en vías de extinción, el mejoramiento de la calidad del aire y la limpieza de suelos contaminados con sustancias muy peligrosas. Una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 marzo de 2015 sobre una cuestión prejudicial llevada por el ministerio del medio ambiente y de protección del territorio y del mar italiano y el ministerio de salud respecto de empresas que adquirieron terrenos en Toscana en la zona de Carrara en 2011. Estaban contaminados con amoníaco y dicloroetano por empresas que producían insecticidas hasta 1995, año en el que fueron saneados, medida que resultó insuficiente. El gobierno italiano exigió a las empresas que realizaran una barrera hidráulica de captación para proteger el agua freática y la presentación de un proyecto de rehabilitación del terreno. Las sociedades alegaron que ellas no habían contaminado y un tribunal contencioso administrativo anuló las resoluciones del gobierno. A juicio del máximo tribunal europeo *“(…) procede recordar que, de conformidad con el artículo 8, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/35, en relación con su considerando 20, no se exigirá al operador que sufrague el coste de las acciones reparadoras adoptadas en virtud de dicha Directiva*

---

<sup>13</sup> «Alberto Castrillón, James Guillermo Mina y otros. Acción de tutela». Segunda Sala de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Expediente: T-10505, 2002.

*cuando pueda demostrar que los daños medioambientales fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas, o por una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública (véanse, en este sentido, la sentencia ERG y otros, EU:C:2010:126, apartado 67 y la jurisprudencia citada, y el auto Buzzi Unicem y otros, EU:C:2010:129, apartado 46)”. “No obstante, en el caso de autos, es pacífico que, según el tribunal remitente, la normativa controvertida en el litigio principal no permite imponer medidas reparatorias al propietario no responsable de la contaminación, ya que dicha normativa se limita, a ese respecto, a establecer que podrá exigirse a dicho propietario el reembolso de los gastos relativos a las actuaciones iniciadas por la autoridad competente por un importe no superior al valor del terreno, determinado una vez ejecutadas esas actuaciones”.*

El análisis doctrinario del principio que estamos tratando parece subsumido a la prevención y reparación al habérselo interpretado a la luz de criterios economicistas (asumir los costos de las medidas de control y gestión y aquellas vinculadas a la reparación del daño o amenaza de daño), obviando que a quien se le atribuye responsabilidad muchas veces está sujeto a acciones gubernamentales de índole punitiva y que, igualmente, tienen por objetivo dar cumplimiento a la internalización de las externalidades negativas y disuadir la realización de conductas no toleradas por la sociedad. Éstas parten de la existencia de una relación de causalidad entre la actividad y el daño o la amenaza de daño, la que depende de la evidencia (localización de la actividad, lugar del daño y sustancias usadas o actividad desplegada)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> «Consequently the polluting industries are ‘absolutely liable to compensate for the harm caused by them to villagers in the affected area, to the soil and to the underground water and hence, they are bound to take all necessary measures to remove sludge and other pollutants lying in the affected areas’. The ‘Polluter Pays Principle’ as interpreted by this Court means that the absolute liability for harm to the environment extends not only to compensate the victims of pollution but also the cost of restoring the environmental degradation. Remediation of the damaged environment is part of the process of ‘Sustainable Development’ and as such polluter is liable to pay the cost to the individual sufferers as well as the cost of reversing the damaged ecology» (Corte Suprema de la India, *M.C. Menhta v. Kamal Nath & others*, Sentencia de 13 de diciembre de 1996).

La acción punitiva está contemplada en legislación administrativa o penal y, en algunos casos, es mencionada en la norma que contempla el principio del contaminador pagador cuando expresa: “sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que señale la ley”. En el caso de la sanción administrativa suele estar dispersa en diferentes cuerpos normativos y consistir en multas, clausuras, decomisos, suspensión de actividades, revocatoria de permisos, caducidad de concesiones e, inclusive, la reparación del daño ambiental en tanto la alteración ambiental haya supuesto el incumplimiento de un deber para el administrado<sup>15</sup>. No siempre se requiere daño o amenaza de daño, tal como ocurre con la responsabilidad civil o penal (p. ej., véase lo dispuesto por la ley de residuos peligrosos n° 24051). Cuando la responsabilidad está alcanzada por normas penales es factible que el mismo tribunal pueda complementariamente determinar la reparación e indemnización del daño ambiental causado (p. ej., Código Procesal Penal de la Nación, art. 403<sup>16</sup>).

De tratarse de una sanción/multa pecuniaria su monto dependerá de:

- a) El estándar establecido por la autoridad de aplicación de la norma según criterios científicos que permitan evaluar el estado anterior del ecosistema y los niveles de deterioro producidos o bien los costes para mitigar el daño o la amenaza de daño; y b) Si la falta administrativa es recurrente, grave o leve. De igual modo que sucede con la función reparadora no cubriría las situaciones de fuerza mayor, orden de autoridad, ocasionados por un tercero a pesar de las medidas de seguridad adoptadas, o el llamado “estado del arte”.

---

<sup>15</sup> En la sentencia de la CSJN de 8 de julio de 2008 recaída en autos «Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios» se fijó –respecto a la conducta de las empresas que no habían adoptado el plan de recomposición y saneamiento– entre otras medidas «la adopción –por parte de la Autoridad de Cuenca– de las medidas de clausura total o parcial y/o traslado. Estará facultada para extender el plazo o proponer alguna otra medida cuando se acredite que existe imposibilidad económica de pagar los costos de tratamiento o cuando exista una situación social de gravedad» (CSJN. «Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios» (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

<sup>16</sup> Art. 403 del CPPN «La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones. Sin embargo, podrá ordenarse la restitución aunque la acción no hubiese sido intentada».

**DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL  
NECESIDAD DE UNA TUTELA ANTICIPADA Y  
PREVENTIVA\***

***CHALLENGES OF ENVIRONMENTAL RESONSIBILITY  
NEED FOR EARLY AND PREVENTIVE ACTION***

Georgina DORONI\*\*

**Resumen:** A través del presente trabajo se considera la importancia de la prevención en materia de responsabilidad ambiental para la protección del derecho humano a un ambiente sano en un Estado democrático de derecho. Se establecen como objetivos realizar, en primer lugar, un breve análisis de la lógica dependencia entre democracia, derechos humanos y el derecho-deber al medio ambiente, abordando la dimensión ambiental del problema, para luego focalizar la necesidad de una tutela anticipada y preventiva en materia de responsabilidad y la esfera de la colectivización en el deber de protección del medio ambiente, haciendo especial énfasis en el rol del juez en materia ambiental.

**Palabras-clave:** Responsabilidad ambiental - Ambiente sano - Acción anticipada y preventiva.

**Abstract:** This paper considers the importance of prevention in environmental responsibility for the protection of the human right to a healthy environment in a democratic state of law. First, the paper makes a brief analysis of the logical dependence between democracy, human rights and the right and duty to a healthy environment, then focus in the need for early and preventive custody in the duty to protect the environment (with collectivization of the duty), with particular emphasis on the role of judges in environmental matters.

---

\* Trabajo recibido el 4 de diciembre de 2015 y aprobado para su publicación el 9 de marzo de 2016.

\*\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) Tema «Atribución de responsabilidad por pasivos ambientales y eficacia de los instrumentos financieros para la recomposición del daño ambiental colectivo». Becaria de Conicet.

**Keywords:** Environmental responsibility - Healthy environment - Early and preventive action.

**Sumario:** I. Introducción. II. La dimensión ambiental del problema. III. La función de la prevención en materia ambiental. IV. Deber positivo general en la protección del medio ambiente. V. ¿Un nuevo juez? El papel del juez en materia ambiental.

## I. Introducción

La idea moderna de un Estado Democrático encuentra sus raíces en el siglo XVIII, implicando la afirmación de ciertos valores fundamentales de la persona humana, como también la exigencia de organización y funcionamiento del Estado con miras a la protección de aquellos valores<sup>1</sup>.

De esa forma, podemos notar que el Estado Democrático se sustenta sobre la configuración de la idea de derechos básicos o fundamentales, lo que implica la existencia de límites, ya que se exige que la formación de la voluntad democrática no pueda atentar contra los derechos humanos que han sido estimados como derechos fundamentales, atrincherando ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo.

Por lo tanto, podemos afirmar que el Estado de Derecho es un marco de seguridad para los individuos, toda vez que la vigencia de los derechos humanos es esencial para su existencia. Los mismos responden –siguiendo la célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de triunfo<sup>2</sup>. Suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado “el coto vedado”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva, 23ª Edição. 2002, pág. 145.

<sup>2</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, págs. 16-20 y 36-37. V. <https://es.scribd.com/doc/311150486/DWORKIN-Los-derechos-en-serio-pdf>

<sup>3</sup> Juan Carlos BAYÓN, *Derechos, democracia y constitución*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), págs. 65-94. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>

La primera gran consecuencia del estado de derecho ambiental es que el valor medio ambiente ha de ser reconocido sin complejos en el núcleo duro de derechos fundamentales.

La dimensión colectiva, social, es consustancial al derecho ambiental y amplía los derechos jurídicos tutelados. Por un lado, reconoce los clásicos y tradicionales derechos individuales, y por otro, (introduce como novedad) los derechos colectivos –ampliando y completando los bienes tutelados–. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos, a través de la institucionalización de un nuevo paradigma –el ambiental–, que se viene gestando y desarrollando y consagra una nueva relación que rompe con la lógica clásica de la supremacía de lo individual, reconduciendo la flecha de lo colectivo a lo individual.

Se observa una clara influencia del microsistema de derecho ambiental (autosuficiente) como sistema de principios y normas sobre el derecho general, lo que invita a una relectura de los derechos individuales a la luz de los derechos de incidencia colectiva, a través de un plexo de coordinación y subordinación<sup>4</sup>, lo cual cobra vigor con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Esta nueva “ontología” del derecho ambiental da lugar al surgimiento de un sistema de protección de los bienes colectivos con la predominancia de límites y deberes en el ejercicio de los derechos de individuos, que surgen cuando afectan al bien colectivo de modo irreversible. Así, superado el nivel de satisfacción de los bienes primarios, es necesario encontrar un punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales y colectivos. Es en este campo en el que se debe completar la teoría de los derechos, ampliando los bienes tutelados: bienes individuales y colectivos. Este es un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Es un código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, Comisión Redactora creada por decreto N° 191/2011.

<sup>5</sup> Ricardo LORENZETTI, *Teoría del derecho ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 11-12.

## II. La dimensión ambiental del problema

El bien jurídico ambiental es de uso común, no es susceptible de apropiaciones individuales, ni de generar derechos subjetivos divisibles<sup>6</sup>. La contracara de esta situación es lo que Lorenzetti ha traducido como la “tragedia de los comunes”, esa idea de uso común no genera incentivos individuales para protegerlos y evitar el abuso<sup>7</sup>, si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar al bien<sup>8</sup>. Es decir, es de todos pero es de nadie.

La problemática ambiental ha generado nuevas perspectivas en el mundo jurídico y en el rol que debe asumir el Estado frente a ello, incidiendo de un modo gravitante en la configuración de nuevos y posibles derechos. La idea del surgimiento de “nuevos derechos” no es algo nuevo, sino que es un derrotero que ha tenido lugar con el devenir de la historia como humanidad.

En la actualidad no se puede negar la categorización del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano básico y esencial, en tanto su ejercicio apareja a su vez el goce y disfrute de los restantes derechos de los individuos<sup>9</sup>. En este sentido, cabe resaltar que el derecho al medio ambiente es híbrido, bifronte, comprende una “doble personali-

---

<sup>6</sup> El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos. Quien se apropia de algo es sólo para administrarlo en bien de todos. Si no lo hacemos, cargamos sobre la conciencia el peso de negar la existencia de los otros. Encíclica *Laudato Si'*, Nota 95.

<sup>7</sup> La intervención humana en la naturaleza siempre ha acontecido, pero durante mucho tiempo tuvo la característica de acompañar, de plegarse a las posibilidades que ofrecen las cosas mismas. Se trataba de recibir lo que la realidad natural de suyo permite, como tendiendo la mano. En cambio ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante. De aquí se pasa fácilmente a la idea de un crecimiento infinito o ilimitado, que ha entusiasmado tanto a economistas, financistas y tecnólogos. Supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta, que lleva a «estrujarlo» hasta el límite y más allá del límite. Encíclica *Laudato Si'*. Nota 106.

<sup>8</sup> R. LORENZETTI, ob. cit., págs. 7-23.

<sup>9</sup> Corte IDH, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas). El derecho a un ambiente sano es una «condición» para el goce de otros derechos: varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad ambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales.



dad”, además de ser un derecho humano personalísimo básico, es predominantemente un derecho social, colectivo o grupal. “*Son derechos que pertenecen a una categoría denominada derechos ‘difusos’, ‘colectivos’ o ‘supraindividuales’ (...). Se llaman difusos por su amplitud, por su anchura, por su extensión, por su dificultad de realización y por la constante confusión con los deberes de la humanidad*”<sup>10</sup>.

Genera su irrupción un giro copernicano al constitucionalizarse la problemática ambiental y al consagrarse el medio ambiente como un derecho humano básico<sup>11</sup>. Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana. Estas limitaciones del reconocimiento de los derechos del hombre hace que, además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, deba apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor inherente de estos derechos. Es esta conciencia, estos valores, que una vez arraigados y generalizados se convierten en una valla importante contra acciones u omisiones que los desconozcan. En lo que concierne al derecho a un ambiente sano (artículo 41 CN) su

---

<sup>10</sup> Edgar Humberto CRUZ MARTÍNEZ, «Derecho a un Medio Ambiente Sano», en *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Año 1995, N° 13, págs. 227-228 [en línea <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr19.pdf> Consulta 5 de agosto de 2015].

<sup>11</sup> Los derechos humanos son facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su desarrollo dentro de una sociedad organizada en igualdad de condiciones y que no pueden dejar de ser respetados y reconocidos por los Estados. Hacen a la esencia del ser humano, constituyen la base sin la cual el ejercicio y disfrute de otros derechos se vería conculcado. Son derechos que tienen como base los atributos de la persona humana. Hoy en día es indiscutible que el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, consagrado constitucionalmente y reconocido en los tratados internacionales, forma parte del elenco de los derechos humanos o personalísimos. El ambiente, jurídicamente, es un atributo fundamental de los individuos. Por dicha razón el derecho al ambiente ha ingresado en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad. Inclusive, otros, hoy indiscutidos (como la integridad física, la salud, la vida) se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre.

recepción y consagración constitucional brinda un cimiento o base a la hora de enfrentar los problemas ambientales, desde un punto de vista tanto formal como de fondo, para alcanzar niveles óptimos de protección.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el auto de apertura de la causa “Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo”, dijo que *“el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”*<sup>12</sup>.

Por ello, es dable hablar no sólo de un derecho a un ambiente sano sino que eso se acompaña de un correlativo deber, el cual es un mandato constitucional de nuestro sistema. Se reconoce esa colectivización de la responsabilidad, es decir, es un deber que nos alcanza como humanidad, no sólo a los órganos estatales, empresas privadas y públicas, sino a todos como sociedad.

De allí, que en el fondo subyacen ciertos principios o fundamentos. La cuestión ambiental (que es social) se apoya en valores, que hoy son más o menos compartidos por todas las personas. Es indiscutible la existencia del derecho humano al medio ambiente, que tiene una consagración y justificación intrínseca, más allá del reconocimiento o recepción jurídica. La preocupación por el otro, por el desarrollo de la comunidad, se materializa en un humanismo, en principios que son universalmente válidos (ideales), pero que a la vez requieren de un relativismo, de una localización, de un particularismo de acuerdo al contexto en que se inserta. *“Es verdad que debemos preocuparnos que otros seres vivos no sean tratados irresponsablemente. Pero especialmente deberían exasperarnos las enormes inequidades que existen entre noso-*

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, «Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros». En LL 11/07/2006, 4 - LL 2006-D, 281 - DJ 2006-2, 706 - LL 29/06/2006.

*tros, porque seguimos tolerando que unos se consideren más dignos que otros (...). Seguimos admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos*<sup>13</sup>.

La tutela ambiental no es solo un derecho de incidencia colectiva del presente sino también del futuro, lo que supone la obligación de solidaridad generacional de garantizar que aquellos que heredarán el ambiente puedan vivir en condiciones como mínimos iguales o mejores que las presentes. Esto es la base de la ética del desarrollo. De allí, que se deba estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no solo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema.

Uno de los factores que tal vez contribuyen a que no se progrese tanto como es deseable en la promoción de los derechos del hombre es la creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en cuestión. Ese reconocimiento es obviamente importante<sup>14</sup>, pero si el mismo no es acompañado de la creencia colectiva y social de su importancia y respeto, es en vano una mera homologación jurídica, una consagración de papel que no penetra a la esfera social.

Partiendo de la idea de que no podemos desconocer que el problema ambiental es en su esencia un problema social, es necesario replantearse el estilo de sociedad y de desarrollo imperante: la razón de ser del problema subyace en que es un problema que repercute en el desarrollo mismo de la humanidad. La problemática ambiental es el reflejo de la adopción de un determinado arquetipo de desarrollo –sociocultural, económico, político–. Es decir, existen causas ambientales en el subdesarrollo, la marginación, la pobreza, la explotación del capital y el colonialismo interno.

---

<sup>13</sup> Carta Encíclica *Laudato Si'*, Nota 90.

<sup>14</sup> Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos. Al contrario, tal consagración en el derecho positivo de distintos Estados y en el derecho internacional es una de las grandes conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, y, sobre todo, provee de medios (como la declaración de inconstitucionalidad de una ley) para neutralizar su violación. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello (...). Carlos NINO, *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Se requiere ordenar la pugna de intereses y orientar el proceso de desarrollo, para que se pueda, en definitiva, forjar un pacto social que ofrezca sustento a las alternativas de solución de la crisis de sustentabilidad. Conviene recordar que las dificultades provocadas por situaciones extremas de desigualdad social y de degradación ambiental no pueden ser definidas como problemas individuales, constituyendo de hecho problemas sociales, colectivos. No se trata simplemente de garantizar el acceso, vía el mercado, a la educación, a la vivienda, a la salud, o a un ambiente libre de contaminación, sino de recuperar prácticas colectivas (solidarias) de satisfacción de estas necesidades<sup>15</sup> (indispensable tanto para las generaciones presentes como futuras).

No existe una estrategia universal para alcanzar el desarrollo sustentable, ya que no podemos hablar de un solo tipo de desarrollo, sino que depende del particularismo y condiciones sociales, culturales, económicas, ambientales, institucionales. Por lo que hay tantos estilos de desarrollos como realidades locales hay. Sin embargo, la institucionalización de la problemática y el punto de inflexión que ha generado la cuestión ambiental en la agenda nacional e internacional es un gran avance y se debe trabajar en ese camino, hacia la configuración de estándares y premisas mínimas tendientes a la protección del medio ambiente, como bien colectivo, no solo del presente sino también del futuro<sup>16</sup>.

De este modo se coadyuva a una gobernanza horizontal, un reparto de responsabilidades. La buena gobernanza no solo reside en el gobierno, sino también en el papel que asumen el público, las empresas privadas, los medios de comunicación, las organizaciones civiles, los inversionistas, los investigadores y todos aquellos que influyen en la vida política, económica y social de un país<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Roberto P. GUIMARÃES, «La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo», págs. 69-70. [En línea] <http://www.uv.mx/personal/fpanico/files/2011/04/Guimaraes-la-etica-de-la-sustentabilidad.pdf> [consulta 7 de junio de 2015].

<sup>16</sup> La atenuación de los efectos del actual desequilibrio depende de lo que hagamos ahora mismo, sobre todo si pensamos en la responsabilidad que nos atribuirán los que deberán soportar las peores consecuencias. Encíclica *Laudato Si'*, Nota 161.

<sup>17</sup> Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

### III. La función de la prevención en materia ambiental

La sociedad moderna ha creado un modelo de desarrollo tan complejo y avanzado que, actualmente, se carece de medios capaces de disciplinar y controlar dicho desarrollo. El surgimiento de la teoría de la sociedad de riesgo<sup>18</sup> designa un estado de la modernidad en el cual comienzan a acaecer las amenazas generadas hasta entonces por el modelo económico de la sociedad industrial; representando esta teoría el agotamiento del modelo de producción por el riesgo social y ambiental, permanente de catástrofes y desastres.

La paradoja de la modernidad es que sus logros políticos, económicos y sociales hoy se revierten contra ella, rebasando las capacidades del Estado y demás entidades para redefinir sus metas y controlar las variables del impacto de esos cambios en sus prácticas sociales y jurídicas<sup>19</sup>. *“Esta nueva etapa, en la que el progreso puede convertirse en autodestrucción, en la que un tipo de modernización socava y transforma otro, es lo que yo denomino fase de modernización reflexiva”*<sup>20</sup>.

Sin embargo, este agravamiento de los problemas ambientales —acompañado de la evolución de la sociedad industrial a la sociedad de riesgo—, no está acompañada de una adecuación de los mecanismos jurídicos de solución de problemas; existiendo por lo tanto una *irresponsabilidad*

---

<sup>18</sup> Ulrich BECK, Anthony GUIDDENS, Scout LASH, «Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna», UNESP, São Paulo, 1997, págs. 120-135. En *Dano Ambiental*, Jose Rubens Morano Leite; Patrick de Araujo Ayala.

<sup>19</sup> Se tiende a creer «que todo incremento del poder constituye sin más un progreso, un aumento de seguridad, de utilidad, de bienestar, de energía vital, de plenitud de los valores», como si la realidad, el bien y la verdad brotaran espontáneamente del mismo poder tecnológico y económico. El hecho es que «el hombre moderno no está preparado para utilizar el poder con acierto», porque el inmenso crecimiento tecnológico no estuvo acompañado de un desarrollo del ser humano en responsabilidad, valores, conciencia. Cada época tiende a desarrollar una escasa autoconciencia de sus propios límites. Por eso es posible que hoy la humanidad no advierta la seriedad de los desafíos que se presentan, y «la posibilidad de que el hombre utilice mal el poder crece constantemente» cuando no está sometido a norma alguna reguladora de la libertad, sino únicamente a los supuestos imperativos de la utilidad y de la seguridad». Nota 105 Encíclica *Laudato Si'*.

<sup>20</sup> U. BECK, A. GUIDDENS, S. LASH, *Modernización reflexiva (...)*, ob. cit. pág. 15.

*organizada*<sup>21</sup> ante la efectiva conciencia de la existencia de los riesgos sin la generación de políticas de gestión adecuadas. Esta situación no es más que el producto del “éxito” del desarrollo y crecimiento económico, de un estilo de “desarrollo aparente”.

Esto se encuentra íntimamente vinculado a la ausencia de publicidad de los riesgos, es decir a la dificultad y complejidad para acceder a la información pertinente que permita medir su contenido y extensión. Es justamente este anonimato el que refleja la idea de irresponsabilidad organizada en donde los sistemas sociales consiguen a través de instrumentos políticos y judiciales ocultar el origen, las proporciones y efectos de los riesgos ecológicos<sup>22</sup>.

De allí la consagración del énfasis preventivo como uno de los caracteres del derecho ambiental (así se encuentra plasmado en toda la legislación sectorial y de presupuestos mínimos). Por tal motivo, en materia ambiental cobra rigurosa importancia el instituto de la prevención, procurándose evitar, dentro de los medios y límites racionales, todo posible riesgo que pueda afectar de manera negativa y relevante al medio ambiente. Es decir, que sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, puesto que muchos de los daños ambientales, de producirse, son irreversibles.

En los fundamentos del nuevo Código se dice que: “*en los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente (...)*”.

La ampliación de las funciones de la responsabilidad civil en el nuevo Código<sup>23</sup> revitaliza el sistema y lo torna mucho más compatible con los caracteres del daño ambiental<sup>24</sup>. Asimismo, se integra y refuerza la idea

---

<sup>21</sup> Ulrich BECK, «Risk Society toward a new modernity», en *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed, São Paulo, editora Revista dos tribunais, 2011.

<sup>22</sup> Jose Rubens MORANO LEITE, Patrick ARAUJO AYALA, *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed. São Paulo, Editora revista dos tribunais, 2011.

<sup>23</sup> Artículo 1708: «Funciones de la responsabilidad». Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

<sup>24</sup> Pablo LORENZETTI, «La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación». [en línea] <http://>

con el deber de prevención contenido en el artículo 1710. Esta recepción debe ser analizada, en lo que en materia ambiental concierne, en armonía con nuestra ley general del ambiente, en la que se encuentra plasmado en su artículo cuarto el principio de prevención, en función de la remisión explícita que realiza el artículo 1709 a leyes especiales (en este caso concreto –puede leerse– a la ley 25675 de presupuestos mínimos de política ambiental nacional).

Sostiene la jurisprudencia que “se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de “evitación” sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41 CN *“El derecho ambiental debe tener un carácter eminentemente preventivo por motivos funcionales y teleológicos”* y *“desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la preferencia por los instrumentos de actuación “ex ante”, frente a los instrumentos “ex post”, origina dudas serias sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad”*<sup>25</sup>.

*“Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinables a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. Un ancho cauce para la solidaridad y la cobertura de riesgos en una sociedad dinámica y triturante busca ansiosa prevenir más que reparar, bregando por un acceso a la justicia eficaz, no tanto para responder al pensamiento clásico de la sentencia de condena que enjugara un resarcimiento hacia atrás sino evitar un daño hacia adelante”*<sup>26</sup>. Es la transición del paradigma de la reparación hacia la prevención.

En caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en el caso de duda o incerti-

---

[www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf) [consulta 10 de octubre de 2015]. Pág. 5.

<sup>25</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. «Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo». 19/03/2009, en *LLBA*, junio 2009, pág. 491.

<sup>26</sup> Néstor CAFFERATTA, *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio ambiente y recursos naturales, Instituto Nacional de Ecología, México, diciembre 2004, pág. 120.

dumbre, también debe ser prevenido. La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales, así lo ha manifestado el Banco Mundial<sup>27</sup>; esperar la certidumbre solo nos habilitará a reaccionar y actuar una vez acaecido el daño y no para una actuación preventiva y anticipatoria. De allí la importancia de la prevención y la precaución, ya que frente al daño ambiental, ambiente, personas y comunidad son víctimas frente a las cuales la reparación pecuniaria tradicional no es suficiente como indemnización. “De poco sirve, luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemnizatorios que resultan pocos relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente”<sup>28</sup>.

La idea de prevención lleva ínsita la idea de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas, es decir, se tiende a través de la adopción de medidas basadas en este principio que las actividades del presente no comprometan las posibilidades de las futuras generaciones, como así también armonizar las cuestiones ambientales con el desarrollo.

El bien ambiental objeto de protección, tiene como características determinantes el ser esencialmente limitado y de consumo irreparable, de allí la importancia en esta área de la tutela preventiva. En idéntico sentido, la jurisprudencia afirma esta importancia de la faz preventiva en el derecho ambiental: “asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto”<sup>29</sup>.

En función de lo expuesto, se puede afirmar que uno de los grandes desafíos de la responsabilidad es lograr el cambio de paradigma, desde la reparación hacia la prevención. No podemos negar que uno de los princi-

---

<sup>27</sup> Banco Mundial, Informe «Desarrollo y Medio Ambiente, 1992, pág. 40. [en línea] [http://www.ds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037\\_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf](http://www.ds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf). Recuperado el 25/10/2014 [consulta 5 de mayo de 2015].

<sup>28</sup> Juzgado Federal N° II Mar del Plata «Fundación Reserva Puerto del Mar del Plata v. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ Amparo», 26/12/2002.

<sup>29</sup> Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires «Ancore SA y otros v. Municipalidad de Daireaux», 19/02/2002. Ídem «Almada Hugo v. Copetro S.A.», SCJBA, 19/05/1998.



pios más conocidos de entre los varios principios que inspiran al derecho medioambiental, es el preventivo-precautorio, lo que se refleja no solo en la legislación internacional, sino también en la legislación ambiental nacional. No obstante su aparente difusión y comprensión general, es frecuente que se malentienda su significado, o que se restrinja su aplicación. Esto se debe a que está instaurado un argumento falaz respecto a la responsabilidad que se reduce en el sofisma “quien contamina paga”, lo cual responde a la lógica de que estaría permitido realizar una actividad –más allá de los efectos adversos que ha de ocasionar al medio ambiente– “pagando” por contaminar, respondiendo a una interpretación restrictiva y simplista. Tras esta simple definición, sin embargo, podremos advertir que se esconde un concepto complejo. Es muy común que se identifique al principio con la idea de que aquel que ocasiona la contaminación debe pagar un monto en dinero por ella. Visto de este modo se generan serias dudas sobre la utilidad del instituto de la responsabilidad. Sin embargo, la lógica del principio de responsabilidad es justamente inversa a esto, lo cual se desprende de modo prístino del artículo cuarto de nuestra ley general del ambiente: *“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) Principio de responsabilidad: 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”*. A través de una interpretación hermenéutica y sistemática de nuestro ordenamiento jurídico –Constitución Nacional, Código Civil y Comercial, Ley de Política Ambiental Nacional y demás leyes de presupuestos mínimos sectoriales– se desprende que en materia ambiental cobra preeminencia y relevancia la faz preventiva, la tutela anticipatoria, para que luego sí, una vez implementadas las acciones preventivas y fracasadas las mismas, se acceda como *última ratio* a las acciones de reparación y correctivas del daño. Su implementación es una cuestión de atribución de costos, con el objeto de que el operador internalice (asuma) y contabilice los costos de prevención y rehabilitación como costos de la misma producción.

Otro de los grandes desafíos que se plantean en la temática es que muchas veces, se suscita una clara disociación entre quién es el generador, es decir, el causante y quién asume la responsabilidad por la

remediación del mismo. Siempre que sea posible, y de conformidad con el principio de responsabilidad, debería ser el titular u operador que haya causado el daño ambiental quien sufrague los costos del saneamiento. El principio de responsabilidad del causante es fácilmente aplicable en los casos de daño ambiental agudo, producto de algún evento posible de identificar sin dudas. El problema se plantea cuando resulta imposible identificar uno o más responsables, o los responsables son identificables pero no resultan solventes o existen dudas sobre el grado de responsabilidad o aptitud para resolverlo. El principal problema que se desprende es que dicha obligación termina recayendo –subsidiariamente– en el Estado, es decir, es la sociedad la que en definitiva termina absorbiendo dicha externalidad. Esto se debe a que el Estado debe enfrentar las soluciones para evitar seguir traspasando los problemas a las generaciones futuras, atento que el problema tiene una alta incidencia social y política antes que individual; aun cuando originariamente pudo ser imputable a individuos particulares.

Desde una perspectiva económica, la función fundamental del derecho es la modificación de los incentivos. Las normas de responsabilidad asumen la función de instrumentos eficaces para que los costos de prevención, control y reparación ambiental sean imputados y asumidos (internalizados) por quienes los producen y no por el conjunto de la sociedad<sup>30</sup>. Es decir, la esencia económica del derecho es que utiliza a la responsabilidad para internalizar las externalidades.

El sistema de responsabilidad ambiental previsto por el art. 41 de la CN y la Ley 25675 es de carácter preventivo y compensatorio, no repressivo. Por lo tanto, es necesario evaluar los daños para conocer el valor de los recursos naturales y el flujo de servicios ambientales perdidos<sup>31</sup>. Cuando, llegado el caso en que los mecanismos de protección y prevención fallan, de acuerdo al mandato constitucional se establece con carácter imperativo la recomposición: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Aquí se observa nuevamente que el sistema de responsabilidad no responde a la lógica “pago para contaminar”, ya que como se estableció

---

<sup>30</sup> Alicia MORALES LAMBERTI, *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional*, M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, pág. 221.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 218.

líneas más arriba, el principal objetivo es la prevención y evitación de los daños, pero ocurridos los mismos, las medidas de reparación y/o restauración tienen por objeto reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente y/o servicios ambientales afectados a una calidad similar a la que tenían con anterioridad del efecto dañoso, o al menos, restablecer sus propiedades y condiciones básicas, siendo la indemnización sustitutiva la *ultima ratio*.

#### IV. Deber positivo general en la protección del medio ambiente

*“Al mismo tiempo, crece una ecología superficial o aparente que consolida un cierto adormecimiento y una alegre irresponsabilidad. Como suele suceder en épocas de profundas crisis, que requieren decisiones valientes, tenemos la tentación de pensar que lo que está ocurriendo no es cierto. Si miramos la superficie, más allá de algunos signos visibles de contaminación y de degradación, parece que las cosas no fueran tan graves y que el planeta podría persistir por mucho tiempo en las actuales condiciones. Este comportamiento evasivo nos sirve para seguir con nuestros estilos de vida, de producción y de consumo. Es el modo como el ser humano se las arregla para alimentar todos los vicios autodestructivos: intentando no verlos, luchando para no reconocerlos, postergando las decisiones importantes, actuando como si nada ocurriera”<sup>32</sup>.*

Esta reflexión nos conduce al análisis del medio ambiente como bien colectivo, responsabilidad de todos. Esto responde a la idea de la colectivización de la responsabilidad, lo que coadyuva a una gobernanza horizontal, un reparto de responsabilidades y a una conciencia sobre la cuestión ambiental, en tanto implica un derecho del presente como así también para el futuro. La buena gobernanza no solo reside en el gobierno, sino también en el papel que asumen el público, las empresas privadas, los medios de comunicación, las organizaciones civiles, los inversionistas, los investigadores y todos aquellos que influyen en la vida política, económica

---

<sup>32</sup> Encíclica *Laudato Si'*, nota 59.

y social de un país<sup>33</sup>. Así, es dable hablar no sólo de un derecho a un ambiente sano, sino que eso se acompaña de un correlativo deber, el cual es un mandato constitucional de nuestro sistema. Se reconoce esa colectivización de la responsabilidad, es decir, es un deber que nos alcanza como humanidad, no sólo a los órganos estatales, empresas privadas y públicas, sino a todos como sociedad. Se trata de reconocer los límites, de la necesidad de bregar por la restauración integral del medio ambiente, que se respete su capacidad de resiliencia, recuperar los ambientes degradados a una condición similar a su estado original. El flujo de bienes y servicios que brinda el medio ambiente debería ser tomado como capital natural o ecológico y no quedar como rehén de un criterio económico, sustituyendo acciones preventivas por una mera indemnización.

No hay que confundir esto con una banalización de que el ambiente se debe mantener inalterado, como algo intocado, ni invocar mejores y superiores derechos del ambiente ante nosotros como humanidad, sino entender que el hombre es parte, que se debe relacionar de otro modo con el medio ambiente. Si bien el hombre puede servirse de la naturaleza no puede perder de vista una suerte de comunitarismo que surge de la convivencia, de la interdependencia.

*“(...) La atenuación de los efectos del actual desequilibrio depende de lo que hagamos ahora mismo, sobre todo si pensamos en la responsabilidad que nos atribuirán los que deberán soportar las peores consecuencias. (...) Sigue siendo cierto que hay responsabilidades comunes pero diferenciales. (...) (M)ientras el orden mundial existente se muestra impotente para asumir responsabilidades, la instancia local puede hacer una diferencia. Pues allí se puede generar una mayor responsabilidad, un fuerte sentido comunitario, una especial capacidad de cuidado y una creatividad más generosa, un entrañable amor a la propia tierra, así como se piensa en lo que se deja a los hijos y a los nietos”<sup>34</sup>.*

---

<sup>33</sup> Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 30 de octubre de 2012.

<sup>34</sup> Encíclica *Laudato Si'*, notas 161, 170 y 179.

Esto tiene razón de ser en el principio de inmediación<sup>35</sup>, es decir, es la esfera local que más cercana se encuentra al problema la que debe actuar de modo prioritario. Eso se debe a que en materia ambiental según el reparto de competencias establecidas en nuestra carta magna corresponde a las provincias la gestión de los recursos naturales, por lo que son los gobiernos locales los que deben aumentar su capacidad institucional y la gestión del cambio. Partiendo de nuestra norma de base, recordamos que el artículo 121 establece: “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”; el artículo 124 CN *in fine*: “(...) *corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*” y el artículo 5 garantiza el régimen municipal: “*Cada provincia dictará para sí una Constitución (...) que asegure su régimen municipal (...)*”. El poder a los fines de definir el uso y gestión de los recursos es local –léase provincial, municipal, comunal– y va de suyo, que el poder de policía en general y específicamente el ambiental, es también local.

En este marco normativo, cada medida y acción que se efectivice en torno a la prevención del medio ambiente, debe realizarse de modo progresivo y gradual –lo que lleva implícito un principio de “no regresión”<sup>36</sup> como imperativo jurídico negativo como imperativo jurídico positivo–. Ello implica que no solo existe el deber positivo general de no dañarlo, sino también deberes positivos generales en orden a preservarlo, evitar que se lo altere o destruya, a recomponerlo.

---

<sup>35</sup> Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales (Artículo 4 de la LGA).

<sup>36</sup> Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos (Artículo 4 de la LGA).

## V. ¿Un nuevo juez? El papel del juez en materia ambiental

*“La tutela al medio ambiente, patrimonio de todos justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia ya que el deterioro ambiental progresa a modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo (...) no hay libertad para dañar el ambiente ajeno ni para restringir la libertad que tiene todo individuo de usar y gozar del ambiente”<sup>37</sup>.*

Estamos asistiendo a una lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas.

Se requiere de un *aggiornamento* de las técnicas jurídicas; de un proceso vivo, que reclama medidas de inmediato, anticipadas, efectivas, de un juez comprometido con la evolución de los principios y de las normas, no ya solo como referí<sup>38</sup>, porque lo que está en juego es un bien común, colectivo, que nos concierne a todos y cada uno de nosotros. Es este acceso a la justicia la que debe estimular una sensibilización hacia el medio ambiente, que no sólo atañe a las generaciones del presente sino también a las del futuro, lo que implica una dimensión y responsabilidad colectiva frente al problema. Es una responsabilidad social, de todos y así

---

<sup>37</sup> Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en «Almada Copetro y otro», Fallo del 19 de mayo de 1998, pág. 979.

<sup>38</sup> John Ely, por el contrario sostiene que los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol, Su misión es la de permitir a los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido a favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos solo siguen desde afuera. Los jueces solo deben ocuparse de los procedimientos, no de desentrañar valores. En Roberto GARGARELLA «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 140. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladificultosa tareadelainterpretacion\\_constitucional-ClaseDr.Carpio\(1\).pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladificultosa tareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio(1).pdf)

lo manifiesta el papa Francisco en su Carta Encíclica *Laudato Si'* sobre el cuidado de la casa común, en donde sostiene que nada no es indiferente: “*Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente*”<sup>39</sup>.

La teoría jurídica ambiental se orienta hacia una perspectiva del juez “activo”, que supera el mero espectador –observador de los procesos clásicos– tradicionales. Genera su irrupción un giro copernicano al constitucionalizarse la problemática ambiental y al consagrarse el medio ambiente como un derecho humano básico<sup>40</sup>. En este sentido, el juez debe responder a este valor constitucional y sus decisiones deben ser consecuentes, congruentes y eficaces en torno al mandato preventivo que impone la tutela ambiental.

El juez no es un mero receptor de normas, sino que por el contrario su actuación le demanda un actuar consciente, siendo un elemento fundamental a la hora de adaptar sus decisiones a la realidad concreta, lo cual denota una actividad sumamente compleja y delicada<sup>41</sup>, en donde cabe preguntarnos: ¿Qué se espera de la actuación judicial? ¿Se espera una decisión calculable, predecible, segura; o una decisión justa, específica y concreta, actual? Es un interrogante muy amplio y discutido en áreas de filosofía del derecho, en donde entra en juego valores tales como la seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales a los fines de poner un freno o control al temor de la discrecionalidad judicial, pero a su vez se exige que la decisión del juez sea útil y justa. Claramente esta discusión y teorización excede las líneas de este trabajo, el cual pretende (humildemente) delinear la figura del juez ante incumbencias ambientales, de las

---

<sup>39</sup> Encíclica *Laudato Si'*, nota 49.

<sup>40</sup> V *supra*. Punto II de este trabajo.

<sup>41</sup> El juez representa para el derecho positivo, una sutil versión del caballo de Troya: de apariencia a la vez inerte e impotente, goza de la confianza del sistema jurídico, que le confiere el poder necesario para defenderlo y aplicarlo; pero el magistrado no es una máquina en manos del legislador: debajo de la toga hay un ser humano, con su inteligencia, sus valores, sus intereses y sus yerros. Y esto, que en la práctica se considera comúnmente una ventaja en cuanto se cree que habilita al juez para «comprender mejor» o «juzgar con equidad» las conductas humanas de las que debe conocer, constituye una grave dificultad para quien intenta acercarse al fenómeno judicial con ánimo de teorizar. Ricardo A. GUIBOURG, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 45.

cuales no puede mantenerse “totalmente al margen”, ya que son cuestiones que le conciernen y afectan de un modo directo, ya que el medio ambiente es un bien colectivo. La protección del mismo es un deber de todos y cada uno de los habitantes, también del juez que vive en él, que no puede ser indiferente de lo que acontece y debe fallar en pos de la defensa y manteamiento de los recursos naturales y servicios ambientales.

Los derechos fundamentales no son puros enunciados deontológicos sino que, como todo derecho subjetivo, constituyen verdaderos instrumentos para obtener decisiones judiciales. Se requiere concretar en acciones positivas dicha protección, ante lo cual es inevitable preocuparse y circunscribirse en las particularidades del caso, en la realidad local involucrada.

Se necesita, a mi entender, considerar el sentido finalista de la sentencia, sus consecuencias reales/prácticas, los costos ambientales, sociales, económicos que implica. En este sentido, dentro de la variedad de técnicas interpretativas que dispone el juez (muchas veces opuestas entre sí), en función del papel que cumplen los principios del derecho ambiental, se debe buscar una interpretación que armonice la idea de desarrollo sustentable con las actividades humanas, en un delicado equilibrio en tanto se encuentra en juego un bien de incidencia colectiva, no solo del presente sino también respecto al futuro. Esto plantea la necesidad de una solidaridad intergeneracional porque estamos frente a problemas que afecta no sólo a las generaciones presentes sino que, en mayor medida, quienes sufrirán el deterioro ambiental y desgaste de los recursos son personas que hoy no existen y en consecuencia no tienen los medios para hacer valer sus derechos. Son personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desprotección, en tanto son los potenciales perjudicados de nuestros hábitos de consumo devastadores y de un estilo de desarrollo que tiene como subproductos más notorios la pobreza y el deterioro ambiental.

Por ello, el juez al momento de dar su veredicto debe considerar el *sentido finalista* de la sentencia, que tenga en cuenta una finalidad con sentido evolutivo, que se produzca una simbiosis entre las tradicionales interpretaciones exegeticas, de la intención del legislador con una visión dinámica que busca brindar una respuesta al caso concreto. Es decir, ir más allá de criterios que miran “hacia atrás, hacia el pasado”, en busca de los orígenes de la norma, para lograr una interpretación dinámica, que “actualice” el sentido de la norma, adecuándola a la “realidad viviente”<sup>42</sup>.



De este modo se propone pensar en “aquí y ahora”, brindando un texto más cercano a las necesidades y problemas que nos atañe todos los días<sup>43</sup>. No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, y en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y de los principios fundamentales del derecho.

Se deben encaminar los pronunciamientos en el derrotero trazado por las directivas insoslayables provenientes de demandas sustanciales, de máxima jerarquía como lo son los preceptos contenidos en los artículos 41 y 43 de nuestra Constitución Nacional. Asimismo, en torno a ello no se puede negar la ineludible importancia del principio de progresividad, que lleva implícito la no regresividad, lo cual implica que se debe avanzar de forma progresiva hacia la cabal protección del medio ambiente, estando prohibido cualquier retroceso, reconociendo las circunstancias y particularidades de cada país respecto de los derechos de acceso. Corolario de la idea anterior, es que se deben adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr la plena efectividad de los derechos.

En igual sentido la doctrina judicial ha afirmado que “Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención”<sup>44</sup>.

Por lo que, las nuevas medidas judiciales, políticas, legislativas que se dispongan no pueden disminuir el nivel de protección, es decir, se debe

---

<sup>42</sup> Roberto GARGARELLA, «De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina». Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 55. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web <http://www.juridicas.unam.mx/>

<sup>43</sup> En este sentido, el juez norteamericano Félix Frankfruter señalaba: «*Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional (...) la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas*». En Roberto GARGARELLA, «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», ob. cit., pág. 126.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica - Recurso de Hecho», Fallo del 25/05/2010. A. 1032. XLII.

avanzar en forma gradual y progresiva en la búsqueda de una plena efectividad y operatividad de los derechos consagrados. En palabras de Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, caracterizándolos como mandatos de optimización<sup>45</sup>.

En este contexto se puede sostener que la irrupción de la cuestión ambiental es transversal y horizontal, ingresando en el ámbito judicial, avigorando una fuerza revolucionaria: *“si solo consideramos al derecho ambiental como un conjunto de aportaciones destinadas a aggiornar cosméticamente a las disciplinas jurídicas existentes con el fin de acomodar sus estructuras y funcionamientos a las nuevas exigencias de las sociedades modernas jaqueadas por la problemática ambiental, tendremos solo una visión parcial. Y muy probablemente quedemos encorsetados en los modos y procedimientos de los institutos jurídicos preexistentes, sin poder romper esa especie de obsesión que muchas veces sufrimos los operadores del derecho, rehusándonos a cuestionar o transformar los mínimos, sin asumir la necesidad de brindar, antes nuevas demandas de la sociedad, nuevas respuestas jurídicas”*<sup>46</sup>.

*“La interpretación de cada artículo y de cada ley no puede hacerse en forma aislada para su fin inmediato y concreto, sino que debe integrarse con el ordenamiento jurídico restante y principalmente con los principios y garantías de la CN. La tarea del intérprete no puede cumplirse en el plano conceptual de las normas y con el solo recurso de la lógica, pues no se trata de llegar a una solución que no sea contradictoria, por estar dentro de las posibilidades legales, sino a una solución que, además, sea justa. En otras palabras, la interpretación de las normas debe siempre ineludiblemente contribuir al afianzamiento de la justicia que en definitiva, es su*

---

<sup>45</sup> Robert ALEXY, «Teoría de los derechos fundamentales», trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. En «Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente». José Esain, *Revista de Derecho Ambiental* N° 35. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio/septiembre 2013, págs. 1-49.

<sup>46</sup> Enrique PERETTI, «La valoración del daño ambiental», en Ricardo Luis Lorenzetti, (Director), *Derecho ambiental y daño*, Buenos Aires, La ley, 2011, págs. 369-401.

*norte. Es que en rigor, el juez nunca aplica una norma aislada, sino la totalidad del ordenamiento jurídico del que depende su sentido*<sup>47</sup>.

## VI. Reflexiones finales

Del análisis efectuado surge con claridad la configuración del derecho humano a un ambiente sano y su correlativo deber en la protección del mismo. Se insta la importancia de un mandato de tutela anticipada y preventiva. Por lo que, con esa lógica debe leerse e interpretarse nuestro sistema de responsabilidad. Si bien no es discutible la necesidad de reconocer la responsabilidad, conviene analizar el uso del término. El mejor modo de desvirtuar un contenido es convertirlo en *eslogan*, en etiqueta así se ha conseguido hablar de responsabilidad/prevenición sin hablar de ella. La idea de “contaminador-pagador” responde a un discurso retórico, superficial desconectado del contexto jurídico y social donde se manifiesta.

La pátina verde que está tiñendo la política tradicional es totalmente insuficiente para esto. Sólo muestra una mezcla donde se bate el crecimiento económico y lo ecológico, creando un cóctel que con nuevo nombre sigue teniendo un añejo gusto. Donde se observa que la preocupación ambiental se une al aumento de la productividad, el progreso científico-técnico, etc., surge el escalofrío de la duda de si se han comprendido los profundos cambios que son necesarios.

De allí que, en el fondo, subyazcan ciertos principios o fundamentos, la cuestión ambiental (que es social) se apoye en valores, que hoy son más o menos compartidos por todas las personas. Es indiscutible la existencia del derecho humano al medio ambiente, que tiene una consagración y justificación intrínseca, más allá del reconocimiento o recepción jurídica. La preocupación por el otro, por el desarrollo de la comunidad, se materializa en un humanismo, en principios que son universalmente válidos (ideales), pero que a la vez requiere de un relativismo, de una localización, de un particularismo de acuerdo al contexto en que se inserta.

---

<sup>47</sup> Eduardo Alfredo KOCH, «El derecho a la jurisdicción y la interpretación de las leyes», LL1991-D-21, en *El Código comentado Civil, Comercial y Laboral* (Ghersi-Weingarten Directores), Santa Fe, Nova Tesis, noviembre de 2014, págs. 19-22.

En este caso se puede mencionar algunas posturas de corte posmoderno, de extrema individualidad, donde en vez de visualizarse la lucha social y colectiva, se manipula el discurso en una lucha personal, casi egoísta por la limpieza de «mi» puerta, no quiero un basurero en «mi» barrio, esto me afecta a «mí», reemplazándose la dimensión social y colectiva del problema ambiental.

Aquí hay un eco de la idea kantiana de que para obrar con buena voluntad no basta hacer lo que es objetivamente nuestro deber, sino que hay que obrar por respeto y con conciencia del deber. Cuando se inculcan virtudes morales no se trata simplemente de hacer que la gente esté lista para efectuar espontáneamente ciertos actos deseables cuando llegue el momento apropiado, sino de hacer que la gente haga suyas ciertas razones morales a favor de determinadas acciones, de modo que esas razones prevalezcan sobre otras consideraciones en el momento oportuno.

Debemos buscar toda referencia común y todo intento por fortalecer los lazos sociales, dejar de dar una prioridad absoluta a nuestras conveniencias circunstanciales, relativizando al otro, conviviendo bajo necesidades superfluas y comenzar a replantearnos si estamos conscientes de la magnitud de nuestro accionar o si, la irresponsabilidad es algo natural porque es socialmente aceptada o la aceptamos porque está naturalizada. Recordamos lo ya dicho: “*Hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social (...)*”<sup>48</sup>. En definitiva, existe una responsabilidad de todos respecto a la cuestión ambiental. Su invocación y aplicación efectiva requiere, no obstante, de un mayor desarrollo si se reconoce que “*la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad*”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Papa FRANCISCO en su Encíclica *Laudato Si'*, nota 49.

<sup>49</sup> De la Declaración de Estocolmo (Naciones Unidas: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*).

## Bibliografía

- BANCO MUNDIAL, Informe “Desarrollo y Medio Ambiente”, 1992, pág. 40. [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037\\_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/08/27/000333037_20100827015428/Rendered/PDF/105170WDR0SPANISH0Box37349B01PUBLIC1.pdf). Recuperado el 25/10/2014.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), págs. 65-94. URL: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>
- BECK, Ulrich, *Risk Society toward a new modernity*, London, Sage, 1992, en *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: Teoria e pratica*. 4ª ed. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BECK, U., GIDDENS, A., LASH, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, Alianza Universidad, 2001.
- CAFFERATTA, Néstor, *Introducción al derecho ambiental*, Secretaría de Medio ambiente y recursos naturales, México, Instituto Nacional de Ecología, diciembre 2004.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II. “Spagnolo, César Antonio c. Municipalidad de Mercedes s/amparo”. 19/03/2009, en *LLBA*, junio 2009.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe; situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas*, 30 de octubre de 2012.
- Corte IDH, caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”. En *LL 11/07/2006*, 4 - *LL 2006-D*, 281 - *DJ 2006-2*, 706 - *LL 29/06/2006*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica - Recurso de Hecho”. Fallo del 25/05/2010. A. 1032. XLII.
- CRUZ MARTÍNEZ, Edgar Humberto. “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, en *Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Año 1995, N° 13, págs. 227-228. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr19.pdf>
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva. 23ª Edição, 2002.

ENCÍCLICA *Laudato Si'*.

ESAÍN, José. “Progresividad, gradualidad, no regresión y el derecho humano fundamental al ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 35, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, julio/septiembre 2013, págs. 1-49.

GARGARELLA, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008. Consultado el 15 de mayo de 2015 a través de la web [http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladifultosatareadelainterpretacion\\_constitucional-ClaseDr.Carpio\(1\).pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedc/MATERIALES/Gargarella,Roberto-Ladifultosatareadelainterpretacion_constitucional-ClaseDr.Carpio(1).pdf)  
— “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<http://www.juridicas.unam.mx/>).

GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires, Astrea, 1986.

GUIMARÃES, Roberto P. “La ética de la sustentabilidad y la formulación de políticas de desarrollo” (<http://www.uv.mx/personal/fpanico/files/2011/04/Guimaraes-la-etica-de-la-sustentabilidad.pdf>).

Juzgado Federal N° II Mar del Plata “Fundación Reserva Puerto del Mar del Plata v. Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ Amparo”, 26/12/2002.

KOCH, Eduardo Alfredo, “El derecho a la jurisdicción y la interpretación de las leyes” LL1991-D-21, en *El Código comentado Civil, Comercial y Laboral* (Gherzi, Weingarten Directores), Santa Fe, Nova tesis, noviembre de 2014.

LORENZETTI, Pablo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>).

LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

MORALES LAMBERTI, Alicia, *Política ambiental, energética y fiscal. Relaciones y conflictos de coordinación interjurisdiccional*, Córdoba, M.E.L. Editor, 2005.

MORANO LEITE, Jose Rubens, ARAUJO AYALA, Patrick. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extramatrimonial: teoria e pratica*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NACIONES UNIDAS, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*.

NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

PERETTI, Enrique, “La valoración del daño ambiental”, en Lorenzetti Ricardo Luis (Director), *Derecho ambiental y daño*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires “Ancore SA y otros V. Municipalidad de Daireaux”, 19/02/2002. Ídem. “Almada Hugo V. Copetro S.A”, SCJBA, 19/05/1998.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. “Almada Copetro y otro”. Fallo del 19 de mayo de 1998.





**DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL  
CASO «VARGAS, RICARDO MARCELO CONTRA SAN  
JUAN PROVINCIA DE Y OTROS SOBRE DAÑO  
AMBIENTAL»\***

***CHALLENGES OF INTERNATIONAL LIABILITY  
CASE «VARGAS, RICARDO MARCELO VS. SAN JUAN  
PROVINCE AND OTHERS ON ENVIRONMENTAL DAMAGE»***

Yésica YORNET\*\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo abordar el caso «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental» dentro del eje de trabajo propuesto «Desafíos de la Responsabilidad Ambiental». Para el conocimiento y análisis se han tenido en cuenta las resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la normativa específica en relación al proyecto minero binacional argentino-chileno Pascua-Lama y los fallos de la Justicia de la República de Chile.

**Palabras-clave:** Daño ambiental - Responsabilidad - Caso «Vargas».

**Abstract:** This paper aims to address the case «Vargas, Ricardo Marcelo vs. San Juan Province and others on Environmental Damage» in the proposed axis of work: «Challenges of Environmental Responsibility». For knowledge and analysis of the case were taken into account the resolutions of the Supreme Court of Justice of the Nation, the specific regulations regarding the binational Argentine-Chilean mining project Pascua-Lama and judgments of Justice of the Republic of Chile.

---

\* Trabajo recibido el 4 de diciembre de 2015 y aprobado para su publicación el 9 de marzo de 2016.

\*\* Abogada (Universidad Nacional de Catamarca). Doctorando en la Universidad Nacional de Córdoba sobre el tema: «Regalías mineras y distribución normativa de la renta minera: Incidencia en la función compensatoria-sustitutiva asignada al desarrollo económico y social alternativo a la actividad». Becaria de Conicet.

**Keywords:** Environmental Damage - Responsibility - Case «Vargas».

**Sumario:** I. Introducción. II. Resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. Competencia originaria de la Corte. IV. Aplicación de principios ambientales como fundamento para el establecimiento de medidas. V. Pascua-Lama en Chile: Fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile. VI. Proyecto minero binacional: normativa específica aplicable. VII. Conclusiones.

## I. Introducción

1. *«Laudato si', mi' Signore» - «Alabado seas, mi Señor», cantaba san Francisco de Asís. En ese hermoso cántico nos recordaba que nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos: «Alabado seas, mi Señor; por la hermana nuestra madre tierra, la cual nos sustenta, y gobierna y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba.*

2. *Esta hermana clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable y del abuso de los bienes que Dios ha puesto en ella. Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado, también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso, entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que 'gime y sufre dolores de parto' (Rm 8,22). Olvidamos que nosotros mismos somos tierra (cf. Gn 2,7). Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura». Encíclica Laudato Si'».*

Tal como lo expresara el papa Francisco en la Encíclica *Laudato Si'*, una de las preocupaciones a nivel mundial, es la protección del medio ambiente. Nos encontramos frente a un gran desafío: disminuir y/o frenar el deterioro ambiental y de los recursos naturales producto del uso irracional que el hombre efectúa. Esto no sólo es una problemática ambiental, sino también de desarrollo con profundos impactos potenciales en la sociedad, la economía y los ecosistemas que exige un cambio en la sociedad, en la forma de consumo y de vida que debe comenzar por ponderar los bienes o valores ambientales que ellos nos prestan y cuál sería nuestro

futuro si como consecuencia de la destrucción y la escasez el hombre no contara con ellos.

La materia ambiental se encuentra caracterizada por la aplicación de presupuestos mínimos de protección y principios ambientales que exigen actuar con diligencia a fin de hacer efectivo el derecho-deber de gozar del ambiente como derecho humano básico. Ello implica que no sea esto «una mera expresión de buenos y deseables propósitos» consagrados en la Constitución.

La naturaleza del bien jurídico protegido «medio ambiente» requiere que el juez actúe enérgicamente y con fundamento en el principio preventivo-precautorio y tome las medidas necesarias para tutelar el medio ambiente.

El caso «Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan provincia de y otros sobre Daño Ambiental» está constituido por tres resoluciones ordenatorias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las que interviene sin perjuicio de que aún no ha resuelto si corresponde o no a la competencia federal. El afectado solicita al Alto Tribunal tome medidas en el proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama», concertado entre las Repúblicas de Chile y Argentina con el propósito de explorar, desarrollar y utilizar el yacimiento de oro, plata y cobre en la frontera por considerar que no se están respetando normas de presupuestos mínimos de protección ambiental consagrados por la Constitución Nacional en el artículo 41, párrafo 3º, tales como: Ley de Glaciares, el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y Ley General del Ambiente, por no contar la empresa minera con un seguro ambiental de cobertura suficiente para hacer frente a un posible daño ambiental. También argumenta que el proyecto argentino-chileno contraviene la Ley de Residuos Peligrosos 24051 y la ley de Áreas Naturales protegidas por encontrarse el proyecto emplazado dentro de la Reserva de Biósfera de San Guillermo.

Ante las diversas dificultades ambientales que se han producido en el proyecto en el lado chileno, el hecho en cuestión se íntegra, con los fallos de la Justicia de Chile, el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado entre ambos Estados, el Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera aprobados por Ley 25243 y el Protocolo Adicional Específico al tratado de Complementación Minera entre la República de Chile y la República Argentina para el Proyecto Minero «Pascua-Lama».

## II. Resoluciones Ordenatorias de la CSJN

La causa Vargas está integrada por tres –hasta el momento– resoluciones ordenatorias emitidas por el Alto Tribunal, en las que se describen entre otras cosas: los hechos, las pretensiones y los derechos en los que se fundan. A continuación una breve reseña a cada una de ellas a fin de trazar el camino seguido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el auto de apertura de la causa «Mendoza, Silvia B. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza Riachuelo», el 20/06/2006, dijo que «*el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente*»<sup>1</sup>.

En reconocimiento del *status* constitucional del derecho a gozar a un medio ambiente sano, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se pronuncia en cuatro resoluciones ordenatorias.

La parte activa –legitimado extraordinario– está representada por el señor Ricardo Marcelo Vargas, quien invoca la condición de «afectado»<sup>2</sup>, vecino de la provincia de San Juan, que promueve demanda por daño ambiental colectivo, en los términos del artículo 30<sup>3</sup> de la Ley N° 25675

---

<sup>1</sup> Néstor CAFFERATA, *Perfil del Juez* (<http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Perfil%20del%20Juez.pdf>).

<sup>2</sup> «El término «afectado» no remite solamente a su carácter de titular de un derecho individual, sino también a titular de clase o sector de derechos de incidencia colectiva. «Afectado» resulta ser quien no habiendo aún sido dañado, se halla en el ámbito potencial de ser dañado». A. MORALES LAMBERTI, y A. NOVAK, *Instituciones de Derecho Ambiental*, M.E.L. Editor, 2005, pág. 217.

<sup>3</sup> Artículo 30 de LGA: «*Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o*

mientras, que los sujetos pasivos de esta acción son: Barrick Exploraciones Argentinas S.A. (BEASA), Exploraciones Mineras Argentinas (EMA) en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama» y contra dicho Estado provincial en su calidad de autoridad concedente.

*Primera resolución.* La *pretensión* en esta primera resolución – fecha 24 de abril de 2012– está destinada a obtener:

a) que se obligue a las demandadas a la contratación de un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que pudieren producir a raíz de la actividad minera de prospección, exploración, explotación, cierre y poscierre del yacimiento (art. 22 de LGA);

b) que se requiera a ese fin a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación una evaluación de la zona de influencia del referido proyecto para acreditar el estado del ambiente, certificar el alcance de los daños y los riesgos introducidos en relación a las normas de presupuestos mínimos de aplicación al caso y;

c) que se las condene a la recomposición del ambiente dañado y que se dañe en el futuro, ordenando su restablecimiento al estado anterior al inicio de sus actividades o, en su defecto, al pago de la indemnización sustitutiva que se determine.

Estas pretensiones, se encuentran fundadas en el artículo 41 de la CN, en las leyes nacionales 25675 General del Ambiente y 25688 del Régimen de Gestión de Aguas y en los artículos 17, 233, 246, 248, 249 y 253 del Código de Minería entre otros.

*Los hechos:* el proyecto «Pascua-Lama» es el primer proyecto minero binacional en el mundo, que se desarrolla al amparo del Tratado sobre Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile y del Protocolo Adicional Específico. El proyecto se encuentra ubicado en la cordillera de los Andes, al norte del cinturón minero «El Indio», en la Región III de Chile y en el extremo norte del Valle del Cura,

---

*municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción».*

departamento Iglesia, en la provincia de San Juan, en el límite de la frontera entre Chile y Argentina y está emplazado en la cuenca alta del río Las Taguas, tributario del río Jáchal, que integra el «Sistema del Desaguadero». El afectado afirma que, parte del proyecto se encuentra dentro de una Reserva Internacional de la Biosfera «San Guillermo», Área Natural Protegida y que forma parte de Red Mundial de Reservas de Biósfera del programa «El Hombre y la Biósfera» de la Unesco.

Se indica que, en el lado chileno se encuentran principalmente las obras de infraestructura asociadas a la extracción de minerales, mientras el procesamiento se hace especialmente en territorio argentino.

El proyecto minero genera los siguientes impactos ambientales: a) remoción de grandes cantidades de suelo que afectan e impactan directamente en el paisaje y en el patrimonio cultural, alterando así el medio ambiente, en especial el ecosistema de la Reserva de Biosfera «San Guillermo» y el Parque Nacional núcleo del área protegida; b) es un gran generador de residuos domésticos, peligrosos, industriales, industriales no peligrosos y patogénicos, circunstancia que impacta e impactará negativamente en el ecosistema internacional y en las aguas superficiales y subterráneas del territorio argentino, pues las toneladas de colas de lixiviación con el cianuro generadas por la explotación, serán depositadas final y perpetuamente en el dique ubicado sobre el río Turbio; c) los polvos de la actividad minera afectarán directamente a los glaciares existentes en las altas cumbres de la zona, lo que ocasionará un aumento de su temperatura y el consecuente derretimiento, situación que podría provocar liberaciones eventuales de sustancias y residuos peligrosos y derrames con incalculables perjuicios al medio ambiente.

El afectado pretende que los efectos de la sentencia que se dicte se extiendan a Barrick Gold Corporation Company, con domicilio en Canadá, en su condición de controlante de las sociedades demandadas y a los directivos y profesionales responsables de estas compañías.

Solicita se cite como terceros al Estado Nacional, por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en su condición de autoridad responsable de controlar las actividades generadoras de impactos en ecosistemas internacionales e interprovinciales, y de garante de cumplimiento de diversos convenios internacionales. También en su carácter de autoridad de aplicación de las leyes nacionales 25675 Ley General del Ambiente y 25688 del Régimen de Gestión de Aguas.

Peticiona que sean citadas las provincias de San Luis, Mendoza y La Pampa por encontrarse comprometidos sus patrimonios ambientales, afirma que su intervención procede como legitimado en razón de la previsión contenida en el art. 30 de la ley 25675 y en su calidad de integrantes del Comité de Cuenca del Río Desaguadero. Requiere se cite también al Defensor del Pueblo de la Nación, al Consejo Federal de Minería (COFEMA) y a la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco).

Por tratarse de un emprendimiento binacional, es necesario establecer cuál es el régimen jurídico en el que va a encuadrarse dicha explotación y sus actividades que, tal como lo adelantáramos, son el Tratado sobre Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile y del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Pascua-Lama. Sin perjuicio de ello, en lo relativo a las cuestiones ambientales, *«las partes aplicarán sus respectivas legislaciones sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en Argentina, según corresponda»* (artículos 12 del Tratado y 46 del Protocolo Específico).

La Corte, en primer lugar, señaló que el carácter binacional de la explotación no alteraba las reglas establecidas en la legislación nacional para este tipo de cuestiones ambientales, considera que los hechos que se denunciaban exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional. El tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que *«el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general»* (art. 32, ley 25675)», resuelve requerir: a) a la provincia de San Juan informe sobre si se ha realizado el estudio de impacto ambiental en la etapa de explotación del proyecto Pascua-Lama; b) al Estado Nacional informe sobre si se ha realizado informe de impacto ambiental conforme al Pro-

toloco Adicional Específico al Tratado de Integración y Complementación Minera firmado entre la Argentina y Chile, y si ha habido intercambio de información relevante, de los principales aspectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias comprendidas en el tratado y respecto del Estado provincial, que se libre oficio al señor juez federal correspondiente.

*Segunda resolución* –27 de agosto de 2013–: La CSJN –a través de resolución de fs. 262/265– le requirió al Estado Nacional, que informe al Tribunal en el plazo de 20 días si se han realizado estudios de impacto ambiental en la oportunidad de suscribir el Protocolo Adicional Específico al Tratado sobre Integración y Complementación Minero Pascua-Lama del 13 de agosto de 2004 y, asimismo, si en el marco del segundo párrafo del art. 12 de la ley 25243 hubo intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales aspectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias comprendidas en el Tratado que dicha ley aprueba.

Frente a la demostración a través de distintos oficios de la actividad desplegada para lograr el cumplimiento de aquella decisión y sin tener respuesta a la fecha del requerimiento por parte del Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y servicios es que la Corte resuelve: Requerir al Señor Jefe de Gabinete de Ministros que adopte las medidas necesarias a fin de que a través del Ministerio referido se dé respuesta a la orden dada por este Tribunal en el plazo de 15 días bajo apercibimiento.

*Tercera Resolución:* Sin perjuicio de que aún la Corte no se ha expedido sobre su competencia para entender en el caso por vía de instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, ordenó medidas con fundamento en el artículo 32<sup>4</sup> de la LGA frente a los hechos denunciados por el demandante.

En relación a los pedidos de informes realizados por la Corte, tanto la provincia de San Juan como el Estado Nacional por intermedio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable presentaron lo requerido.

---

<sup>4</sup> El artículo 32 de la ley 25676 establece: «El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general».



Por último, se pone en conocimiento de la Corte, por parte del afectado, de un nuevo hecho; la decisión de la Corte de Apelaciones de Copiapó de suspender la actividad del proyecto minero Pascua-Lama fundada en la afectación entre otros ecosistemas, del glaciar Toro I de naturaleza binacional y compartido por Argentina. Por tratarse este emprendimiento de carácter binacional, el Tribunal no puede obviar las decisiones adoptadas al respecto en la República de Chile, esto en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Ley 25675<sup>5</sup>.

En el país vecino, la Corte de Apelaciones de Copiapó admitió un recurso de protección de garantías constitucionales interpuesto –en los términos previstos en la legislación chilena– por comunidades indígenas, en contra de la Compañía Minera Nevada SpA –sociedad relacionada con la matriz Barrick Gold–, la sentencia indicó que «del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitablemente, que en la especie existe una ‘amenaza’ seria a los recursos hídricos».

Específicamente se constató que: i) la empresa ejecutante no había construido adecuadamente la infraestructura necesaria para el tratamiento de aguas; ii) que no había implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, lo que *per se* constituía una amenaza a los recursos hídricos del lugar; y iii) advirtió que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantenían una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor lo que generaba un riesgo de daño ambiental que debía cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional (considerandos 7°, 8° y 11° de la sentencia).

Con fundamento en todo lo ya expuesto, la Corte de Apelaciones ordenó la paralización de la construcción del proyecto, estableciendo una serie de condiciones para la reanudación de las actividades, por haberse comprobado incumplimientos por parte de la empresa a las previsiones

---

<sup>5</sup> Cabe recordar uno de los principios de política ambiental que establece la Ley General del Ambiente es el de cooperación según el cual «los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional» y que «el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta».

contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) N° 24/2006, que constituye la norma medioambiental que rige específicamente la actividad en el país vecino, y por considerar que existía una amenaza seria a los recursos hídricos ubicados en la zona.

Esta decisión luego fue confirmada por la Corte Suprema de la República de Chile en septiembre de 2013.

La resolución de CSJN establece que en virtud de los principios precautorio y de cooperación, en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, se requiere a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan que informen específicamente: I) si se construyeron las piletas de sedimentación y si se realiza su mantenimiento mensual; II) Respecto al monitoreo de glaciares –desde enero de 2013 hasta la actualidad– se requiere que se informe sobre la existencia de material particulado sobre los referidos recursos, su evolución y el impacto que pudiere haber tenido el material particulado respecto de la temperatura y volumen de los recursos hídricos mencionados; III) Si se ha reportado cualquier anomalía en el monitoreo de agua correspondiente al período enero 2013 hasta la actualidad; y IV) Si en el canal de manejo de aguas superficiales y el sistema de captación de aguas subterráneas, se autorizó la construcción de diques de colas, informar sobre su monitoreo, todo ello conforme a las resoluciones de la Secretaría de Estado de Minería que corresponda.

Por último, el Tribunal resuelve requerir a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan que en el plazo de 30 días informen los puntos antes mencionados (I, II, III y IV).

De las resoluciones antes expuestas, correspondientes a la causa «Vargas, Marcelo Ricardo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental», surgen varias cuestiones importantes a ser tratadas correspondiente a los siguientes tópicos: Competencia originaria de la Corte, aplicación de la ley de presupuestos mínimos como fundamento para el establecimiento de medidas, fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile y por último la Normativa Específica Aplicable al caso.

### III. Competencia originaria de la Corte

Si bien hasta el momento la Corte aún no se ha pronunciado al respecto, es necesario repasar cuestiones correspondientes a la competencia en materia ambiental.

La regla general es que la competencia judicial en materia ambiental siempre es local –provincia, municipio–, el ingreso a tribunales nacionales en conflictos ambientales se da en casos excepcionales. Esto surge de la interpretación armónica de los artículos 41, 3º párrafo, 75 incisos 30, 121 y 124 de la CN y del artículo 7 de la Ley 25675, que establece: *«La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal»*. Es decir, para que haya competencia federal se deberá acreditar que la actividad minera desarrollada por las empresas demandadas puede afectar al ambiente más allá de los límites territoriales sanjuaninos.

La demanda por daño ambiental promovida en contra de Barrick Exploraciones Argentinas S.A. (BEASA), Exploraciones Mineras Argentinas (EMA) en su carácter de concesionaria de la explotación del proyecto minero binacional denominado «Pascua-Lama y contra la provincia de San Juan» en su calidad de autoridad concedente es impulsada ante la CSJN por las características particulares del emprendimiento, por encontrarse ubicado en dos países vecinos y por estar regidos por leyes nacionales, tratados y acuerdos específicos para el desarrollo de dicho proyecto.

La Corte expresa en sus resoluciones: *«Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artí-*

culo 117<sup>6</sup> de la CN»<sup>7</sup>. De la misma forma se ha pronunciado en la última resolución de fecha 1 de septiembre de 2015. La Corte Suprema ha decidido intervenir a título cautelar, solicitando informes a las partes sobre los hechos controvertidos expuestos por el afectado en virtud del bien jurídico que se protege —«el ambiente»— que precisa que el juez actúe de manera activa, continua y anticipatoria de hechos que pueden causar la degradación del medio ambiente.

Lo que deberá acreditarse para que la competencia corresponda a los jueces federales requeridos es definir con toda precisión cuál sería el recurso ambiental, su extensión y de qué manera el «acto, omisión o situación degradarían dicho recurso, afectando a más de una jurisdicción. Ante el incumplimiento de dicha carga, el principio obliga, entonces, a remitir el caso a los tribunales ordinarios. Lo que habilita la competencia federal es la interjurisdiccionalidad del recurso y su afectación más allá de la frontera de la provincia, factor determinante de la presencia de un interés federal. Mientras esto no suceda la competencia será provincial.

#### **IV. Aplicación de principios ambientales como fundamento para el establecimiento de medidas**

La tutela ambiental consagrada como el derecho a gozar de un ambiente sano y su deber de preservarlo posee una referencia directa en la norma de mayor jerarquía de nuestro Estado de Derecho que es la CN.

El art. 41 del texto constitucional dispone en el tercer párrafo lo siguiente: «*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*». Es en este marco, que la Nación ejerció la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental.

---

<sup>6</sup> Artículo 117 de la CN: «En estos casos la Corte Suprema ejercerá la jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente».

<sup>7</sup> Vargas, Ricardo Marcelo c/San Juan, Provincia de y otros s/ Daño Ambiental. V. 175.XLII. ORI. 24 de abril de 2012, pág. 6.

La Ley General del Ambiente N° 25675 consagra una serie de principios con criterio orientador para interpretar y aplicar esta ley, y toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental. A la hora de fundar sus medidas, la CSJN se basó en los principios precautorio (PP)<sup>8</sup> y de cooperación, que en el marco de las facultades instructoras del juez en el proceso ambiental, justifican los requerimientos realizados a la empresa demandada, al Subgrupo de Trabajo creado específicamente para temas de Seguridad Minera y tema Medio Ambiental, y a la provincia de San Juan.

La Ley General del Ambiente N° 25675 establece en el artículo 4° el Principio Precautorio: «*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*».

Apunta Antonio Benjamin que «*el deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente*»<sup>9</sup>.

El PP exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite

---

<sup>8</sup> Ejemplo de aplicación del principio precautorio en las resoluciones de la CSJN encontramos en la causa «Salas contra la Provincia de Salta», en las que la Corte dispuso el cese de las autorizaciones de tala y desmonte otorgadas por el Estado provincial en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la provincia de Salta, como así también su ejecución, hasta tanto se efectuara un estudio que determinara el impacto ambiental acumulativo producido sobre el clima, el paisaje, el ambiente en general y en las condiciones de vida de los habitantes, informe en el que, a su vez, debía proponerse una solución que armonizara la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados, identificando márgenes de probabilidades para las tendencias que señalara, valorando los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras. Ello, sin perjuicio de que luego la Corte decidiera que la causa no era de su competencia originaria, sino de los tribunales locales.

<sup>9</sup> Néstor CAFFERATA, *Principios del Derecho Ambiental*. Recuperado de [www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html](http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html)

la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño –científicamente no comprobado todavía– no llegue a producirse<sup>10</sup>.

El PP apunta a impedir la creación de un riesgo por operar en un ámbito signado por la incertidumbre y con efectos aún desconocidos, es por ello que se peticiona a los demandados la presentación de una serie de informes sobre la realización de actividades llevadas a cabo tanto por las empresas mineras como por la provincia de San Juan que den cuenta de que la ejecución de todas las actividades se hicieron conforme lo determinan las reglas del caso. Dicho principio tiene un rol fundamental, debe ser aplicado en actividades potencialmente degradantes del medio ambiente para lograr un cambio en sus prácticas. Ha sido desarrollado como consecuencia de ciertas características del mundo contemporáneo, en especial de la enorme capacidad que tienen las tecnologías humanas de provocar catástrofes, muchas veces de enormes magnitudes y que son además irreversibles e irreparables<sup>11</sup>.

Surge, al decir de Luis Facciano, de las referencias dadas cuáles son los *«tres elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable»*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> D. LOPERENA ROTA, *Principios del Derecho Ambiental*, Madrid, 1995, pág. 55, citado por José ESAIN, *El principio de Precaución en Argentina*. ([http://www.academia.edu/8225577/Principio\\_de\\_precauci%C3%B3n\\_para\\_Joinville](http://www.academia.edu/8225577/Principio_de_precauci%C3%B3n_para_Joinville)).

<sup>11</sup> Orduz N. SALINAS, R. YEPES UPRIMNY, «Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible». «El principio de precaución y la Amazonia». CEPAL. Bogotá, Colombia, mayo 2012, pág. 4.

<sup>12</sup> Néstor CAFFERATA, *Principios del Derecho Ambiental*. ([www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html](http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html))

Drnas de Clément<sup>13</sup>, por su parte, entiende que Facciano (entre otros autores) en sustancia, sólo indica dos elementos, ya que la evaluación del riesgo previa es la que permite determinar la razonabilidad de la suposición de existencia o no del riesgo, existencia aún carente de posibilidades de ser confirmada científicamente. Además, considera que la gravedad o irreversibilidad del riesgo sospechado no es elemento esencial, sólo es determinante del tipo de medida a adoptar. En otro orden de relación, entiende que la emergencia de un deber de acción es parte sustancial del principio y debe ser considerada elemento esencial del mismo. Es por ello que en el capítulo 2 de la Parte I del libro sobre principio de precaución ambiental toma en consideración como elementos esenciales del principio de precaución los siguientes: \*previsión razonable de posible daño ambiental, \*incertidumbre sobre la existencia de riesgo; y \*emergencia de un deber de acción frente a las dos situaciones previas (acción precautoria). Recuerda, además, que el principio de precaución –piedra angular del desarrollo sostenible– tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de «prudencia» ante lo incierto, lo desconocido (riesgo incierto). En la «prudencia» se enlazan la «conjetura» basada en la «memoria», la «inteligencia» con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la «providencia» (disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión. La referida autora sintetiza las diferentes escuelas jurídico-doctrinarias y su posición sobre el modo en que la cautela ambiental debe consagrarse en el derecho: \*-La más débil (propia de la escuela anglosajona del *common law*), considera que no corresponde consagrar el principio como norma jurídica obligatoria sino como una «ética de acción», como una directriz a guiar la decisión política de los órganos del Estado. Por ello, prefiere hablar de «perspectiva» precautoria, «enfoque» precautorio y no de «principio». Entiende que la sola presión de la población puede obrar como suficiente control frente a las actividades de riesgo dudoso; \*-La posición intermedia, ubica al prin-

---

<sup>13</sup> Z. DRNAS DE CLÉMENT, (Dir.) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner, 2008, págs. 14, 23, 53-54, 379-380 (<http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/ZDPprincipioprecaucion2-1.pdf>).

cipio entre las responsabilidades de los poderes públicos del Estado, los que deben regular los procedimientos a cumplimentar frente a toda nueva actividad o cambio de una ya establecida. Además, también, contempla la responsabilidad privada en casos de ocultamiento de información o mala fe. Esta visión que se considera moderada, busca seguridades a futuro en base a una prospección profunda y al seguimiento de la actividad en un marco de transparencia, respondiendo a una «política de gestión» basada en normas; \*-La posición principalista considera al principio de precaución una fuente principal del derecho, que impone normas mínimas de gestión ineludibles. Algo más estricta que la anterior, hace descansar el peso de la aplicación de las exigencias de gestión en los poderes públicos y en determinados actores (los especialmente determinados en la legislación); \*-La posición catastrofista pretende aplicar al riesgo dudoso reglas más exigentes que al riesgo cierto (atento la incertidumbre), transformándolo en un principio jurídico duro, principio coactivo, aplicado a todo nivel, las más de las veces inmovilizador, a pesar de percibirlo en conflicto con intereses económicos, de desarrollo, científicos y tecnológicos. En las conclusiones la autora señala que principio de precaución se centra en un deber impuesto a todos los actores –pero especialmente al poder público– para que en los casos en que se pueda científicamente y razonablemente esperar que una actividad pueda implicar un daño para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente, se adopten medidas según la gravedad del daño temido (obligación de actuar). Así, cuando se teme un daño grave e irreversible o catastrófico, la actividad debe proibirse; cuando el daño esperado implica una afectación de los bienes ambientales de menor entidad a la situación anterior, la actividad debe ser limitada, controlada, condicionada a la relación costo-beneficio, de conformidad a las previsibilidades disponibles, permanentemente actualizadas.

Este principio actúa sobre un hecho hipotético, sospechado e incierto, se da ante el ejercicio activo de la duda en aquellos casos en que «la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto»<sup>14</sup> requiere actuar de inmediato, de urgencia.

---

<sup>14</sup> A. MORALES LAMBERTI, A. NOVAK, *Instituciones de Derecho Ambiental*. Córdoba, M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, pág. 111.



Para recurrir a este principio, es condición previa y necesaria, la evaluación de los datos científicos sobre los riesgos a fin de determinar si son necesarias medidas para proteger el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal. Las medidas que se adopten, presuponen el estudio de las ventajas y de las cargas derivadas de la acción o de la falta de acción en función de los costos<sup>15</sup>.

La aplicación del principio ha invertido la carga de la prueba, esto significa que es el titular de la actividad potencialmente dañosa quien deberá probar la inocuidad de su emprendimiento, debido a que nadie tiene un derecho adquirido para contaminar el medio ambiente. Hasta que el nivel de riesgo para la salud o el ambiente no pueda ser evaluado con certeza suficiente, es el generador del riesgo, quien debe demostrar la inocuidad o seguridad de su actividad, sustancia o producto que utilizaba. Este principio brinda un criterio de razonabilidad para ponderar los posibles efectos que se pueden generar sobre el medio ambiente y un criterio de armonización entre las variables de desarrollo, crecimiento y la dimensión ambiental. No es el objetivo de la aplicación del PP paralizar una actividad o emprendimiento, sino evaluar el nivel de riesgo y los posibles daños que puedan darse. Al respecto el papa Francisco expresa en la Encíclica *Laudato Sí'* lo siguiente: «*En toda discusión acerca de un emprendimiento, una serie de preguntas deberían plantearse en orden a discernir si aportará a un verdadero desarrollo integral: ¿Para qué? ¿Por qué? ¿Dónde? ¿Cuándo? ¿De qué manera? ¿Para quién? ¿Cuáles son los riesgos? ¿A qué costo? ¿Quién paga los costos y cómo lo hará? En este examen hay cuestiones que deben tener prioridad*» (185)<sup>16</sup>.

Por último, este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Es necesario siempre tener en cuenta los costos que pueden traer aparejado a la empresa o en última instancia para el Estado, en cabeza de todos los ciudadanos la reparación o mitigación de los posibles daños ambientales

---

<sup>15</sup> Op. cit.

<sup>16</sup> Encíclica *Laudato Si'*. *Sobre el cuidado de la casa común*, Buenos Aires, Editorial Santa María, 2015, pág. 143.

que puedan generarse o en *ultima ratio* la indemnización sustitutiva cuando la corrección del medio ambiente no pueda realizarse de otra forma, aun cuando ante la falta de certeza el Tribunal toma sus decisiones fundadas en este principio, con miras en los elementos que lo componen y solicitando la presentación de informes a fin de conocer cuál es el estado en el que se encuentran los recursos y cuáles son los posibles impactos que puede generar en ellos la actividad minera.

Al tratarse de un proyecto binacional, la Corte no es ajena a lo que sucede en el país vecino y ante lo obrado por sus pares chilenos en el mismo proyecto minero es que invoca el principio de cooperación que estipula: «Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta»<sup>17</sup>.

A nivel internacional, este principio es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. Recordemos que el proyecto minero Pascua-Lama tiene la particularidad de ser binacional, de las obras de infraestructura asociadas a la extracción de minerales, estar del lado chileno –III Región de Chile– y las de procesamiento del mineral en el departamento de Iglesia, provincia de San Juan, Argentina, en donde se permite a los inversionistas de ambas partes, para el desarrollo del proyecto, el uso de toda clase de recursos naturales –entre ellos el recurso hídrico que es lo más controvertido por la contaminación que se da y que puede darse tanto de los cauces de agua y la alteración que han sufrido los glaciares Esperanza y Toro I del lado chileno y que, por ser compartidos, pueden sufrir del lado argentino–, insumos e infraestructura, sin discriminación.

La defensa del ecosistema obliga de alguna forma a la cooperación, sino cualquier esfuerzo en tal sentido sería en vano.

---

<sup>17</sup> Ley 25675 art. 4° principio de Cooperación.

## V. Pascua-Lama en Chile: Fallos de la Corte de Copiapó y de la Corte Suprema de la República de Chile

La demanda, como recurso de protección, fue iniciada en el país vecino ante la Corte de Apelaciones de Copiapó por comunidades pertenecientes a la etnia indígena «Diaguita», todos habitantes de la cuenca alta del río Huasco, valle de Tránsito, lugar en el que se emplaza el proyecto minero Pascua-Lama. Sus principales actividades son de carácter agrícola y ganadero, siendo los recursos hídricos de suma importancia para su sustentación, los que, aseguran, están siendo intervenidos por la empresa denunciada.

Los demandados son: la empresa Minera Nevada Spa, sociedad relacionada con la matriz minera Barrick Gold y la Comisión de Evaluación Ambiental. La primera, por falta de implementación, construcción o adecuado manejo de obras ordenadas y amenazar el medio ambiente. La segunda, por no efectuar consulta indígena durante la Evaluación de Impacto Ambiental y por autorizar la realización de actividades en el proyecto minero, con la aprobación de la Resolución de Calificación Ambiental, cuando los demandantes han detectados serios incumplimientos.

Por tratarse de una comunidad indígena la legislación chilena establece que, además de aplicar lo relativo a Resolución de Calificación Ambiental de la ley 19300<sup>18</sup>, va a aplicarse el Convenio N° 169<sup>19</sup> de OIT.

---

<sup>18</sup> La ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile y modificatorias establece en su art. 3: «Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley. Nota característica ésta y distintiva de nuestra LGA en donde el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, es decir no se tiene en cuenta dolo o culpa del actor, se debe probar la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño ocurrido como consecuencia». Art. 4: «Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Estipula a partir del art. 8 que «los proyectos o actividades señalados en el art. 10 (inciso

## Los hechos

1) Los demandantes sostienen que el proyecto minero «Pascua-Lama» –ejecutado por la Minera Nevada SpA– no efectuó consulta indígena y que el proyecto no señala la forma en que se protegerán y se respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón de que el estudio se hace sólo de forma genérica a las comunidades.

2) Se detectó que las labores de *pre-stripping*<sup>20</sup> comenzaron sin que estuvieran completamente construidas y operando obras de conducción de aguas previstas para evitar que aguas naturales entraran en contacto con estériles y de aquellas necesarias para tratar aguas de contacto antes de ser éstas devueltas a afluentes naturales.

3) El referido proyecto fue aprobado en lo que hace a medio ambiente con modificaciones al proyecto original, esto es, ciertos aspectos a cumplir para mitigar los daños ambientales producidos. Al efecto, los re-

---

*i –proyectos de desarrollo minero), sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido por la presente ley– y hasta el 25° como se llevará a cabo el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (<http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p=>).*

<sup>19</sup> El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es, «*sin dudas, el instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente. Este Convenio, junto a otros convenios de la OIT en materia de protección de los derechos fundamentales en el trabajo de los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a estos pueblos, busca la consecución y garantía del trabajo decente, como uno de los paradigmas básicos para la erradicación de la pobreza y de un desarrollo sustentable (...). Este Convenio tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del instrumento que fue adoptado en 1989*» (Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, págs. 6 y 8 (presentación).

<sup>20</sup> El *pre-stripping* consiste en extraer la roca sin valor comercial (estéril) que está cubriendo las reservas minerales. Normalmente, en forma paralela se realiza la etapa de construcción destinada a establecer las instalaciones para la extracción, el procesamiento, el transporte, entre otras cosas (<http://www.sonami.cl/files/presentaciones/215/02.%20Desarrollo%20de%20un%20Proyecto%20Minero.pdf>).

currentes expresan que, con la finalidad de salvaguardar el medioambiente, se instruyeron por medio de las resoluciones de calificación ambiental, que indica diversas acciones tendentes a amparar los recursos hídricos de la zona y, en particular, los glaciares del lugar, ya que la empresa minera no cuenta con las obras, o mecanismos de mitigación medioambiental que señala, puesto que dichas acciones tendentes a proteger las aguas del lugar no se encuentran terminadas, o bien no están funcionando o no se encuentran autorizadas. Para avalar sus dichos, hacen presente el Informe Técnico de la Dirección General de Aguas de Atacama, de abril de 2012, que da cuenta que el sistema de aguas de no contacto representa un retraso equivalente a un 25% de las obras aún en desarrollo. Estiman que la falta de las faenas de mitigación han afectado gravemente los recursos hídricos, esto es, los ríos Estrecho y El Toro.

4) Detectaron la disminución del curso de agua debido a su uso en las faenas y el deterioro y afectación de los glaciares Toro 1 –de naturaleza binacional–, Toro 2 y Esperanza. Agregan los comparecientes que, de los diversos actos administrativos que acompañan se advierten los incumplimientos al Plan de Monitoreo de Glaciares por parte de la empresa demandada, la falta de información y antecedentes por parte de la minera al respecto, y el carácter grave de esta situación, cuestión denunciada.

Por otra parte, los recurrentes estiman que la actitud de la Comisión de Evaluación Ambiental, co-recurrida en autos, es censurable ya que hasta el momento no ha fiscalizado, sancionado ni tomado medidas para detener las actividades ilegales de la compañía recurrida, lo que a juicio de los reclamantes, constituye una omisión grave e injustificable que se ha intentado enmendar recién con un proceso de sanción administrativo tardío sin adoptar las medidas cautelares o preventivas tales como ordenar la paralización o suspensión de todo o parte de las faenas o actividades ejecutadas en contravención a la ley, de conformidad a la Ley N° 19399, Ley N° 19800 y al deber constitucional y legal que tiene, como órgano del Estado de cautelar la preservación del medio ambiente previniendo los impactos ambientales antes que ellos se produzcan. Demostrando la Comisión una actitud pasiva en contra del principio de prevención que gobierna la legislación medioambiental.

Frente a los hechos antes detallados, la Corte de Apelaciones de Copiapó parcialmente acogió el recurso de protección contra Minera Nevada SpA y en consecuencia ordenó a la compañía: 1) mantener para-

lizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias ordenadas por la Superintendencia del Medio ambiente; 2) iniciar el procedimiento administrativo de revisión de RCA para determinar si efectivamente la variable ambiental relativa a la línea de base de calidad de aguas del proyecto ha variado sustancialmente; 3) presentar toda la información relativa al plan de seguimiento y monitoreo de glaciares, entre otras cosas. La Corte rechazó la pretensión contra la Comisión de Evaluación Ambiental.

La sentencia indicó que «del mérito de los antecedentes recopilados, es posible colegir indubitadamente, que en la especie existe una ‘amenaza’ seria a los recursos hídricos»<sup>21</sup>. Específicamente indicó que se había constatado que la empresa ejecutante no había construido adecuadamente la infraestructura necesaria para el tratamiento de aguas, que no había implementado correctamente las acciones tendientes a mitigar y controlar el material particulado derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, por lo que *per se* constituía una amenaza a los recursos hídricos del lugar, y advirtió que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantenían una capa de material particulado de algunos centímetros de espesor lo que generaba un riesgo de daño ambiental que debía cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional (considerandos 7°, 8° y 11° de la sentencia). Así, la Corte de Apelaciones ordenó la paralización de la construcción del proyecto, estableciendo una serie de condiciones para la reanudación de las actividades, por haberse comprobado incumplimientos de la empresa a las previsiones contenidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) n° 24/2006, que constituye la norma medioambiental que rige específicamente la actividad en el país vecino, y por considerar que existía una amenaza seria a los recursos hídricos ubicados en la zona (sentencia del 15 de julio de 2013).

---

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó. Fallo: 5339-2013. 25 de septiembre de 2013 Tercera Sala ([http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos\\_suprema/muestra\\_doc.php?docid=89478&row\\_id=&count\\_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa](http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/muestra_doc.php?docid=89478&row_id=&count_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa)).

La decisión referida fue luego confirmada por la Corte Suprema de la República de Chile con fecha 25 de septiembre de 2013, en ella se pide que se acoja el recurso y se ordene: 1) a la Compañía Minera Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua-Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental de la Ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados; 2) a la Autoridad Ambiental, adoptar todas las medidas administrativas necesarias para el adecuado restablecimiento del estado de derecho garantizando el derecho de los afectados y 3) la revocación de la CA, debiendo ingresar el proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental –conforme el art. 25 quinquies de la Ley 19.300– el cual deberá realizarse de acuerdo a la legislación actualmente vigente, debiendo incluir en la consulta a los pueblos originarios conforme se ha establecido en el Convenio N° 168 de la OIT; 4) En la vista de la causa, se agrega que la sentencia en alzada estableció que uno de los incumplimientos de la RCA N° 24 consistió en haber ejecutado obras que nos estaban previstas en la mencionada resolución, que califica favorablemente el proyecto, por lo que estas obras, necesariamente, debían ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental a efectos de determinar su procedencia. Como se observa, las peticiones de los actores expresadas en su apelación, rebasaban considerablemente el petitorio de su acción cautelar, pues, en definitiva, lo que pretendía es que la Corte revoque la resolución de su calificación ambiental, lo que no fue solicitado en el recurso.

Muy por el contrario, en él se pidió que se acoja el recurso y se ordena a la empresa que cumpla con los compromisos adquiridos ante el Sistema de Evaluación Ambiental, que precisamente son aquellos previstos en la RCA N° 24, cuestión que ha sido íntegramente concedida por la sentencia en Alzada, la que además ha decretado en el punto 2 una medida no requerida expresamente, al haber detectado un riesgo para los recursos hídricos en relación al cambio de la metodología de medición de las muestras que se obtienen.

En virtud de la competencia conservatoria, la Corte estaba en condiciones de adoptar todas las medidas que estime conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales previstos en el art. 20° de la Constitución Política de la República de Chile. Lo cierto es que no se puede perder de vista

que esta acción constituye una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y arbitraria.

## **VI. Proyecto minero binacional: normativa específica aplicable**

Pascua-Lama es el primer proyecto minero binacional, en el que las obras y actividades de ambos países se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Integración y Complementación Minera celebrado entre ambos estados, el Protocolo Complementario del Tratado de Integración y Complementación Minera aprobados por ley 25243 y el Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama.

En cuanto a los alcances del tratado, constituye un marco jurídico que regirá el negocio minero dentro de su ámbito de aplicación y tiene por objeto permitir a los inversionistas de cada una de las Partes participar en el desarrollo de la integración minera que las Partes declaran de utilidad pública e interés general de la Nación.

El objetivo es permitir el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin discriminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas. Para esto se prevén mecanismos de control por ambos Estados partes (artículo 6. Facilitación Fronteriza).

Establece normas diversas sobre aspectos tributarios y aduaneros, regímenes promocionales aspectos laborales, inversiones entre otros. En materia medio ambiental, el artículo 12 de la ley 25243 y el 46 del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama disponen: *«Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina, según corresponda»*. Este artículo posibilita que cada país aplique sus normas medio ambientales vigentes y pertinentes en el área minera –v. gr. Ley 24585 de protección ambiental para la actividad minera, incorporada en el título XIII del Código de Minería, Ley 25675 de presupuestos mínimos y en el caso de la provincia de San Juan la ley n° 6571 de evaluación de impacto ambiental y el decreto provincial 1815 que prevé la creación de una comisión interdis-



ciplinar de Evaluación de Impacto Ambiental para el proyecto Pascua-Lama, la ley 26688 de glaciares, entre otros— y no solamente en lo relativo a Impacto Ambiental, respetando la normativa de cada país parte. Del lado chileno la ley 19300, la Constitución Política, etc.

Continúa señalando: *«las Partes promoverán el intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales efectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias, comprendidas en el presente Tratado»*. Esto es lo que posibilita al Tribunal solicitar información a las empresas mineras, el estado provincial y el Nacional sobre todo lo actuado de conformidad con lo que establece el Tratado y en vista de la paralización de las actividades del lado chileno y de la comprobación de irregularidades.

Esta última parte del artículo activa el principio de cooperación antes mencionado, por tratarse de un proyecto binacional que comparte recursos naturales, siendo el más controvertido el recurso hídrico al que ambas normativas le dedican un artículo en el que estipulan qué normas rigen el recurso hídrico compartido<sup>22</sup>.

## VII. Conclusión

El caso «Vargas», instado por un vecino de la ciudad de San Juan, en su calidad de «afectado», es un claro reflejo de la actuación proactiva por

---

<sup>22</sup> Art. 14 de ley 25243 *Recursos Hídricos Compartidos: La utilización de los recursos hídricos compartidos, para todos los efectos del presente Tratado, deberá llevarse a cabo de conformidad con las normas de derecho internacional sobre la materia y, en especial, de conformidad con el 'Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas' de 26 de junio de 1971, del 'Tratado sobre Medio Ambiente' entre la República Argentina y la República de Chile firmado el 2 de agosto de 1991 y del 'Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos' entre la República Argentina y la República de Chile de la misma fecha. Artículo 44 del Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero Pascua-Lama. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6 del Tratado, se entenderá que 'las Partes' permitirán a los inversionistas de una y otra, el uso de toda clase de recursos naturales necesarios para el desarrollo del negocio minero, comprendiéndose en este concepto los recursos hídricos existentes en sus respectivos territorios, aunque no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos, cuyo acceso se concederá dando pleno cumplimiento a la legislación interna del país en que se encuentren dichos recursos.*

parte de la Justicia en casos ambientales, por la naturaleza del bien jurídico protegido, en relación a un posible daño ambiental que debe ser evitado aun cuando no haya certeza científica sobre el riesgo que la actividad minera puede causar en la salud o en el ambiente. Precisa de la toma de decisiones de manera anticipatoria y preventiva-precautoria. Esto se advierte en la actuación de la Corte, en virtud de la aplicación de los principios de la Ley General del Ambiente, que fundamentan sus resoluciones vinculadas a los pedidos de informes sobre actuación de las empresas mineras y de la provincia de San Juan, en calidad de autoridad concedente del proyecto minero binacional «Pascua-Lama» –primero en el mundo por sus características, que se rige por un marco jurídico propio–, sin perjuicio de que no se ha manifestado en relación a su competencia.

Los incumplimientos detectados por parte de la empresa minera que lleva a cabo la explotación de dicho proyecto del lado chileno, determinó que la Corte Suprema de la República de Chile y antes la Corte de Copiapó ordenen la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua-Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental, se dé participación y se escuche a todas las comunidades indígenas que vayan a ver afectadas en forma positiva o negativa por la explotación de este proyecto minero y además se establezcan medidas destinadas a garantizar la protección de los recursos naturales amenazados, alguno de ellos compartidos con nuestro país.

## Bibliografía

- Acuerdo de Complementación Económica N° 16 entre la República Argentina y la República de Chile.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile –[www.leychile.cl](http://www.leychile.cl)– documento generado el 28-oct-2013 ( <http://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2010-11-13&p=>).
- CAFFERATA, Néstor, *Los principios y reglas del Derecho Ambiental* (<http://aulavirtual.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Docente/AMBIENTE.pdf>).
- , *Principios del Derecho Ambiental* ([www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc\\_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html](http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5524-principios-de-derecho-ambiental.html)).
- , *Perfil del Juez* (<http://web.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Perfil%20del%20Juez.pdf>).

- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (web pdf).
- Corte Suprema de Justicia. 24/04/2012, «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI
- Corte Suprema de Justicia. 27/08/2013. «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI
- Corte Suprema de Justicia. 01/09/2015. «Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental». V 175.XLIII.ORI.
- Corte Suprema de Justicia., 26/03/2009. «Salas Dino y otros v. Provincia de Salta y Estado Nacional s/amparo», S.1144.XLIV, originario. Fallo: 5.339-2013.-25 de septiembre de 2013 Tercera Sala ([http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos\\_suprema/muestra\\_doc.php?docid=89478&row\\_id=&count\\_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa](http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/fallos_suprema/muestra_doc.php?docid=89478&row_id=&count_basica=2&basica=pascua=%20p%E1scua=%20pa)).
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=inicioConsulta>).
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Dir.) *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Lerner, Córdoba, 2008 (<http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/ZDPrincipioprecaucion2-1.pdf>).
- Encíclica *Laudato Si'*: sobre el Cuidado de la Casa Común, Buenos Aires, Editorial Santa María, 2015.
- ESAIN, José, *La distribución de competencias Nación-Provincias en Materia Ambiental*.
- , *El Principio de Precaución en Argentina* ([http://www.academia.edu/8225577/Principio\\_de\\_precauci%C3%B3n\\_para\\_Joinville](http://www.academia.edu/8225577/Principio_de_precauci%C3%B3n_para_Joinville)).
- LOUTAYF RANEA, R. G., SOLÁ, Ernesto, «Competencia en materia ambiental: recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales», *La Ley, Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, 2012, mayo.
- MORALES LAMBERTI, A., NOVAK, A. *Instituciones de derecho ambiental*, Córdoba, M.E.L. Editor, 2005.
- Protocolo Adicional Específico para el Proyecto Minero «Pascua- Lama».
- SALINAS ORDUZ, N., YEPES UPRIMNY, R., *Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible. El principio de precaución y la Amazonia*, CEPAL. Bogotá, Colombia, mayo 2012, págs. 4 y 5.



## RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AMBIENTAL POR CONFLICTO ARMADO\*

### *INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY FOR ARMED CONFLICT*

Luciano PEZZANO\*\*

**Resumen:** El trabajo se inscribe en la intersección de dos áreas del ordenamiento jurídico internacional: la responsabilidad internacional ambiental y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, las que a su vez se insertan en diferentes ramas del derecho de gentes: el derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional humanitario y las normas relativas a la responsabilidad internacional. Por ello, aunque las referencias a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado sean obligadas, este trabajo no analiza los medios más efectivos para asegurarla, sino la forma de atribuir responsabilidad internacional por el incumplimiento de obligaciones y la producción de un daño ambiental.

**Palabras-clave:** Conflicto armado - Responsabilidad internacional ambiental - Inserción en otras ramas del derecho.

**Abstract:** The work is at the intersection of two areas of international law: the international environmental responsibility and environmental protection during

---

\* El presente trabajo, presentado bajo el seudónimo «León Oscar de Sevuelles» ha obtenido el Primer Premio en el Concurso de Monografías 2015 sobre el tema «*Desafíos de la Responsabilidad Ambiental*», organizado por Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y las Filiales Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y del Instituto Argentino Chileno de Cultura.

\*\* Abogado (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales Sede San Francisco, Córdoba, Argentina/UCES). Magister en Relaciones Internacionales, Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becario de Conicet. Profesor de Derecho Internacional Público en la UCES, San Francisco, Córdoba, Argentina.

armed conflicts, which in turn are inserted into different branches of international law: the international environmental law, the international humanitarian law and the rules governing the international responsibility. Therefore, although references to environmental protection in case of armed conflict are required, this work does not analyze the most effective means to secure the protection, but rather the way of attributing international responsibility for the breach of obligations and the production of damage to the environment.

**Keywords:** Armed conflict - International environmental responsibility- Insertion into other areas of law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Las normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado. III. Normas relativas a la responsabilidad internacional. IV. La práctica internacional relevante: El caso del Iraq. V. Conclusiones finales.

## I. Introducción

Dentro de los múltiples desafíos que plantea la responsabilidad ambiental, la determinación del contenido y alcance de la responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado presenta aspectos de interés y relevante actualidad.

Como expresa la Declaración de Río, la guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible<sup>1</sup>, y sus efectos sobre el medio ambiente pueden ser catastróficos. El uso masivo de defoliantes –entre ellos, el tristemente famoso “Agente Naranja”– durante la guerra de Vietnam, el incendio de los pozos petroleros kuwaitíes en la Guerra del Golfo, o la contaminación del Danubio debida a la intervención de la Otan en Yugoslavia en 1999 son solo algunos ejemplos que demuestran la necesidad de una respuesta adecuada de parte del ordenamiento jurídico internacional.

La Comisión de Derecho Internacional ha comprendido la relevancia de la cuestión al incluir en 2013 el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo y nombrar Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson<sup>2</sup>. La Relatora ha presentado dos informes hasta la fecha, en los que adelantó que desarrollará los aspectos relativos a la responsabilidad en el futuro.

El tema que tratamos se inscribe en la intersección de dos áreas del ordenamiento jurídico internacional: la responsabilidad internacional am-

---

<sup>1</sup> Principio 24, que analizaremos más adelante.

biental y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, los que a su vez abrevan en diferentes ramas del derecho de gentes: el derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional humanitario y las normas relativas a la responsabilidad internacional. Es por ello que, aunque las referencias a la protección del medio ambiente en caso de conflicto son obligadas, no analizamos aquí los medios más efectivos para asegurarla, ni los aspectos preventivos de la cuestión, sino la forma de atribuir responsabilidad internacional por el incumplimiento de tales obligaciones y la producción de un daño ambiental.

La problemática elegida exige una adecuada clarificación conceptual, comenzando por qué entendemos, a los efectos de este estudio, por “responsabilidad internacional ambiental”. Para ello, debemos tener en cuenta que no existe, en el derecho internacional actual, un régimen único de responsabilidad ambiental, sino que la misma podrá ser, según el caso, responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad por acto no prohibido. Estaremos dentro de la primera ante la violación de una obligación internacional (convencional o consuetudinaria) relativa a la protección del medio ambiente<sup>3</sup> (responsabilidad por hecho ilícito), mientras que se tratará de la segunda cuando se produzca un daño al medio ambiente resultante de una actividad no prohibida por el derecho internacional (responsabilidad *sine delicto*). Respecto de esta última, y ante la ausencia de una definición unívoca de “daño ambiental”, Sands considera que debe ser considerado todo daño al medio ambiente, entendiéndolo que incluye: 1) la fauna, la flora, el suelo, el agua y los factores climáticos; 2) bienes materiales, que incluyen el patrimonio arqueológico y cultural; 3) el paisaje; y 4) la interrelación entre los factores mencionados<sup>4</sup>.

Ante dicha dualidad de regímenes de responsabilidad<sup>5</sup>, deberemos estudiar si ambos son aplicables a los casos de violaciones o daños deri-

---

<sup>2</sup> CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre 67º período de sesiones*. Documento A/70/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, pág. 115 y ss.

<sup>3</sup> Ello sin perjuicio de la posibilidad que parece surgir de la práctica internacional de responsabilizar a un Estado por daños ambientales que sean consecuencia de una violación grave de obligaciones dimanantes de una norma imperativa de derecho internacional que no sea relativa a la protección del medio ambiente, como veremos más adelante.

<sup>4</sup> Philippe SANDS, *Principles of International Environmental Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pág. 869.

<sup>5</sup> Servi también reconoce esta dualidad al plantear que «*existe responsabilidad ambiental internacional cuando el Estado viole una norma internacional que establece*

vados de conflictos armados. A los efectos de este estudio, entendemos por “conflicto armado” una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados<sup>6</sup>.

De esa forma, a los efectos de esta monografía, llamaremos “responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado” a la que se deriva tanto de la violación de obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente, como de los daños ocasionados al mismo, exista o no una violación de tales obligaciones, en el marco o como resultado de un conflicto armado.

Aunque nos centraremos principalmente en la atribución estatal, el derecho internacional contempla específicamente una responsabilidad penal individual para caso de ataques contra el medio ambiente en un conflicto armado, por lo que también será materia de estudio.

Así, en la presente monografía comenzaremos por el análisis de las principales normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado, recurriendo para ello a las fuentes del derecho internacional del medio ambiente y a las del derecho internacional humanitario (o *ius in bello*, aplicable a los conflictos armados). Continuaremos con el estudio de los regímenes de responsabilidad internacional, tanto por hecho ilícito como por acto no prohibido, a los fines de determinar si es posible la aplicación de los mismos a nuestro objeto de estudio, y también incluiremos en el análisis las normas relativas a la responsabilidad penal individual. Luego, abordaremos el único caso claro de responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado que presenta la práctica in-

---

*un determinado comportamiento –obligación, que puede ser omisión u acción– a cargo de ese Estado y éste no lo haya cumplido, lo cumpla indebidamente o aun lo cumpla debidamente, y en todos los casos produzca daño o contaminación transfronterizo»* (Aldo SERVI, «Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional», *Relaciones Internacionales* N° 19 (2000), págs. 133-150, pág. 138).

<sup>6</sup> Nos apartamos de la definición propuesta por la Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI: *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/685, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, pág. 80) al limitarla solo a los conflictos armados internacionales. Sin embargo, esta limitación se plantea solo a los efectos metodológicos y de exposición, por lo que no implica negar que existan obligaciones –y responsabilidad– relativas a la protección del medio ambiente en el caso de conflictos armados sin carácter internacional.



ternacional: el de Iraq luego de la Guerra del Golfo, para, finalmente, aportar nuestras conclusiones al respecto.

## II. Las normas relativas a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado

Aunque, como señalamos, no es el principal objeto de este trabajo realizar un profundo estudio sobre la protección del medio ambiente en caso de conflicto, sino abordar la cuestión relativa a la responsabilidad internacional emergente de la violación de las obligaciones internacionales ambientales en la materia, se hace necesario un breve análisis de las principales normas en la materia, considerando que será su violación la que dará lugar a la aplicación de uno de los regímenes de responsabilidad. Para ello haremos una doble exploración: por un lado, en las fuentes del derecho internacional del medio ambiente y, por el otro, en las fuentes del derecho internacional humanitario.

### 1. Las normas del derecho internacional del medio ambiente

Surge, a modo de cuestión preliminar, el interrogante de si las normas del derecho internacional del medio ambiente rigen durante un conflicto armado.

Por lo que respecta al derecho convencional, la mayoría de los tratados internacionales del medio ambiente no contienen disposiciones expresas respecto de su aplicación en caso de conflicto armado<sup>7</sup>. Respecto de los mismos, debemos considerar que la Comisión de Derecho Internacio-

---

<sup>7</sup> Sobre los tratados que sí contienen disposiciones al respecto, v. Philippe SANDS, op. cit., págs. 309-310; Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, *International Law and the Environment*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pág. 207; Michael BOTHE, et al. «El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: Lagunas y oportunidades», *International Review of the Red Cross*, N° 879 (septiembre de 2010), págs. 321-346, págs. 334-337; Silja VÖNEKY, «Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war», en Jay E. AUSTIN, Carl E. BRUCH, (Ed.). *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 190-225, págs. 198-200.

nal enunció el principio general en el art. 3 de su Proyecto de Artículos sobre efectos de los conflictos armados en los tratados, que dispone: “*La existencia de un conflicto armado no da lugar ipso facto a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación*”. Asimismo, incluyó como anexo, y de conformidad al art. 7, una lista indicativa de tratados que, en razón de la materia, no se suspenden ni terminan con motivo de conflicto armado, entre los que se encuentran los tratados ambientales. En su comentario, la Comisión, recurriendo a las consideraciones de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares* –que citaremos más adelante<sup>8</sup>– sostuvo que las mismas “*sirven de apoyo general e indirecto a la presunción de que los tratados relativos al medio ambiente se aplican en caso de conflicto armado*”<sup>9</sup>, pese a que reconoció que de las opiniones expresadas por los Estados en dicho procedimiento, no surgió un acuerdo general sobre la materia específica.

Por lo tanto, participamos de la opinión de que, a falta de disposición en contrario, las normas de los tratados internacionales del medio ambiente continúan aplicándose en caso de conflicto armado<sup>10</sup>.

En el ámbito del derecho consuetudinario, se ha planteado la plena vigencia de la obligación recogida en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano<sup>11</sup>, y reiterada en el Principio 2 de la

---

<sup>8</sup> La Corte eludió tratar el tema directamente, pues sostuvo «*la cuestión no es si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino si las obligaciones dimanantes de esos tratados fueron concebidas como obligaciones que imponen una abstención total durante el conflicto armado*» (CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 30).

<sup>9</sup> CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63° período de sesiones*, Documento A/66/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pág. 227.

<sup>10</sup> CDI. *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/674, Nueva York, Naciones Unidas, 2014, pág. 2.

<sup>11</sup> «*De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción*

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo<sup>12</sup>, y referida a “*velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*”. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, ha dicho “*que el medio ambiente no es un concepto abstracto, sino que representa el espacio viviente, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, en particular, de las generaciones venideras. La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente*”<sup>13</sup>. El reconocimiento que efectúa la Corte de esta obligación parece señalar, en este contexto, que la misma tiene vigencia incluso en caso de conflicto armado.

La Corte también recurrió a su providencia relativa a la solicitud de examinar la situación de los ensayos nucleares, de conformidad con el párrafo 63 de su fallo de 20 de diciembre de 1974 (Nueva Zelanda contra Francia), en la que declaró que formulaba su conclusión “*sin perjuicio de las obligaciones de los Estados de respetar y proteger el medio ambiente natural*”<sup>14</sup>, y sostuvo que “*aunque esa declaración se hizo*

---

*nacional*» (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Documento A/CONF.48/14/Rev.1, Nueva York, 1973, pág. 5).

<sup>12</sup> «*De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*» (NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Vol. I, Documento A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Nueva York, 1993, pág. 2).

<sup>13</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, pág. 226, párr. 29.

<sup>14</sup> CIJ. *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), C.I. J. Recueil 1995, pág. 288, párr. 64.

*en el marco de los ensayos nucleares, evidentemente se aplica también al empleo de armas nucleares en caso de conflicto armado*<sup>15</sup>. La obligación de proteger el medio ambiente, entonces, rige también en caso de conflicto armado para la Corte.

Por su parte, el Principio 24 de la Declaración de Río dispone: *“La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”*<sup>16</sup>. El texto es susceptible de más de una interpretación<sup>17</sup>. Por un lado, podría pensarse que el derecho internacional del medio ambiente se aplica en tiempo de conflicto armado o, por el otro, simplemente como una reiteración de la adhesión que se requiere de los Estados a las disposiciones del derecho internacional humanitario<sup>18</sup>. La Corte Internacional de Justicia parece inclinarse por la primera interpretación cuando señala que su enfoque del respeto al medio ambiente en caso de conflicto *“encuentra sustento en el Principio 24”*<sup>19</sup>.

Asimismo, en su resolución 47/37, la Asamblea General de las Naciones Unidas instó *“a los Estados a que adopten medidas para velar por el cumplimiento de las disposiciones del derecho internacional vigente aplicables a la protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado”*. También en este caso, la mención a disposiciones *“aplicables a la protección del medio ambiente”*, podría tanto referirse a normas ambientales como humanitarias<sup>20</sup>. La Corte Internacional de Justicia se refirió a la resolución en su citada opinión consultiva, al sostener que la misma *“confirma la opinión general de que las consideraciones ambientales son uno de los elementos que se han de tener pre-*

---

<sup>15</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 32.

<sup>16</sup> NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, cit., pág. 5.

<sup>17</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 309.

<sup>18</sup> Michael BOTHE, et al. Op. cit., pág. 338.

<sup>19</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 30.

<sup>20</sup> Michael BOTHE, et al. op. cit., pág. 338.

*sentés para observar los principios del derecho aplicable a los conflictos armados*”<sup>21</sup>. La interpretación de la Corte en este caso es interesante, puesto que, sin negar la aplicación de las normas ambientales a los conflictos armados, las indica como elementos a tener presente al observar las normas del derecho humanitario. El derecho internacional del medio ambiente, entonces, puede servir de medio de interpretación del derecho humanitario.

De lo expuesto surge que, no obstante la discutida naturaleza de muchas de las normas internacionales ambientales, el derecho consuetudinario parece reconocer al menos dos obligaciones –más allá de cuáles sean sus contornos precisos– que resultan aplicables incluso en caso de conflicto armado: una obligación genérica de respetar y proteger el medio ambiente; y una obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación y el daño ambiental transfronterizo que resulten de actividades dentro de su jurisdicción o control<sup>22</sup>. Asimismo, las consideraciones ambientales –que, en nuestra opinión, se encuentran recogidas en los diversos instrumentos del derecho internacional del medio ambiente– pueden servir de interpretación al derecho aplicable a los conflictos armados, es decir, al derecho internacional humanitario. En este sentido, la Corte concluyó que el derecho internacional vigente en materia de protección y salvaguardia del medio ambiente “*señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado*”<sup>23</sup>.

## 2. Las normas del derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario contiene algunas normas relativas a la protección del medio ambiente en casos de conflicto armado, pero a la vez, muchas de sus disposiciones pueden ser utilizadas con el

---

<sup>21</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 32.

<sup>22</sup> Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 137.

<sup>23</sup> CIJ: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 33.

mismo fin aunque no se trate de reglas específicas de la materia, según analizaremos a continuación.

### *2.1. Normas específicas relacionadas con el medio ambiente*

En la década del 70, la campaña de utilización de sustancias químicas defoliantes –entre, ellas, el “Agente Naranja”– por los Estados Unidos de América en Vietnam a los fines de impedir que la densa vegetación del país sirviera de refugio al Vietcong no solo produjo daños catastróficos en el ecosistema y consecuencias muy graves en la salud de la población vietnamita, sino también llevó a la acuñación del término “ecocidio”<sup>24</sup> por Arthur Galston –cuyos descubrimientos habían permitido el desarrollo del Agente Naranja y era un firme opositor a su uso–. Al mismo tiempo, la creciente preocupación por el entorno natural, que tuvo su pico máximo en la Conferencia de Estocolmo de 1972, movilizó a la comunidad internacional para estudiar qué medidas podían tomarse respecto de los efectos de los conflictos en el medio ambiente.

Así, en 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles”, cuyo art. I dispone: “*Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte*”. De acuerdo al art. II, “*A los efectos del artículo I, la expresión ‘técnicas de modificación ambiental’ comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar –mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales– la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre*”<sup>25</sup>. En los trabajos prepa-

---

<sup>24</sup> Anja GAUGER, *et al.* *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, The Ecocide Project, 2013, disponible en: [http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf).

<sup>25</sup> Resolución 31/72 de la Asamblea General, Anexo. La Convención fue elaborada por un Grupo de Trabajo de la Conferencia de Desarme, y estuvo basada en dos proyectos idénticos presentados a la Conferencia por los Estados Unidos y la Unión Soviética.

ratorios de la Convención, desarrollados por un Grupo de Trabajo de la Conferencia de Desarme, se encuentra una serie de “Entendimientos”<sup>26</sup>, algunos de los cuales pueden resultar interesantes a los efectos de nuestro análisis. Así, el Entendimiento acerca del art. I establece: “*El Comité entiende que, a los efectos de la presente Convención, los términos “vastos”, “duraderos” y “graves” se interpretarán como a continuación se indica: a) “vastos”: que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados; b) “duraderos”: que duran un período de meses o, aproximadamente, una estación del año; c) “graves”: que entrañan un grave o importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio*”<sup>27</sup>. El Entendimiento acerca del art. II contiene una lista indicativa de ejemplos de los fenómenos que podría causar la utilización de técnicas de modificación ambiental: “*terremotos; maremotos; perturbación del equilibrio ecológico de una región; modificación y de las pautas del clima (nubosidad, precipitaciones, ciclones de diversos tipos y tormentas huracanadas); modificación de las pautas del clima; modificación de las corrientes oceánicas; modificación del estado de la capa de ozono, y modificación del estado de la ionosfera. Se entiende asimismo que todos los fenómenos mencionados anteriormente, cuando se producen como resultado de la utilización de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros fines hostiles, ocasionarían, o sería razonable esperar que ocasionaran, daños, destrucción o perjuicios vastos, duraderos o graves. Por consiguiente, se prohibiría la utilización de las técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u otros fines hostiles que se definen en el artículo II, encaminadas a provocar esos fenómenos como medio de causar daños, destrucción o perjuicio a otro Estado Parte*”<sup>28</sup>.

Sands considera que los términos del art. II dejan abierta la cuestión de si el acto debe estar dirigido deliberadamente a manipular los procesos

---

<sup>26</sup> Cabe aclarar que no todos los Estados estuvieron de acuerdo con los entendimientos, y la Asamblea General no los incluyó en el texto ni en el anexo de su resolución 31/72.

<sup>27</sup> ASAMBLEA GENERAL. *Informe de la Conferencia del Comité de Desarme*, Vol. I, Documento A/31/27 (Vol. I), Naciones Unidas, Nueva York, 1976, pág. 96.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 97.

naturales, o si es suficiente con demostrar que los procesos naturales han sido manipulados como resultado de un acto que estuvo dirigido a manipular procesos no naturales, como pudo ser el caso de la destrucción de los pozos petroleros de Kuwait por parte del Iraq. Considera que el primer enfoque limitaría indudablemente el alcance de la Convención y su efectividad<sup>29</sup>, opinión que es sostenida por Roberts al afirmar que la Convención cubre solamente el caso especial de usos mayores de las fuerzas naturales como armas<sup>30</sup> y no tendría relevancia en la mayoría de las instancias de daño al ambiente en la guerra<sup>31</sup>.

Un año después, en 1977, se aprobó el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, cuyo art. 35.3 dispone: “*Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*”.

Respecto de la finalidad de la norma, se ha sostenido que este “*es un asunto no solo de protección del medio ambiente natural contra el uso de armas o técnicas dirigidas deliberadamente en su contra, ni de la mera protección de la población y los combatientes de los países en guerra contra cualquiera de esos efectos, sino también de la protección del medio ambiente en sí mismo, teniendo en cuenta el efecto derrame inherente en estos incidentes y el resultante aspecto ‘transnacional’ de este problema*”<sup>32</sup>. Con relación al significado de los términos “medio ambiente natural”, los mismos se refieren al sistema de interrelaciones inextricables entre los organismos vivos y su ambiente inanimado<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 314.

<sup>30</sup> Idéntica es la posición de Schmitt (Michael N. SCHMITT, «War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape», en Jay E. Austin, Carl E. BRUCH, (Ed.) *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 87-136, pág. 93).

<sup>31</sup> Adam ROBERTS, «The law of war and environmental damage», en Jay E. Austin, Carl E. BRUCH, (Ed.) *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 47-86, pág. 59.

<sup>32</sup> Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1987, pág. 410.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 415.



Por otra parte, el Art. 55, titulado “Protección del medio ambiente natural”, establece: “1. *En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.*”

## *2.2. Prohibición de ataques contra el medio ambiente natural en calidad de represalias*

Mientras el art. 35.3 enfoca el problema desde el punto de vista de los métodos de combate, esta norma se concentra en la supervivencia de la población, de modo tal que aunque ambas disposiciones se superponen parcialmente y su tenor es similar, no son idénticas. Aunque la norma comience diciendo “se velará”, lo que permitiría cierta laxitud, la segunda oración contiene una prohibición que la fortalece. Asimismo, el artículo menciona a la “población” sin el calificativo de “civil”; esta omisión es deliberada, en cuanto enfatiza el hecho de que el daño causado al medio ambiente puede continuar por un largo tiempo y afectar a la totalidad de la población sin distinción alguna<sup>34</sup>.

Ambas disposiciones fueron negociadas y aprobadas con conocimiento de la Convención de 1976, por lo que las similitudes y diferencias entre los textos no son producto de la casualidad<sup>35</sup>. Así, aunque el Protocolo recurra a la misma caracterización de los daños que la Convención, utiliza la conjunción “y” en lugar de “o”, por lo que las condiciones de “extensos, duraderos y graves” son acumulativas en el Protocolo y su significado varía según se los interprete en el contexto de uno u otro instrumento. Por ejemplo, señalamos que conforme al Entendimiento acerca del art. I, el término “duradero” en la Convención se

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 663.

<sup>35</sup> Michael BOTHE, *et al.* op. cit., pág. 325.

refiere a un número de meses, mientras que en el Protocolo, de acuerdo a los trabajos preparatorios, hace referencia a un tiempo que debe medirse en décadas<sup>36</sup>.

De ello se puede colegir que los requisitos del Protocolo son más severos que los de la Convención, a punto tal de excluir el daño ambiental menos grave y de corto plazo<sup>37</sup>. Este reducido alcance de la prohibición se debe al carácter acumulativo de las tres condiciones y a su interpretación, que, en efecto, sitúa el umbral muy alto<sup>38</sup>. Sin embargo, el desarrollo ulterior del derecho internacional podría haber modificado esta interpretación, y en ello serán muy útiles las conclusiones a las que llegue la Comisión de Derecho Internacional en su estudio sobre el tema<sup>39</sup>. En ese sentido, podemos citar a Drnas de Clément cuando sostiene, respecto del art. 55, que *“no es correcto afirmar lisa y llanamente que, en el Protocolo, sólo se protege al ambiente contra “daños extensos, duraderos y graves” [...], ya que debe entenderse que el artículo en toda la extensión de su texto, establece la regulación contemplando al medio ambiente como objetivo de la acción militar. Por ello, un daño limitado en su extensión, transitorio y leve “en la realización de la guerra”, usando medios lícitos de combate, es un efecto normal colateral, prácticamente inevitable, y razonablemente, no prohibido. Por ello, no creemos correcto considerar a estas determinaciones del enunciado como “umbral crítico de gravedad de daños al ambiente” ya, que simplemente, son indicativas de todo tipo de daños no connatural a los efectos sobre cualquier espacio en el que se desarrollan las hostilidades (limitado a un espacio reducido, pasajero, sin mayor importancia). El artículo (en la segunda parte del párrafo primero) bien dice que la protección del ambiente se extiende a la prohibición del empleo de métodos o medios de hacer la*

---

<sup>36</sup> Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, op. cit., pág. 417.

<sup>37</sup> Adam ROBERTS, op. cit., pág. 62.

<sup>38</sup> Michael BOTHE, et al. op. cit., pág. 328.

<sup>39</sup> Por ahora, aunque la Relatora Especial hizo referencias a las disposiciones del Protocolo Adicional I en su segundo informe, no las analizó en profundidad ni efectuó comentarios respecto del umbral de aplicación de las mismas (CDI: *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. cit., pág. 41 y ss.).

*guerra concebidos para causar o de los que quepa prever causen daños extensos, duraderos o graves al medio ambiente natural. Consideramos que, de conformidad al texto del art. 55 el daño al medio ambiente, efectuado adrede, con el ánimo de causar daño, es ilícito cualquiera sea la entidad del daño causado. Ello no sólo en base a la condena de los métodos y medios aptos para producir daños ambientales importantes sino por la condena de los ataques contra el medio natural (cualquiera sea su relevancia) en calidad de represalia. Efectuando una interpretación de minor ad maius, si no se puede repeler el daño ambiental con equivalente respuesta por el valor del objeto protegido, con menor razón se podrá considerar lícito agredir el mismo bien deliberadamente. Entendemos que el objeto de la proscripción es no sólo por el hecho de ser un objetivo no militar [...], sino por la condición misma del bien. Caso contrario nos hallaríamos frente a una formulación redundante no justificada”<sup>40</sup>. Compartimos el argumento de la autora citada, y volveremos sobre el mismo al momento de analizar el ataque directo al medio ambiente como crimen de guerra en el sentido del art. 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.*

No obstante las discusiones, en su citada opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia observó que las disposiciones de los arts. 35.3 y 55 del Protocolo “*imponen serias limitaciones a todos los Estados que han suscrito las mencionadas disposiciones*”<sup>41</sup>.

De acuerdo a Sands, dado el gran número de Partes en el Protocolo y las opiniones expresadas por los Estados, estas disposiciones reflejan en la actualidad una norma de derecho internacional consuetudinario<sup>42</sup>.

El mismo Comité Internacional de la Cruz Roja ha incluido estas reglas dentro de su recopilación del derecho internacional consuetudina-

---

<sup>40</sup> Zlata DRNAS DE CLÉMENT. «El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general», *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, págs. 265 a 296.

<sup>41</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 31.

<sup>42</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 314.

rio, la que también incluye otras disposiciones. Así, la regla 44 dispone: *“Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones”*<sup>43</sup>. De esta forma, amplía la protección al medio ambiente contemplada en el art. 55 del Protocolo Adicional I con la incorporación del principio precautorio o principio de precaución<sup>44</sup>, reconocido en el Principio 15 de la Declaración de Río<sup>45</sup>.

Por su parte, la regla 45 establece: *“Queda prohibido el empleo de métodos o medios de combate concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma”*<sup>46</sup>. Como se advierte, la regla combina la disposición del art. 35.3 del Protocolo Adicional I con la finalidad de la Convención de 1976.

---

<sup>43</sup> Disponible en: [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_cha\\_chapter14\\_rule44](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule44), traducción del autor.

<sup>44</sup> Sobre el principio, v. i. a., Zlata Drnas de Clément, (Dir.). *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner Editora, 2008; Zlata DRNAS DE CLÉMENT, «Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución», *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. IX (2006), págs. 245-265; James CAMERON, Juli ABOUCHAR, «The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment», *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 14, N° 1 (1991), págs. 1-27; Owen MCINTYRE, Thomas MOSEDALE, «The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law», *Journal of Environmental Law*, Vol. 9 (1997), pág. 221.

<sup>45</sup> «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente» (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, cit., pág. 4).

### 3. Otras normas de aplicación

Además de la protección específica al medio ambiente que surge de las disposiciones citadas, otras normas del derecho internacional humanitario pueden resultar de aplicación a esta cuestión.

Así, los Convenios de Ginebra de 1949 contienen varias disposiciones que involucran la protección del ambiente. En particular, el art. 53<sup>47</sup> del Convenio IV, relativo a la protección de civiles, establece: *“Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas”*. Para Roberts, el término “bienes” (o “property” en la versión inglesa del Convenio), puede interpretarse que comprende bienes públicos (no necesariamente bajo una titularidad específica), tales como la tierra común, los bosques, la atmósfera, los recursos hídricos y los mares. Interpretándolo de esa manera amplia, la disposición citada puede constituir un fuerte argumento para afirmar la ilegalidad de la destrucción ambiental arbitraria en la guerra<sup>48</sup>.

También encontramos varias normas de aplicación al medio ambiente en el Protocolo Adicional I. Así, el art. 48<sup>49</sup>, que contiene la norma fundamental de distinción entre bienes civiles y objetivos militares y la obligación de dirigir los ataques solo contra objetivos militares implica una

---

<sup>46</sup> Disponible en: [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_cha\\_chapter14\\_rule45](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule45), traducción del autor.

<sup>47</sup> Michael N. SCHMITT, op. cit., pág. 96.

<sup>48</sup> Adam ROBERTS, op. cit., pág. 57.

<sup>49</sup> *«A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares»*.

prohibición de atacar el medio ambiente natural, en tanto este no es un objetivo militar legítimo. Los arts. 52<sup>50</sup> y 54<sup>51</sup> que protegen los bienes de carácter civil y aquellos indispensables para la supervivencia de la población civil complementan esta disposición<sup>52</sup>. Asimismo, el art. 56, en cuanto dispone que “(l)as obras o instalaciones que contienen fuerzas

---

<sup>50</sup> «1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. *En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin».*

<sup>51</sup> «1. *Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.*

2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.

3. Las prohibiciones establecidas en el párrafo 2 no se aplicarán a los bienes en él mencionados cuando una Parte adversa:

a) utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o

b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que en ningún caso se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.

4. Estos bienes no serán objeto de represalias.

5. *Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa».*

<sup>52</sup> Michael N. SCHMITT, op. cit., págs. 97-98.

*peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil*”, también puede interpretarse en el sentido de proteger al medio ambiente<sup>53</sup>, toda vez que la liberación de fuerzas peligrosas tendrá directas consecuencias en el entorno natural<sup>54</sup>.

Asimismo, la “cláusula Martens”, que halla su formulación actual en el art.1.2 del Protocolo Adicional I, que dispone: “*En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública*”, resulta, por su carácter general, aplicable a la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado<sup>55</sup>.

Finalmente, en su recopilación del derecho consuetudinario, el Comité Internacional de la Cruz Roja incluyó la Regla 43, que dispone: “*Los principios generales sobre la conducta de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural*”<sup>56</sup>. Roberts<sup>57</sup> considera que ello incluye: el principio de proporcionalidad, particularmente en su significado de proporcionalidad con relación a las acciones militares del enemigo o el valor militar anticipado de las acciones propias; el principio de distinción, relativo a la selección de métodos de combate, armamento y blancos; el principio de necesidad, en virtud del cual los beligerantes pueden usar solo el grado y tipo de fuerza que se requiere para la derrota del enemigo con una mínima pérdida de vidas, tiempo y recursos; y el principio de humanidad, que prohíbe infligir sufrimiento, daño o destrucción que no sean necesarios para lograr un objetivo militar legítimo<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Adam ROBERTS, op. cit., págs. 61.

<sup>54</sup> Michael N. SCHMITT, op. cit., pág. 99.

<sup>55</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 311; Michael N. SCHMITT, op. cit., pág. 96.

<sup>56</sup> Disponible en: [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_cha\\_chapter14\\_rule43](https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_cha_chapter14_rule43), traducción del autor.

<sup>57</sup> Adam ROBERTS, op. cit., pág. 50.

<sup>58</sup> Sobre los principios, v. Hortensia D. T. GUTIÉRREZ POSSE, *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Buenos Aires, Eudeba, 2014, pág. 68 y ss.

Cada uno de estos principios, sostiene Roberts, apunta a la conclusión de que las acciones que resulten en una destrucción ambiental masiva, especialmente cuando no sirven para un propósito militar claro e importante serían cuestionables, incluso en la ausencia de reglas específicas sobre protección del medio ambiente<sup>59</sup>.

La Corte Internacional de Justicia reconoció la importancia de las consideraciones ambientales en la interpretación de estos principios cuando señaló, en su citada opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*: “los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad”<sup>60</sup>.

En definitiva, aunque de contenido y alcance discutido, con contornos no siempre bien definidos, el derecho internacional impone obligaciones a los Estados relativas a la protección del medio ambiente en conflictos armados.

### III. Normas relativas a la responsabilidad internacional

Los regímenes jurídicos reseñados carecen en general de normas particulares relativas a la responsabilidad internacional<sup>61</sup>. Solo el art. 91 del Protocolo Adicional I se refiere a la materia al establecer: “*La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas*”. Sin embargo, ello

---

<sup>59</sup> Adam ROBERTS, op. cit., pág. 51.

<sup>60</sup> CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 30.

<sup>61</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 873; Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 225.



no es más que la aplicación de los principios generales en la materia<sup>62</sup>, según surge de los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo<sup>63</sup>.

Por lo tanto, se hace necesario, entonces, recurrir a las normas generales en materia de responsabilidad internacional. Como adelantamos en la introducción, las mismas distinguen, conforme al criterio de la Comisión de Derecho Internacional, la responsabilidad por hecho ilícito de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, por lo que corresponderá el análisis de ambos regímenes a los fines de determinar su aplicación a la materia *sub examine*. Asimismo, también analizaremos las normas relativas a la responsabilidad individual en virtud del derecho penal internacional, que también contiene algunas disposiciones que hace a nuestro objeto de estudio.

### *III.1. Normas generales de responsabilidad por hecho ilícito*

De conformidad al art. 1 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>64</sup> (en adelante, “el Proyecto de 2001”), “*todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional*”. Según el art. 2 del mismo, “*hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*”. Por lo tanto, habrá responsabilidad internacional del Estado por cualquier violación a las obligaciones dimanantes de las normas citadas en la sección anterior atribuibles a un Estado, siempre y cuando estén vigentes para ese Estado (art. 13 del Proyecto de 2001) y cualquiera sea su fuente (art. 12 del Proyecto de 2001).

---

<sup>62</sup> Hortensia D. T. GUTIÉRREZ POSSE, op. cit. pág. 239.

<sup>63</sup> Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, op. cit., pág. 1053 y ss.

<sup>64</sup> Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones, en 2001. La Asamblea General tomó nota del mismo en su resolución 56/83.

Ello significa que, por ejemplo, tanto una violación de las obligaciones que dimanán del Protocolo Adicional I (al que las partes “se comprometen a respetar y hacer respetar”, en virtud del art. 1.1) como de la Convención de 1976, así como de las normas de derecho consuetudinario aplicables, atribuible a un Estado, generará para el mismo responsabilidad internacional.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito están previstas en la segunda parte del Proyecto de 2001: el Estado debe seguir cumpliendo la obligación violada (art. 29); el Estado debe ponerle fin al hecho ilícito, si continúa, y, si las circunstancias lo exigen, debe ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición (art. 30); y el Estado responsable debe reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho ilícito, que comprende todo daño, material como moral (art. 31).

En el comentario al art. 31 del Proyecto, acerca de la reparación, la Comisión hizo referencia expresa al daño ambiental al afirmar: “*En muchos casos, el daño que puede ser consecuencia de una infracción (por ejemplo, el daño a una industria pesquera por haberse efectuado la pesca en una estación en que estaba prohibida, el daño al medio ambiente por emisiones superiores al límite prescrito, el uso del agua de un río en cantidad superior a la permitida) puede ser distante, contingente o incierto*”<sup>65</sup>. Sands<sup>66</sup> considera que la CIJ ha considerado la obligación de reparar en el contexto ambiental en el caso del *Proyecto Gabèikovo-Nagymaros*<sup>67</sup>.

Las formas de la reparación (art. 34) pueden ser la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36) y la satisfacción (art. 37). La Comisión hizo otras referencias al daño ambiental en su comentario al art. 36: “*En los casos en que se ha otorgado o pactado una indemnización a raíz de un hecho internacionalmente ilícito que causa o amenaza causar un daño al medio ambiente, los pagos han tenido como finalidad reembolsar al Estado lesionado los gastos razonablemente efectua-*

---

<sup>65</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2007, pág. 98.

<sup>66</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 873.

<sup>67</sup> CIJ. *Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C. J. Reports 1997, pág. 7, párr. 149 y ss.

*dos para prevenir o poner remedio a la contaminación, o indemnizarlo por la pérdida de valor de los bienes afectados por la contaminación. Sin embargo los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces «valores no de uso») no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”<sup>68</sup>.*

En definitiva, todo Estado responsable de la violación de obligaciones relativas a la protección del medio ambiente en un conflicto armado estará obligado a reparar los daños causados por su hecho ilícito. Ya veremos que en el único caso que registra la práctica internacional, la reparación ha asumido la forma de indemnización, aunque como surge del Proyecto de 2001, no sea la única forma posible. No impide esta conclusión lo dispuesto por el art. 91 del Protocolo Adicional I, ya que el mismo establece el deber de indemnizar “*si hubiere lugar a ello*”, lo que, de acuerdo a autorizada interpretación, implica el reconocimiento de la procedencia de la restitución en caso de ser posible<sup>69</sup>.

Existen, no obstante, ciertas violaciones que por su gravedad, y por la relevancia de las normas primarias comprometidas, generan, además de las enunciadas, otras consecuencias jurídicas. El tema fue estudiado en profundidad por la Comisión de Derecho Internacional en el tratamiento de la responsabilidad de los Estados. Así, en 1976 la Comisión aprobó en primera lectura el art. 19 de su Proyecto, que establecía: “*2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.*

*3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: (...)*

---

<sup>68</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., pág. 108.

<sup>69</sup> Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, op. cit., pág. 1056.

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”.

En su comentario al artículo, la Comisión sostuvo que las normas de derecho internacional general relativas a la protección del medio humano “*sólo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como normas ‘imperativas’. Y parece no menos indiscutible que las obligaciones dimanantes de esas normas tienen por objeto la salvaguardia de intereses tan vitales para la comunidad internacional que una violación de tales obligaciones no puede por menos de ser considerada por todos los componentes de esa comunidad como un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, como un ‘crimen internacional’*”<sup>70</sup>. De tal manera, la Comisión incluyó dentro de la categoría de “crímenes internacionales”, a la “violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano”, incluyendo como ejemplo<sup>71</sup> “la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”, aunque sin definir qué entendía por “contaminación” ni “masiva”.

Las consecuencias particulares del crimen internacional (es decir, por sobre las correspondientes a todos los hechos ilícitos) comprendían, además del levantamiento de ciertas restricciones en materia de reparación, a favor del Estado lesionado (art. 52 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, en adelante, “el Proyecto de 1996”), la creación de determinadas obligaciones para todos los demás Estados: a) no reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen; b) no prestar ayuda ni asistencia al Estado autor del crimen para mantener la situación creada por dicho crimen; c) cooperar con otros Estados en el cumplimiento de las mencionadas obligaciones; y d) cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen (art. 53 del Proyecto de 1996)<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, pág. 108.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 120.

<sup>72</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2002, pág. 79.

La cuestión de la distinción entre crímenes y delitos internacionales, como se sabe, fue ampliamente discutida y controvertida en los ámbitos académicos y políticos, y aunque presente en el Proyecto de 1996, no fue contemplada en el Proyecto de 2001. Sin embargo, persiste en este último la noción de que existen ciertas obligaciones cuya naturaleza es de tal importancia para la comunidad internacional en su conjunto, que su violación genera consecuencias jurídicas diferenciadas, según se dispone en el Capítulo III de la Segunda Parte del proyecto. Así el art. 40 se refiere a la “*responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general*”, y en su párrafo 2, establece que “*la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable*”. Como señala la Comisión en su comentario al artículo, el mismo establece dos criterios para distinguir las “violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general” de otros tipos de violaciones: el primero es el carácter de la obligación violada, que debe emanar de una norma imperativa de derecho internacional general; el segundo, es el carácter grave de la violación. Las consecuencias jurídicas particulares previstas en el Capítulo III solo se aplican a las violaciones que cumplan ambos criterios<sup>73</sup>.

A diferencia del art. 19 del Proyecto de 1996, la norma no aporta ejemplos de este tipo de violaciones. No obstante, la Comisión afirma en su comentario: “*Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales*”<sup>74</sup>. Asimismo, recuerda en una nota al pie los cuatro ejemplos que había señalado en el art. 19 del Proyecto de 1996, por lo que puede válidamente sostenerse que el previsto en el inc. d) del párrafo 3 de aquel sigue constituyendo un ejemplo de “violación grave”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., pág. 120.

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> En contra, Sands sostiene que la contaminación masiva y otras catástrofes ambientales no están referidas como ejemplos de violaciones graves en los artículos ni en los comentarios (Philippe SANDS, op. cit., pág. 895).

Respecto de la gravedad, dice la Comisión en su comentario: “La palabra “grave” significa que se precisa una cierta magnitud de violación para no trivializarla”<sup>76</sup>. Como mencionamos, el párrafo 2 del art. 40 dispone que la violación es “grave” cuando implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación. La Comisión considera en su comentario que una violación es “sistemática” cuando se lleva a cabo de manera organizada y deliberada, mientras que el término “flagrante” se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Dichos términos no son mutuamente excluyentes, en el sentido de que las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes.

Las consecuencias jurídicas particulares para este tipo de violaciones están previstas en el art. 41 del proyecto, que dispone:

“1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”.*

Los párrafos 1 y 2, así como la primera parte del párrafo 3, del art. 41 coinciden en general con lo que disponían los arts. 52 y 53, incisos a) a c), del proyecto de 1996, que ya comentáramos.

De esa forma, ante la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano –que como tal surge de una norma de *ius cogens*–, que incluye, pero no se limita a la contaminación masiva<sup>77</sup> de la atmósfera o de los mares, en el marco o como resultado de un conflicto armado, se constituirá una “violación grave de una obligación contraída en virtud de normas

---

<sup>76</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., pág. 121.

<sup>77</sup> Si el caso particular de violación de esta norma constituye una contaminación masiva, consideramos que no debe, además, exigirse un nuevo requisito de gravedad, toda vez que la magnitud ya estará contemplada en la norma primaria, en cuanto solo prohíbe la contaminación «masiva». Es decir, si es «masiva» es una violación «grave».

imperativas de derecho internacional general” y dará lugar a las consecuencias jurídicas previstas en el art. 41 del Proyecto de 2001. De hecho, pensamos que es más que probable que solo un acontecimiento de la magnitud y gravedad de un conflicto armado –máxime ante la disponibilidad de armas de destrucción masiva y ciertos tipos de armas convencionales susceptibles de ocasionar múltiples perjuicios– pueda generar un efecto como el previsto por la norma.

Sin embargo, consideramos junto con Drnas de Clément que otra conducta también puede constituir una violación grave de este tipo. Se trata de un “*daño grave, sustancial al medio ambiente –efectuado adrede o en violación de los deberes de diligencia debida (prevención)–, no justificado por necesidades militares*”<sup>78</sup>. La autora sostiene esta afirmación en base al origen, naturaleza y contenido de los crímenes de derecho internacional<sup>79</sup>. En lo que hace al *origen*, recuerda que el reconocimiento de normas superiores de las comunidades humanas tienen antigua raigambre en la Historia. En relación a la *naturaleza* de la norma protectora del medio ambiente contra todo acto deliberado no justificado por necesidad militar ineludible, entiende constituye una norma consuetudinaria de carácter superior (aun cuando pueda estar contenida en normas convencionales), intransgredible, inderogable, perentoria, co-

---

<sup>78</sup> Zlata CRNAS DE CLÉMENT, «El daño deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general», cit.

<sup>79</sup> La autora entiende por «crímenes de derecho internacional» los imputables al individuo, los que entiende, no obstante, paralelos a los «crímenes internacionales», atribuibles al Estado, incluso en el estadio actual de desarrollo del tema relativo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, ya que si bien el Proyecto de 2001 ha dejado de hablar de «crímenes internacionales» y el Estatuto de la Corte Penal Internacional no habla de crímenes de derecho internacional, esos documentos no han cesado de contemplar la doble sanción (al Estado y al individuo) por un mismo hecho, de conformidad al art. 58 del Proyecto de 2001, que dispone: «*Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado*» y al art. 25.4 del Estatuto de Roma, que dispone: «*Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme el derecho internacional*». La autora considera, en posición que compartimos, que solo los crímenes internacionales conllevan esta doble sanción, y solo son crímenes las violaciones a normas de *ius cogens*.

activa, de *jus cogens*. Y, por tratarse de norma de tal tipo, es contraída frente a la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*), cambiando, en caso de violación, sanciones internacionales de carácter particular a través del ejercicio de distintas formas de jurisdicción penal internacional. Finalmente, respecto del *contenido* observa percepciones constantes de elementos sustantivos que permiten afirmar que el daño sustancial al medio ambiente (con efectos mortales o graves para la salud humana), deliberado, producido en tiempos de conflicto armado, constituye crimen internacional.

Como tal, dicha violación dará lugar a responsabilidad internacional del Estado y, según veremos más adelante, también podrá generar responsabilidad penal individual.

### *III.2. La responsabilidad por acto no prohibido*

¿Puede existir responsabilidad internacional por daño ambiental causado por un conflicto armado sin la violación de una obligación internacional? Esta pregunta se vincula con la denominada “responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional”, llamado también “responsabilidad *sine delicto*”<sup>80</sup>, y que fue objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional durante muchos años a partir de 1978, bajo el título “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales por actos no prohibidos por el derecho internacional”. La característica fundamental de este tipo de responsabilidad es la ausencia de un hecho ilícito atribuible a un Estado y la producción de un daño, que dará fundamento a la responsabilidad<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Julio BARBOZA, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pág. 159.

<sup>81</sup> Como sostiene Barboza, «a diferencia de las obligaciones que emergen del hecho ilícito para el autor, impuestas en normas secundarias, la responsabilidad *sine delicto* se ubica en el terreno de las normas primarias. Es natural, ya que la responsabilidad surge sin violación de obligación y por lo tanto pertenece al trecho normativo anterior al incumplimiento. Por ende, la indemnización correspondiente al daño producido tendría el carácter, no de una sanción, sino de una prestación establecida por la norma primaria» (Julio BARBOZA, op. cit., pág. 163).



Se suele afirmar que el laudo arbitral<sup>82</sup> en el caso de *Trail Smelter*<sup>83</sup> es la contribución seminal en la materia<sup>84</sup>, mas la práctica internacio-

---

<sup>82</sup> *Trail smelter case (United States, Canada)*, Laudos de 16 abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, *RIAA*, Vol. III, págs. 1905-1982.

<sup>83</sup> El caso trató sobre una disputa entre Estados Unidos y Canadá, por los daños causados por la contaminación atmosférica ocasionada por emisiones de gases de dióxido de azufre provenientes de la *Consolidated Mining and Smelting Company* en Trail, British Columbia (Canadá), en perjuicio del Estado de Washington (Estados Unidos). El 15 de abril de 1935, los Estados Partes celebraron la *Convention for Settlement of Difficulties arising from operation of Smelter at Trail*. En el art. 1 las Partes convinieron que Canadá debía pagar una indemnización a Estados Unidos respecto de los daños producidos con anterioridad al 1 de enero de 1932. No obstante, en el art. 2 las Partes convinieron que debía conformarse un Tribunal Arbitral para resolver una serie de interrogantes que serían plasmados en el art. 3, a saber: 1) ¿Ha causado la Fundición de Trail daño al estado de Washington con posterioridad al 1 de enero de 1932? En su caso ¿qué indemnización le corresponde pagar por eso? 2) En el caso que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, ¿se le requerirá a la Fundición Trail que se abstenga de causar daño en el estado de Washington en el futuro?, y si es así, ¿en qué extensión se le requerirá? 3) A la luz de la respuesta a la pregunta anterior, ¿qué medidas o régimen, si hubiera alguno, debería ser adoptado o mantenido por la Fundición Trail? 4) ¿Qué indemnización o compensación, si hubiera alguna, debería pagarse teniendo en cuenta la decisión o decisiones adoptadas por el Tribunal en relación a las dos preguntas anteriores? Es de observar que la mencionada Convención también establecía en su artículo 4 que para resolver la disputa, el Tribunal de Arbitraje debía aplicar el derecho y jurisprudencia existentes en los Estados Unidos en relación a la temática de los interrogantes planteados, así como el derecho y la práctica internacional. El Tribunal Arbitral resolvió el primer interrogante pronunciándose sobre los siguientes puntos: causa del daño, grado del daño, zona de probable daño, existencia y alcance de los daños específicamente alegados por Estados Unidos y monto indemnizable y compensable por daños. Con relación a la causa del daño, el Tribunal explicó que los gases emergentes de las chimeneas del Trail Smelter penetraban en las corrientes superiores de aire y eran transportadas por las mismas de forma continuada a lo largo del valle, siempre que el viento prevaleciente a ese nivel fuese en la dirección de dichas corrientes. Respecto al segundo interrogante, el Tribunal resolvió que la Fundición Trail debía abstenerse de causar daño hasta el 1 de octubre de 1940 hasta que hubiese una decisión final. En relación con el tercer interrogante, el Tribunal fijó un régimen temporario para el funcionamiento de la Fundición Trail, con el objeto de efectuar un control de la contaminación. No obstante, en la decisión final de fecha 11 de marzo de 1941, el Tribunal estableció un régimen más permanente, orientado a prevenir la emisión de dióxido de azufre en la atmósfera en cantidades, concentración, duración y frecuencia suficientes capaces de causar daño en el Estado de Washington. Por último, en su cuarto interrogante también resuelto en el laudo arbitral final, el Tribunal estableció que Canadá debía pagar una indemnización al Estado de Washington en el supuesto de que la Fundición Trail incumpliera el régimen previsto provocando daños, o mantenido el régimen, no obstante

nal posterior es escasa y la doctrina se encuentra altamente dividida sobre la cuestión<sup>85</sup>.

La propia Comisión de Derecho Internacional resolvió dividir el tratamiento del tema en dos: la “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”, por un lado, y “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, por el otro. La labor sobre ellos dio como resultado sendos proyectos de artículos aprobados en 2001 y 2006, respectivamente, aunque ninguno se refiera específicamente a la responsabilidad del Estado. Mientras el primero trata, como su nombre lo indica, sobre la prevención de daños transfronterizos (en los que se incluye el daño al medio ambiente<sup>86</sup>), el segundo se refiere a la asignación de la pérdida al generador del daño con el objeto de garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo y de “*Preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste*” (art. 3), señalando que el medio ambiente “*comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje*” (art. 2, inc. b)<sup>87</sup>. Dado que el generador del daño, que el proyecto llama “explotador”, puede ser –y en general es– una persona privada, no se trata, como señalamos de un caso de responsabilidad estatal (arg. art. 4). De

---

se produjeran daños (Magdalena GARCÍA ELORRIO, «La privatización de las reclamaciones internacionales por daño transfronterizo ambiental: ¿incipiente tendencia en la contaminación del Rin?», *RECORDIP* Vol. 2, N° 2 (2012), nota 18).

<sup>84</sup> Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 216.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pág. 217 y ss.

<sup>86</sup> El art. 2 dispone: «b) Se entiende por «daño» el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; c) Se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes». Al respecto, v. CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001* cit., pág. 156 y ss.

<sup>87</sup> CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58° período de sesiones*. Documento A/61/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, págs. 120 y ss.

esa manera, nos encontramos frente a una de las formas que ha adoptado una práctica que los autores denominan “desinternacionalizar”<sup>88</sup> o “privatizar”<sup>89</sup> los litigios sobre responsabilidad por daños ambientales.

En lo que concierne a nuestro objeto de estudio, parece dificultoso que estas normas –cualquiera sea su grado de desarrollo en el derecho internacional actual– resulten aplicables en caso de conflicto armado. Respecto del primero de los proyectos, la Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sostiene, en su informe preliminar, que “*Ni los artículos ni los comentarios correspondientes excluyen de manera expresa las situaciones de conflicto armado. [...] Sin embargo, no se puede inferir que los artículos tengan por objeto regular el comportamiento de los Estados en los conflictos armados, sino que parecen centrarse en la regulación en tiempo de paz*”<sup>90</sup>. Respecto del segundo, la propia Comisión de Derecho Internacional, en el comentario al art. 4, recuerda disposiciones similares que contienen excepciones a la responsabilidad del explotador, entre las que específicamente se mencionan los conflictos armados y las hostilidades<sup>91</sup>. Sin embargo, no queda claro por qué la Comisión no optó por incluir una disposición expresa en el articulado del proyecto.

Por lo tanto, ni de la práctica internacional ni de la labor de la Comisión de Derecho Internacional parece surgir una obligación general<sup>92</sup> de reparar los daños causados (en lo que a nosotros interesa, al medio am-

---

<sup>88</sup> Manuel DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pág. 773.

<sup>89</sup> Magdalena GARCÍA ELORRIO, op. cit.

<sup>90</sup> CDI. *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, cit., págs. 32-33.

<sup>91</sup> CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58º período de sesiones*, cit., pág. 182.

<sup>92</sup> Aunque ausente en el derecho internacional general, el derecho convencional reconoce algunas normas particulares respecto al tema, entre las que se destaca el art. II del «Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales», que dispone: «*Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo*».

biente) por actividades lícitas. ¿Significa ello que los daños que puedan causarse al medio ambiente (en lo que a este estudio respecta, con motivo de un conflicto armado), que no deriven de la comisión de hechos ilícitos no generan responsabilidad?

La opinión más generalizada es que los Estados serán responsables solo si el daño se causa por un incumplimiento de la diligencia debida, por violación al principio *sic utere tuo alterum non laedas*<sup>93</sup>, o por algún otro incumplimiento de una obligación, como una violación de la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de las Naciones Unidas<sup>94</sup>. Sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos con posterioridad respecto de esta última cuestión, en todo caso, si estamos frente a una obligación y esta se incumple, se tratará entonces de un caso de responsabilidad internacional por hecho ilícito<sup>95</sup>.

En definitiva, parece imponerse la respuesta negativa a nuestro interrogante, ya que resulta en extremo dificultoso encontrar, sea en el derecho internacional general, o en el derecho internacional del medio ambiente, una obligación de reparar el daño sin la comisión de un hecho ilícito<sup>96</sup>.

### *III.3. Responsabilidad penal individual*

Como adelantamos, el derecho internacional también establece una responsabilidad penal individual para ciertos casos de ataques dirigidos contra el medio ambiente.

La cuestión fue estudiada por la Comisión de Derecho Internacional durante su labor relativa al “Código de Crímenes contra la Paz y la Segu-

---

<sup>93</sup> Manuel DIEZ DE VELASCO, op. cit., pág. 768.

<sup>94</sup> Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 217.

<sup>95</sup> Julio BARBOZA, op. cit., pág. 172.

<sup>96</sup> El *Institut de Droit International* aprobó en 1997 una resolución sobre responsabilidad por daño ambiental, que contempla la responsabilidad *sine delicto* en su art. 1, párrafo 2, y en su art. 4, pero en el art. 22 considera como una de las excepciones a la responsabilidad, el caso de conflicto armado (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage*, disponible en: [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997\\_str\\_03\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF)).

ridad de la Humanidad”. Su Proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1991 contenía dos disposiciones relativas al medio ambiente. La primera era el art. 22.2 d), que incluía entre los “crímenes de guerra excepcionalmente graves” a “*la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*”. En el comentario, la Comisión señaló que la norma está tomada textualmente del párrafo 3 del art. 35 y el art. 55 del Protocolo Adicional I<sup>97</sup>. La segunda era el art. 26, que disponía: “*El que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable, [...]*”. En su comentario, la Comisión explicó que “*la protección del medio ambiente tenía tal importancia que determinados atentados de particular gravedad contra este interés fundamental de la humanidad debían caer también dentro del ámbito del código y que sus autores debían incurrir en responsabilidad penal internacional*”<sup>98</sup>. También reconoció como fuente directa al art. 55.1 del Protocolo Adicional I, pero aclaró que “*a diferencia de esta disposición, la aplicación del artículo 26 no se limita a los conflictos armados*”<sup>99</sup>. Es interesante, a los fines de nuestro estudio, conocer el sentido y alcance de los términos “daños extensos, duraderos y graves” y “medio ambiente natural”. Respecto de los primeros, la Comisión sostuvo que se refieren a “*la magnitud o intensidad de los daños, su persistencia en el tiempo y la extensión de la zona geográfica afectada por ellos*”<sup>100</sup>, mientras que el segundo debía entenderse “*en sentido amplio como medio del hombre, en el que éste se desenvuelve, y los espacios cuya preservación tiene una importancia fundamental para la protección de ese medio. Por tanto, esas palabras abarcan los mares, la atmósfera, el clima, los*

---

<sup>97</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1994, pág. 114.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pág. 115.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pág. 116.

*bosques y otras coberturas vegetales, la fauna, la flora y otros elementos biológicos*"<sup>101</sup>.

Sin embargo, solo la primera de estas disposiciones permaneció en el Proyecto aprobado en segunda lectura en 1996, y con una redacción diferente, según surge del art. 20, inc. g), que incluyó entre los crímenes de guerra: *"En caso de conflicto armado, el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños"*. En su comentario, la Comisión insistió en que la fuente son los arts. 35 y 55 del Protocolo Adicional I, pero a la vez reconoció acertadamente que las infracciones de esas disposiciones no están tipificadas como "violación grave" que comporta responsabilidad penal individual en virtud del art. 85 del Protocolo<sup>102</sup>. Además, en una característica que lo diferencia de la anterior tipificación, afirmó que la disposición *"exige que los actos tengan consecuencias más graves para la población a fin de constituir un crimen de guerra a tenor del código, es decir, consecuencias gravemente perjudiciales y no simplemente perjudiciales como se requiere en el caso de una violación del Protocolo adicional I"*<sup>103</sup>. En nuestra opinión, el calificativo desnaturalizó el objetivo de protección del medio ambiente que constituía el bien jurídico tutelado por la norma penal, toda vez que lo desplazó hacia la salud y la supervivencia de la población, lo que pareciera negar el carácter de bien en sí mismo que el medio ambiente posee.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional incluyó en el Estatuto de Roma una disposición similar. Así, de acuerdo al art. 8.2.b. iv) considera como un crimen de guerra *"Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o **daños extensos, duraderos y graves al***

---

<sup>101</sup> *Idem.*

<sup>102</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996* cit., pág. 61.

<sup>103</sup> *Idem.*

**medio ambiente natural** que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea” (negrita añadida). Por su parte, los Elementos de los Crímenes<sup>104</sup> incluyen los siguientes: “1. *Que el autor haya lanzado un ataque.* 2. *Que el ataque haya sido tal que causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto prevista.* 3. *Que el autor haya sabido que el ataque causaría pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural de magnitud tal que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.* 4. *Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.* 5. *Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”.*

Como señala Dörmann<sup>105</sup>, con relación al daño al medio ambiente, el Estatuto parece combinar los elementos de los arts. 35.3 y 55 del Protocolo Adicional I (daños extensos, duraderos y graves) con el principio de proporcionalidad<sup>106</sup>, aunque estas parecen ser dos reglas diferentes en virtud del derecho internacional actual: por un lado, la prohibición del empleo de métodos o medios de combate que causen o puedan causar daños

---

<sup>104</sup> Aprobados por la Asamblea de Estados Partes de conformidad al art. 9 del Estatuto de Roma.

<sup>105</sup> También Ambos considera que se han combinado las disposiciones (Kai AMBOS, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 55).

<sup>106</sup> Recogido en el Protocolo Adicional I, cuyo art. 51.5 b) prohíbe «los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista» y su art. 57.2.a) iii), obliga a las Partes a «abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (como se reflejan en las mencionadas disposiciones del Protocolo Adicional I) y, por otro lado, la prohibición de emplear métodos o medios de combate que causen o puedan causar daño al medio ambiente en violación del principio de proporcionalidad. Así, es cuestionable si se ha creado un nuevo umbral para este crimen de guerra en el Estatuto<sup>107</sup>.

A este respecto, y teniendo en cuenta que el art. 26 del Proyecto de 1991 –probablemente la norma penal internacional más acabada en materia de protección medioambiental– no prosperó, nos preguntamos si dirigir un ataque directamente contra el medio ambiente natural constituye o no un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional. Ante la ausencia por ahora de jurisprudencia al respecto, consideramos –no obstante la conveniencia que significaría contar con un tipo penal específico independiente– que la respuesta es afirmativa, al menos en cuanto a crímenes de guerra se trate, toda vez que un ataque de esas características, en el contexto de un conflicto armado, y que cause daños extensivos, duraderos y graves al medio ambiente constituirá el crimen previsto en el art. 8.2.b. iv) del Estatuto de Roma si los mismos son excesivos con relación a la ventaja militar prevista. Es decir, aunque el crimen de guerra está pensado para configurarse por violación al principio de proporcionalidad ante los daños colaterales producidos (en nuestro caso, al medio ambiente natural) por un ataque contra un objetivo militar, *a fortiori* debe sostenerse que se configurará cuando el medio ambiente natural sea el objetivo directo y principal de dicho ataque. Ello confirma nuestra apreciación, que compartimos con Drnas de Clément<sup>108</sup> de que un ataque dirigido contra el medio ambiente en conflicto armado no justificado por la necesidad militar es una violación del *ius cogens* y, por lo tanto, un crimen internacional.

---

<sup>107</sup> Knut DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 166-167.

<sup>108</sup> Zlata DRNAS DE CLÉMENT, *op. cit.*



#### IV. La práctica internacional relevante: el caso del Iraq

La práctica internacional reconoce solo un caso claro de responsabilidad internacional ambiental derivada de un conflicto armado y, de hecho se trata, como lo señalan Birnie, Boyle y Redgewell<sup>109</sup>, del único precedente en que un Estado ha sido inequívocamente declarado responsable por daño ambiental: la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptada luego de la Guerra del Golfo Pérsico de 1991.

Debemos recordar que, durante la retirada de Kuwait forzada por la Coalición internacional autorizada por el Consejo de Seguridad, las fuerzas iraquíes, luego de haber invadido y ocupado la totalidad del país por más de cuatro meses, incendiaron unos setecientos pozos petrolíferos como parte de una táctica de “tierra quemada”. Los incendios comenzaron en enero y febrero de 1991 y el último fue extinguido en noviembre de 1991, provocando la contaminación del aire y del suelo. Al mismo tiempo, y con el propósito de impedir un desembarco de la Coalición, las fuerzas iraquíes derramaron una cantidad estimada de entre dos y seis millones de barriles de petróleo en la costa de Kuwait del Golfo Pérsico, con el consiguiente impacto ambiental en el entorno del Golfo.

En el párrafo 16 de la resolución 687 (1991), el Consejo de Seguridad *“Reafirma que el Iraq, independientemente de sus deudas y obligaciones anteriores al 2 de agosto de 1990, que se considerarán por los conductos normales, es responsable ante los gobiernos, las naciones y las empresas extranjeras, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”*.

En virtud de esta resolución y la 692 (1991), el Consejo de Seguridad creó, como uno de sus órganos subsidiarios, una Comisión de Indemnización con funciones de determinación de hechos, que consisten en examinar las reclamaciones respecto de los daños de los que es responsable el Iraq, verificar su validez, evaluar las pérdidas y los pagos y pronunciarse

---

<sup>109</sup> Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 212.

respecto de reclamaciones controvertidas<sup>110</sup>. El órgano principal de la Comisión es un Consejo de Administración, que también tiene a su cargo la administración de un Fondo de Indemnización, también creado por el Consejo de Seguridad<sup>111</sup>.

Analizaremos a continuación dos aspectos que resultan de interés para nuestro estudio: el origen de la responsabilidad del Iraq, y los daños ambientales por los que fue declarado responsable con el deber de indemnizarlos.

#### *IV.1. El origen de la responsabilidad del Iraq*

El primer interrogante que surge a los efectos de nuestro análisis es cuál es el origen de la responsabilidad del Iraq. Al respecto, los informes de la Comisión de Indemnización<sup>112</sup> siempre señalan que el derecho aplicable, conforme al art. 31 de las normas de la propia Comisión relativas al procedimiento de tramitación de las reclamaciones<sup>113</sup>, es la resolución

---

<sup>110</sup> Sobre la labor de la Comisión, v. Philippe SANDS, op. cit., págs. 890-894.

<sup>111</sup> Durante su labor, se presentaron cerca de 2,7 millones de reclamos, de los que aproximadamente 1,5 fueron concedidos por la Comisión, por un total de 52.000 millones de dólares en indemnizaciones, de los que ya 47.800 millones fueron pagados por la Comisión y el Fondo.

<sup>112</sup> V, por ejemplo, *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones «F4»*, documento S/AC.26/2002/26, pág. 9; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones «F4»*, documento S/AC.26/2003/31, pág. 10; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera parte de la cuarta serie de reclamaciones «F4»*, documento S/AC.26/2004/16, pág. 12; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda parte de la cuarta serie de reclamaciones «F4»*, documento S/AC.26/2004/17, pág. 8; *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones «F4»*, documento S/AC.26/2005/10, pág. 15.

<sup>113</sup> El mismo dispone: «Los Comisionados aplicarán, para el examen de las reclamaciones, la resolución 687 (1991) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, los criterios publicados por el Consejo de Administración para determinadas categorías de reclamaciones y las decisiones pertinentes del Consejo de Administración. De ser necesario, los Comisionados aplicarán asimismo otras normas pertinentes de derecho internacional» (V. documento S/AC.26/1992/10).

687 (1991). Sin embargo, no parece que el origen de la responsabilidad sea la propia resolución<sup>114</sup>, toda vez que su propio texto “reafirma” dicha responsabilidad “con arreglo al derecho internacional”. Entonces, ¿qué normas del derecho internacional, que el Consejo de Seguridad se limitó a reafirmar, imponen al Iraq esa responsabilidad? Ni el Consejo ni la Comisión han especificado de qué normas se trata, limitándose la resolución a indicar que alcanza los daños y perjuicios directos resultantes “de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”. Ello parecería señalar que el origen de la responsabilidad del Iraq se encuentra en dicha invasión y posterior ocupación, que constituyen una violación de la prohibición del uso de la fuerza, y como tal, un hecho ilícito generador de responsabilidad.

Sands parece compartir nuestra apreciación al sostener que la resolución 687 (1991) determina inequívocamente que un Estado puede ser responsable por daño ambiental que resulte de un uso ilícito de la fuerza<sup>115</sup>. En la misma línea, Birnie, Boyle y Redgewell afirman que la resolución significa que las violaciones de la Carta de las Naciones Unidas generan responsabilidad en virtud del derecho internacional, incluso por daño ambiental<sup>116</sup>. Roberts piensa que en el caso iraquí, el deber de reparar puede basarse más en la culpabilidad de un Estado por iniciar una guerra que en sus violaciones del *ius in bello*<sup>117</sup>, mientras que Schmitt señala que la base de la responsabilidad del Iraq fue la ocupación ilícita de Kuwait—una violación del *ius ad bellum*, específicamente, del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas— y los daños resultantes, más que cualquier violación de una prescripción ambiental<sup>118</sup>.

Pero incluso creemos que es posible ir más allá y considerar, dada la magnitud y gravedad de los hechos, y por tratarse de una norma—la prohibición del uso de la fuerza— que tiene el carácter de *ius cogens*, que estamos frente a una violación grave de una obligación que emana de una

---

<sup>114</sup> Aunque podría serlo, ya que, habiendo sido aprobada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es obligatoria para los Estados de conformidad con el art. 25 de la misma Carta.

<sup>115</sup> Philippe SANDS, op. cit., pág. 878.

<sup>116</sup> Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, Catherine REDGEWELL, op. cit., pág. 205.

<sup>117</sup> Adam ROBERTS, op. cit., pág. 48.

<sup>118</sup> Michael N. SCHMITT, op. cit., pág. 89.

norma imperativa, un “crimen internacional”, según la terminología de la época, y más específicamente, un acto de agresión.

Así, aunque el Consejo de Seguridad calificó la situación como un “quebrantamiento de la paz” en el sentido del art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas en su resolución 660 (1990), condenó en la misma resolución la invasión de Kuwait de parte del Iraq, exigió el retiro de sus fuerzas y le impuso a este sanciones en virtud del art. 41 de la Carta<sup>119</sup> y finalmente autorizó el uso de la fuerza con el objetivo de liberar a Kuwait<sup>120</sup>. De su conducta surge, a nuestro entender, que el Consejo trató al Iraq como Estado agresor no obstante no lo haya expresado como tal<sup>121</sup>. A mayor abundamiento, cabe recordar que el art. 3, inc. a) de la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, incluye, como primer ejemplo de acto de agresión a “*La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él*”. Dado que el Consejo de Seguridad declaró que existía una invasión y una ocupación ilícita de Kuwait de parte del Iraq, se puede considerar que implícitamente declaró la existencia de un acto de agresión.

Así, el Iraq fue declarado responsable por los daños directos ocasionados al medio ambiente “resultantes de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”, es decir, como consecuencia de su agresión (una violación grave de una obligación impuesta por una norma imperativa: la prohibición del uso de la fuerza) y no por la violación de normas relativas a la protección del medio ambiente, sean estas del *ius ad bellum*, o del derecho internacional ambiental. Como sostiene Comellas, “*aunque la causa de la responsabilidad iraquí aparece fundada en el derecho internacional, el Consejo en realidad sólo retiene la violación del ius ad bellum al referirse a la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait. Es más, lo que este órgano tiene verdaderamente en cuenta son los da-*

---

<sup>119</sup> A través de las resoluciones 661 (1990) y 670 (1990).

<sup>120</sup> Mediante la resolución 678 (1990).

<sup>121</sup> El Consejo de Seguridad condenó al Iraq en su resolución 665 (1990) por sus «actos de agresión» contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, pero no se puede entender dicha expresión como un acto de determinación en virtud del art. 39 de la Carta.

ños y perjuicios ocasionados por dicha violación, y no la violación en sí misma. La formulación del citado párrafo 16 deja por tanto de lado la cuestión del respeto del *ius in bello*, pues Iraq debe responder en principio de todos los daños causados, independientemente de que fueran –o no– resultado de una violación del Derecho internacional de los conflictos armados: los únicos factores que deben determinarse en cada caso son el daño sufrido por el reclamante y la conexión causal entre el daño y la invasión y ocupación de Kuwait”<sup>122</sup>. La misma autora comparte nuestra opinión respecto de la responsabilidad del Iraq como agresor al concluir que el régimen de responsabilidad internacional aplicado por el Consejo de Seguridad “está fundado en el principio de que el Estado agresor debe reparar los daños causados por la agresión, independientemente de la violación específica de cualquier otra norma del Derecho internacional”<sup>123</sup>.

De esa forma, creemos que el caso sirve de ejemplo de la responsabilidad internacional del agresor por los daños causados al medio ambiente como consecuencia de su crimen internacional, con independencia de la violación o no de las normas relativas a la protección ambiental. Por lo tanto, la responsabilidad ambiental en caso de conflicto armado puede derivar no solo de violaciones al derecho internacional del medio ambiente o al *ius in bello*, sino también de violaciones (graves, al menos) del *ius ad bellum*.

Nuestra interpretación parece confirmarse por lo resuelto por la Comisión de Reclamaciones Etiopía-Eritrea. La misma, si bien declaró que Eritrea había violado el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas al atacar el territorio de Etiopía<sup>124</sup>, aclaró que su decisión no implicaba reconocer que Eritrea había iniciado una guerra de agresión que generara una extensa responsabilidad financiera como reclamaba Etiopía<sup>125</sup>. Así, y te-

---

<sup>122</sup> María Teresa COMELLAS AGUIRREZÁBAL, *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 122.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pág. 126.

<sup>124</sup> ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005, pág. 11.

<sup>125</sup> ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Decision N° 7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007, párt. 5.

niendo en cuenta que Etiopía invocaba el precedente de la resolución 687 (1991) y desarrollos ulteriores a su favor, la Comisión analizó las diferencias entre ambas situaciones y el accionar del Consejo de Seguridad en las mismas, para concluir: “*El Consejo de Seguridad –un órgano dotado de grandes poderes y responsabilidad por la Carta– hizo juicios relativos a la invasión y completa ocupación de Kuwait que no hizo en el caso del uso ilícito de la fuerza de Eritrea contra Etiopía. [...] La Comisión concluyó que tenía jurisdicción para decidir el reclamo de Etiopía de que Eritrea había violado el ius ad bellum. Tomó una decisión específica respecto de esa violación en el sentido de que la misma no implicaba que Eritrea hubiera iniciado una guerra de agresión, hubiera ocupado grandes partes de Etiopía, o se hubiera implicado de otra manera en la forma de manifiesta ilegalidad que el Consejo de Seguridad identificó en el caso de la invasión y ocupación de Kuwait*”<sup>126</sup>. Pese a ello, reconoció que Etiopía tenía derecho a reclamar por los daños derivados de la violación del *ius ad bellum* de parte de Eritrea, sujetos a la decisión final de la Comisión. Etiopía incluyó entre los daños reclamados el daño al medio ambiente y a los recursos naturales, que la Comisión rechazó por falta de pruebas y de determinación precisa de los mismos<sup>127</sup>. Aunque la Comisión no lo indicó de forma explícita, si tenemos en cuenta que en el mismo laudo insistió en que la violación del *ius ad bellum* de Eritrea era diferente en magnitud a una guerra de agresión<sup>128</sup>, resulta claro que la responsabilidad en este caso es mucho más limitada, y podría no alcanzar al daño ambiental.

#### *IV.2. Los daños ambientales resarcibles*

La práctica de la Comisión es rica en materia de cuáles son los daños al medio ambiente de los que es responsable el Iraq y cómo deben ser reparados. Así, el párrafo 35 de la decisión 7 del Consejo de Administración dispuso que “*los daños directos causados al medio ambiente y*

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, párr. 32.

<sup>127</sup> ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Final Award, Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, párr. 425.

<sup>128</sup> *Ibidem*, párr. 312.

*por la explotación abusiva de recursos naturales comprenderán todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de: a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales; b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente; c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente; d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales”<sup>129</sup>.*

En el transcurso de los procedimientos ante los Grupos de Comisionados, el Iraq efectuó diferentes planteos que resultan de interés para nuestro análisis.

Así, según el Iraq, la referencia en la resolución 687 (1991) al derecho internacional significa que el Grupo de Comisionados “*debe observar las normas aplicables del derecho internacional para determinar si cualquier daño o pérdida ambiental supuestamente causado por la ‘invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq’ da lugar a indemnización*”<sup>130</sup>. El Iraq sostuvo que “*los daños resultantes de la invasión y ocupación de Kuwait no son resarcibles salvo si alcanzan el ‘umbral’ generalmente aceptado en derecho internacional para la indemnización en los casos de responsabilidad del Estado por daños ambientales transfronterizos. [...] (E)l umbral aplicable es que el*

---

<sup>129</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD. *Criterios para categorías adicionales de reclamaciones. Decisión del Consejo de Administración*. Documento S/AC.26/1991/ 7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1991, párr. 35.

<sup>130</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones «F4»*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003, párr. 33.

*daño debe ser por lo menos ‘significativo’ y no debe concederse ninguna indemnización por los daños que no llegan a ese umbral”*<sup>131</sup>. Recordando las fuentes del derecho aplicable, el Grupo sostuvo que, además de la resolución 687 (1991) y demás resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, los criterios y decisiones pertinentes del Consejo de Administración de la Comisión, pueden aplicarse, de ser necesario, “otras normas pertinentes de derecho internacional”, pero a su juicio, “*esto significa que la aplicación de ‘otras normas pertinentes de derecho internacional’ es necesaria cuando las resoluciones del Consejo de Seguridad y las decisiones del Consejo de Administración no proporcionan orientación suficiente para el examen de una reclamación en particular*”<sup>132</sup>. Así, concluyó que las mismas sí proporcionaban orientación suficiente, y que las cuestiones fundamentales eran: “*a) si los daños ambientales por los que se pide indemnización resultaron directamente de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq; b) si las medidas ya adoptadas por un reclamante para reparar los daños ambientales fueron ‘razonables’; y c) si las medidas que se propone adoptar un reclamante pueden considerarse medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente*”<sup>133</sup>. Es interesante cómo el Grupo se negó a aplicar conceptos del derecho ambiental como el “daño significativo”, limitando su competencia a la resolución 687 (1991) y las decisiones del Consejo de Administración.

De todos modos, al examinar si las medidas de rehabilitación son razonables, el Grupo consideró que es apropiado tener en cuenta la magnitud de los daños causados. Pero que no es el único factor que debe considerarse: “*Existen otros factores, como la ubicación y el carácter de los daños y sus efectos reales o posibles en el medio ambiente, que también puede ser pertinente examinar. Por ejemplo, cuando los daños que de otra manera podrían definirse como ‘insignificantes’ se han producido en una zona de sensibilidad ecológica especial, o cuando los daños, sumados a otros factores, representan un peligro*

---

<sup>131</sup> *Idem.*

<sup>132</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 35.



*de perjuicios adicionales o más graves al medio ambiente, puede justificarse la adopción de medidas de rehabilitación para prevenir o reducir al mínimo los posibles daños adicionales*”<sup>134</sup>.

El Iraq también sostuvo que parte de los daños que se reclamaban derivaban de otros factores diferentes a la invasión y ocupación. El Grupo observó que *“naturalmente, el Iraq no es responsable por los daños que no tengan relación con la invasión y ocupación de Kuwait ni por las pérdidas o gastos que no sean el resultado directo de la invasión y ocupación. Sin embargo, no podrá eximirse de responsabilidad al Iraq por las pérdidas o los daños que sean resultado directo de la invasión y ocupación sencillamente porque otros factores podrían haber contribuido a dichas pérdidas o daños. La determinación de si los daños o las pérdidas en relación con el medio ambiente por los que se pide indemnización fueron o no resultado directo de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq dependerá de las pruebas presentadas en relación con cada pérdida o daño en particular*”<sup>135</sup>. Al respecto, también agregó: *“Cuando, sobre la base de las pruebas presentadas, el Grupo estima que los daños fueron el resultado de causas totalmente ajenas a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq, no se recomienda ninguna indemnización por esos daños o pérdidas. Cuando las pruebas indican que los daños fueron un resultado directo de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq, pero que otros factores contribuyeron a los daños por los que se pide indemnización, se toma debidamente en cuenta en qué grado han contribuido esos otros factores para determinar la cuantía de la indemnización que es apropiada para la parte de los daños que puedan atribuirse directamente a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq*”<sup>136</sup>. Los daños resarcibles, entonces, son

---

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 36.

<sup>135</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones «F4»*, Documento S/AC.26/2002/26, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, párr. 25.

<sup>136</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones «F4»*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003, párr. 39.

aquellos que tengan relación y sean resultado directo de la invasión y la ocupación de Kuwait.

El Iraq también sostuvo que la no adopción por un reclamante de las medidas razonables y oportunas para mitigar los daños resultantes de la invasión y ocupación de Kuwait equivale a culpa concurrente y justifica el rechazo de la reclamación de indemnización o una reducción correspondiente de la indemnización que se otorga al reclamante. Al respecto, el Grupo sostuvo: *“que cada reclamante tiene el deber de mitigar los daños ambientales en la medida que sea posible y razonable en vista de las circunstancias. En efecto, en opinión del Grupo, ese deber es una consecuencia necesaria de la preocupación común por la protección y conservación del medio ambiente, y entraña obligaciones hacia la comunidad internacional y las generaciones futuras. El deber de mitigar los daños supone tanto la obligación positiva de adoptar las medidas apropiadas en respuesta a una situación que representa una clara amenaza de daño ambiental como el deber de velar por que cualquier medida que se adopte no agrave los daños ya causados o aumente el riesgo de daños futuros. Así pues, si un reclamante no adopta las medidas razonables frente a una situación que constituye una clara amenaza de daño ambiental, su omisión puede constituir incumplimiento del deber de atenuar los daños y podría constituir una razón que justifique el no otorgamiento en todo o en parte, de indemnización”*<sup>137</sup>. La opinión del Grupo es muy interesante, porque no obstante no aplicar otras normas de derecho internacional, reconoce la existencia de un deber de mitigar el daño ambiental, como una obligación positiva de los Estados fundada en la preocupación por la protección y conservación del medio ambiente.

El Grupo también se refirió a los objetivos de las medidas de rehabilitación: *“restaurar el medio ambiente o recurso dañado para que vuelva a estar en las condiciones en que habría estado si no se hubiese producido la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. La aplicación de este principio a una reclamación en particular exige que se tengan en cuenta distintas consideraciones, entre ellas, la ubicación del medio ambiente o recurso dañado y sus usos reales o*

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, párr. 42.

*posibles; el carácter y la magnitud de los daños; la posibilidad de daños futuros; la viabilidad de las medidas de rehabilitación propuestas, y la necesidad de evitar daños colaterales durante la aplicación de las medidas propuestas y posteriormente*"<sup>138</sup>.

Tal conclusión lleva al Grupo a sostener que *"las medidas de rehabilitación de los recursos dañados deben centrarse en la reparación primaria, que se refiere al restablecimiento del funcionamiento ecológico. Por consiguiente, las medidas de reparación compensatoria sólo deberán considerarse cuando existan pruebas suficientes de que la reparación primaria no compensará plenamente ninguna de las pérdidas declaradas"*<sup>139</sup>. Es decir, que las indemnizaciones deben estar orientadas en primer lugar a la adopción de medidas para la rehabilitación del medio ambiente, y solo en caso en que no se pueda reparar de esta manera, procederá una indemnización compensatoria.

También es importante señalar que el Grupo consideró *"que una pérdida debida al agotamiento o el perjuicio de recursos naturales, incluidos los que no tienen valor comercial, es, en principio, resarcible de conformidad con la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad y la decisión 7 del Consejo de Administración, siempre y cuando dicha pérdida fuera consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. De ello se desprende, pues, que la pérdida temporal del uso de tales recursos es resarcible si se demuestra que fue consecuencia directa de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq"*<sup>140</sup>. El puro daño ecológico a los recursos, sin valor comercial, también es resarcible para la Comisión.

Aunque, como dijimos, este es por ahora el único precedente de responsabilidad ambiental por conflicto armado, no hay que perder de vista que la República Democrática del Congo ha solicitado a la Corte Internacional de Justicia la reapertura de los procedimientos en el caso de las

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 47.

<sup>139</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones «F4»*, Documento S/AC.26/2005/10, Naciones Unidas, Ginebra, 2005, párr. 82.

<sup>140</sup> *Ibidem*, párr. 57.

*Actividades armadas en el Territorio del Congo*, a los fines de determinar el monto de la reparación debida por Uganda<sup>141</sup>, y considerando que en su fallo de 2005 la Corte determinó que Uganda era responsable, *inter alia*, de la violación del principio de la prohibición del uso de la fuerza, y de actos de pillaje y explotación de los recursos naturales del Congo<sup>142</sup>, es probable que el daño ambiental y a los recursos naturales forme parte de la demanda congoleña, por lo que la resolución definitiva de la Corte será muy interesante.

## V. Consideraciones finales

El breve repaso de normas, jurisprudencia y doctrina que antecede nos permite afirmar que los Estados –y, en determinados casos, los individuos– pueden ser declarados responsables por violaciones de las obligaciones que les imponen las normas que protegen al medio ambiente en caso de conflicto armado, tanto las del derecho internacional humanitario, como las del derecho internacional ambiental. Consideramos que no impiden esta conclusión las dificultades que surgen acerca de los contornos precisos de dichas obligaciones, ni la carencia de práctica internacional al respecto. Ello solo ratifica la necesidad de seguir estudiando el tema, en el que los aportes del Comité Internacional de la Cruz Roja resultan de particular interés, y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional son de fundamental importancia.

Asimismo, la violación de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano en caso de conflicto armado, que incluye la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares y el ataque dirigido al medio ambiente como tal sin justificación en la ventaja militar constituye un “crimen internacional” o “violación grave de una obligación que impone una norma imperativa”, generando, además las consecuencias de todos los hechos ilícitos, las consecuencias particulares previstas para esta clase de actos.

---

<sup>141</sup> CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Providencia de 1 de julio de 2015.

<sup>142</sup> CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pág. 168, párr. 345.

Al mismo tiempo, el desarrollo actual del derecho internacional no parece imponer una obligación general de responder por los daños ambientales causados por un conflicto armado, sin que exista violación de obligaciones internacionales. No obstante, la práctica internacional sí revela la obligación de reparar el daño ambiental derivado de una violación grave de la prohibición del uso de la fuerza, en lo que nosotros consideramos una consecuencia particular de la agresión, derivada de su gravedad.

En definitiva, existe una responsabilidad internacional ambiental en casos de conflicto armado. Su invocación y aplicación efectiva requiere, no obstante, un mayor desarrollo y estudio por parte de la comunidad internacional, si se reconoce que “*la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se han convertido en meta imperiosa de la humanidad*”<sup>143</sup> y aun se pretende “*preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra*”<sup>144</sup>.

## VI. Bibliografía

### *Jurisprudencia y documentos de las Naciones Unidas*

- ASAMBLEA GENERAL. *Informe de la Conferencia del Comité de Desarme*, Vol. I, Documento A/31/27(Vol. I), Naciones Unidas, Nueva York, 1976.
- CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977.
- CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1994.
- CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2002.
- CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*. Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 2007.
- CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre 67º período de sesiones*. Documento A/70/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

---

<sup>143</sup> De la Declaración de Estocolmo (NACIONES UNIDAS: *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, cit., pág. 1).

<sup>144</sup> Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo.

- CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 58° período de sesiones*. Documento A/61/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2006.
- CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 63° período de sesiones*, Documento A/66/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2011.
- CDI. *Informe preliminar sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/674, Naciones Unidas, Nueva York, 2014.
- CDI. *Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*. Documento A/CN.4/685, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.
- CIJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 226.
- CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Providencia de 1 de julio de 2015.
- CIJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pág. 168.
- CIJ. *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I. J. Recueil 1995, pág. 288.
- CIJ. *Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C. J. Reports 1997*, pág. 7.
- CONSEJO DE SEGURIDAD. *Criterios para categorías adicionales de reclamaciones. Decisión del Consejo de Administración*. Documento S/AC.26/1991/7/Rev.1, Naciones Unidas, Ginebra, 1991.
- CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2003/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2003.
- CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2002/26, Naciones Unidas, Ginebra, 2002.
- CONSEJO DE SEGURIDAD. *Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones "F4"*, Documento S/AC.26/2005/10, Naciones Unidas, Ginebra, 2005.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Decision N° 7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Final Award, Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009.
- ERITREA ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION. *Partial Award, Jus Ad Bellum*, 19 de diciembre de 2005.

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Documento A/CONF.48/14/Rev.1, Nueva York, 1973.

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Vol. I, Documento A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Nueva York, 1993.

*Trail smelter case (United States, Canada)*, Laudos de 16 abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, *RIAA*, Vol. III, págs. 1905-1982.

### *Doctrina*

AMBOS, Kai, *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BARBOZA, Julio, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional*. Buenos Aires, Zavalía, 2006.

BIRNIE, Patricia, BOYLE, Alan, REDGEWELL, Catherine, *International Law and the Environment*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

BOTHE, Michael *et al.* “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *International Review of the Red Cross*, N° 879 (septiembre de 2010), págs. 321-346.

CAMERON, James, ABOUCHAR, Juli, “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 14, N° 1 (1991), págs. 1-27.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa. *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed. Madrid, Tecnos, 2007.

DÖRMANN, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Dir.), *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner Editora, 2008.

—, “El daño deliberado y substancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos* N° 78, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, págs. 265-296.

- , “Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Universidad Nacional de Córdoba, vol. IX (2006), págs. 245-265.
- GARCÍA ELORRIO, Magdalena, “La privatización de las reclamaciones internacionales por daño transfronterizo ambiental: ¿Incipiente tendencia en la contaminación del Rin?”, *RECORDIP*, vol. 2, Nº 2 (2012).
- GAUGER, Anja *et al.* *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, The Ecocide Project, 2013, disponible en: [http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](http://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf).
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage*, disponible en: [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997\\_str\\_03\\_en.PDF](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF).
- MCINTYRE, Owen, MOSEDALE, Thomas, “The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law”, *Journal of Environmental Law*, vol. 9 (1997), pág. 221.
- ROBERTS, Adam, “The law of war and environmental damage”, en Austin, Jay E., Bruch, Carl E. (Ed.). *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1987.
- SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHMITT, Michael N., “War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape”, en Austin, Jay E., Bruch, Carl E. (Ed.). *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 87-136.
- SERVI, Aldo, “Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional”, *Relaciones Internacionales* Nº 19 (2000), págs. 133-150.
- VÖNEKY, Silja, “Peacetime environmental law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war”, en Austin, Jay E., Bruch, Carl E. (Ed.). *The environmental consequences of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 190-225.



**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR DAÑOS AL  
MEDIOAMBIENTE MARINO: EL CASO DE LA PESCA  
ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA  
(INDNR)\***

***STATE RESPONSIBILITY FOR MARINE ENVIRONMENT  
DAMAGE: THE CASE OF ILLEGAL, UNREPARTED AND  
UNREGULATED FISHING (IUU)***

María Alejandra STICCA\*\*

**Resumen:** En este artículo nos proponemos reflexionar acerca de la responsabilidad por daños al medioambiente marino de los Estados del pabellón del barco pesquero y de los Estados rectores de los puertos como consecuencia de las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, en adelante INDNR. Este tema se enmarca en lo que se ha denominado “pesca responsable”<sup>1</sup>. Referimos también a la opinión consultiva emanada del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) sobre pesca INDNR en Zona Económica Exclusiva.

**Palabras-clave:** pesca ilegal, no declarada y no reglamentada - responsabilidad estatal - estado del pabellón - opinión consultiva - Tribunal Internacional Derecho del Mar.

**Abstract:** In this article we reflect on liability for damage to the marine environment of the flag State of a fishing vessel of and the responsibility of the

---

\* Trabajo recibido para su publicación el 13 de junio de 2016 y aprobado el 30 del mismo mes y año.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magister en Cooperación Internacional al Derecho. Abogada. Licenciada en Relaciones Internacionales. Profesora de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco. Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Email: alesticca@gmail.com

<sup>1</sup> FAO (1995) Código de Conducta para la pesca responsable. Obtenible en <http://www.fao.org/3/a-v9878s.pdf>

leading States of the ports as a result of the activities of illegal, unreported and unregulated fishing, hereinafter IUU. This topic is part of what has been called “responsible fishing”. We also refer to the advisory opinion issued by the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) on IUU fishing in the Exclusive Economic Zone.

**Keywords:** Illegal - Unreported and unregulated fishing (IUU) - State responsibility - Flag state - UNCLOS advisory opinion.

**Sumario:** I. Introducción. II. Responsabilidad de los Estados del pabellón. III. Responsabilidades de los Estados rectores del puerto. IV. Consideraciones sobre la Opinión Consultiva del TIDM sobre Pesca INDNR realizada en la Zona Económica Exclusiva de un tercer Estado.

## I. Introducción

Nos proponemos reflexionar acerca de la responsabilidad por daños al medioambiente marino de los Estados del pabellón del barco pesquero y de los Estados rectores de los puertos como consecuencia de las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, en adelante INDNR. Este tema se enmarca en lo que se ha denominado “pesca responsable”.

Al detenernos en las responsabilidades derivadas de la pesca INDNR, nos ubicamos en el ámbito de la responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito, atento que dichos Estados han asumido diversas obligaciones internacionales a fin de eliminar la pesca ilegal. Cabe señalar que, si bien los Estados ribereños también cumplen un rol central en el combate a la pesca INDNR, este tópico no será abordado en este trabajo.

La importancia del tema objeto de este artículo radica en que la pesca constituye una fuente importante de alimentos, empleo e ingresos para la población de todo el mundo. Es un tema que viene llamando la atención de la comunidad internacional desde hace años, lo cual se patentiza en las labores desarrolladas por ejemplo en el ámbito de la FAO.

La pesca INDNR afecta todos los esfuerzos por lograr la conservación y ordenación de poblaciones de peces y perjudica grandemente el equilibrio ecológico del medio marino. Desafortunadamente, todos los instrumentos internacionales aprobados hasta la fecha y todas las acciones emprendidas por los distintos actores involucrados no han podido poner coto a esta actividad tan perjudicial.

Es importante tener en cuenta que la actividad de pesca INDNR no es llevada a cabo por los mismos Estados, sino por personas físicas o jurídicas en ámbitos bajo el control o jurisdicción de los Estados.

Tomamos del *Plan de Acción Internacional para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada* (PAI-INDNR), aprobado en 2001 por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) el concepto de Pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. El Plan de Acción es un instrumento voluntario, en el marco del Código de Conducta para la Pesca Responsable, aprobado atendiendo a una petición formulada en el 23º período de sesiones del Comité de Pesca (COFI).

*“1. Por PESCA ILEGAL se entiende las actividades pesqueras:*

*1.1. realizadas por embarcaciones nacionales o extranjeras en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste, o contraviniendo sus leyes y reglamentos;*

*1.2. realizadas por embarcaciones que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o*

*1.3. en violación de leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente.*

*2 Por PESCA NO DECLARADA se entiende las actividades pesqueras:*

*2.1. que no han sido declaradas, o han sido declaradas de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de leyes y reglamentos nacionales; o*

*2.2. llevadas a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no han sido declaradas o han sido declaradas de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización.*

*3. Por Pesca No Reglamentada se entiende las actividades pesqueras:*

3.1. *en la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente que son realizadas por embarcaciones sin nacionalidad, o por embarcaciones que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o*

3.2. *en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que dichas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades relativas a la conservación de los recursos marinos vivos que incumben al Estado en virtud del derecho internacional<sup>2</sup>.*

## II. Responsabilidad de los Estados del pabellón

En el marco de la FAO el Comité de Pesca (COFI), en junio de 2014, aprobó las “*Directrices voluntarias para la actuación del Estado del pabellón*” destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR mediante el desempeño efectivo de las responsabilidades del Estado del pabellón.

Estas directrices voluntarias establecen una serie de medidas que los Estados pueden adoptar para que los buques registrados bajo sus banderas no se dediquen a la pesca INDNR, ello incluye medidas de seguimiento, control y vigilancia. También se promueve el intercambio de información y la cooperación entre los países para que los estados del pabellón estén en condiciones de negarse a registrar buques que cambian de bandera tratando de registrarse con otro estado del pabellón, o de rechazar los barcos de los que hay información sobre sus actividades de pesca ilegal. Las Directrices también contienen recomendaciones para que los países fomenten el cumplimiento y tomen medidas en caso de incumplimiento por parte de los barcos, así como para mejorar la cooperación internacional con el fin de ayudar a los países en desarrollo a cumplir con sus responsabilidades de Estado rector del pabellón.

---

<sup>2</sup> Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. FAO, Roma 2001.

Los Estados del pabellón tiene la responsabilidad primordial de controlar las actividades pesqueras de sus barcos, tanto pesqueros como de apoyo a la pesca (tales como los de transporte que reciben las capturas de los pesqueros y los de suministro que los abastecen de combustible y provisiones). Para ayudar a los estados del pabellón a reforzar el control de sus barcos pesqueros, el PAI-INDNR ofrece una amplia gama de instrumentos. Se requiere de voluntad política para que dichos instrumentos realmente funcionen.

Los Estados antes de matricular un barco pesquero y autorizarlo a usar su pabellón, debieran asegurarse que tiene la capacidad para controlar sus actividades. Se alienta a los Estados a que exijan la matriculación de todos los barcos pesqueros, sin importar el porte que tengan, y también a incluirlos en su registro de barcos pesqueros<sup>34</sup>. Es importante que el Estado antes de autorizar un barco analice el historial del mismo, esto es si se ha dedicado a pesca INDNR, si ha cambiado de matrícula con frecuencia, ello a los fines de evitar que continúe con esas prácticas contrarias a derecho.

Por otra parte, los estados del pabellón deberán prohibir a sus barcos faenar en cualquier zona oceánica si no reciben la autorización expresa del gobierno para hacerlo. El estado del pabellón deberá conceder tales

---

<sup>3</sup> Cada Estado debería llevar un registro de barcos pesqueros en el que se especifique: nombre del barco pesquero, número de matrícula, nombres anteriores (si se conocen) y puerto de matriculación; pabellón anterior (si lo hubiere); señal de radiollamada internacional (si la tuviere); lugar y fecha de construcción; tipo de barco; tipo de método o métodos de pesca; tonelaje de registro bruto; potencia del motor o motores principales; eslora; frontal de trazado; manga; cuando proceda, una fotografía que muestre el perfil lateral del barco tomada en el momento de la matriculación o después de cualquier cambio estructural reciente; nombre, dirección y nacionalidad de la persona, personas o compañía a cuyo nombre está matriculado el barco; nombre, dirección y nacionalidad de la persona, personas o compañía responsables de la gestión de las operaciones del barco; nombre, dirección y nacionalidad de la persona, personas o compañía que tienen la propiedad efectiva del barco, e historial de la propiedad del barco y, cuando se conozca, historial de cualquier actividad de pesca INDNR realizada por el barco.

<sup>4</sup> Sobre nacionalidad de los buques debemos tener en cuenta el art. 91 de la CONVEMAR y la Convención de Naciones Unidas sobre condiciones de inscripción de los buques de 1986. También el caso M/V Saiga resuelto por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en cuyo fallo de fecha 01/07/1999 señaló que la determinación de los criterios y procedimientos para otorgar la nacionalidad son cuestiones de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón y que se regulan por su derecho interno.

autorizaciones sólo a los barcos debidamente matriculados en su territorio, incluidos en el registro de barcos pesqueros y que hayan aceptado pescar según las condiciones acordadas en cuanto *i.a.* a especies a capturarse, artes de la pesca a utilizarse.

### III. Responsabilidades de los Estados rectores del puerto

El *Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca*<sup>5</sup> adoptado en Roma el 22 de noviembre de 2009, define el puerto en su art. 1.g) como “todos los terminales costa afuera y otras instalaciones para el desembarque, transbordo, empaquetado, procesamiento, repostaje o reabastecimiento”.

Este acuerdo establece un conjunto mínimo de medidas que los Estados rectores deben aplicar cuando embarcaciones extranjeras pretenden ingresar a sus puertos o cuando ya se encuentran en ellos.

El tratado entró en vigor el 5 de junio de 2016, conforme lo dispuesto por su artículo 29, que establece que el acuerdo entrará en vigor a los 30 días del depósito del vigesimoquinto instrumento de ratificación o adhesión. El acuerdo prohíbe las reservas, no así las declaraciones, tal como lo ha hecho Chile<sup>6</sup>.

El objetivo del Acuerdo es “prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR mediante la aplicación de medidas eficaces del Estado rector del puerto, garantizando así el uso sostenible y la conservación a largo plazo de los recursos marinos vivos y los ecosistemas marinos”.

Resulta sumamente importante que los Estados rectores de los puertos se comprometan en combatir la pesca ilegal, atento que quienes practican la pesca INDNR tienen que llevar sus capturas a puerto para desembarcarlas o transbordarlas, en definitiva, para comercializarlas. Algunos países permiten que se utilicen sus puertos para esta finalidad. En cambio, otros estados, por sí solos o en cooperación con otros, han empe-

---

<sup>5</sup> Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada: antecedentes y guía de aplicación FAO, Circular de Pesca y Acuicultura N° 1074 FIPI/C1074 (Es) <http://www.fao.org/3/a-i2590s.pdf>

<sup>6</sup> Consultar en [http://www.fao.org/fileadmin/user\\_upload/legal/docs/037s-s.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/037s-s.pdf)

zado a limitar y regular el acceso a sus puertos con el fin de controlar la pesca INDNR.

Cabe señalar que todo Estado goza de plena soberanía sobre sus puertos, por lo que puede tomar algunas de las siguientes medidas:

- negar a barcos extranjeros el acceso a sus puertos (salvo en casos de emergencia o dificultad);
- prohibir a barcos extranjeros desembarcar o trasbordar pescado en sus puertos;
- exigir a los barcos que pidan acceso al puerto que faciliten información sobre su identidad y actividades pesqueras, e
- inspeccionar los barcos que se hallan voluntariamente en sus puertos.
- los países deberían obligar a los barcos pesqueros extranjeros que pidan permiso para entrar en sus puertos a que proporcionen:
- la notificación de su entrada en el puerto con una antelación razonable;
- una copia de su autorización para pescar;
- detalles del viaje de pesca, e
- información sobre las cantidades de pescado a bordo.

El estado del puerto debería exigir también a otros barcos extranjeros dedicados a actividades relacionadas con la pesca, como los barcos de transporte, que faciliten información análoga antes de su entrada en el puerto.

Un país debería conceder el acceso a sus puertos a los barcos pesqueros extranjeros solamente cuando pueda realizar inspecciones para verificar la naturaleza de las actividades pesqueras del barco. Durante tales inspecciones, el estado del puerto debería recoger información, que debería facilitarla al estado del pabellón y a cualquier organización pesquera internacional competente.

Hay que recordar que el acuerdo establece un mínimo, por ello los Estados en ejercicio de su soberanía sobre los puertos pueden adoptar medidas más estrictas en conformidad con el derecho internacional.

Mediante la aplicación de determinados procedimientos puede verificar que dichas embarcaciones no hayan practicado pesca INDNR, además de otras medidas de inspección y cumplimiento, dicho Estado podría

bloquear el acceso del pescado capturado en prácticas de pesca INDNR a mercados nacionales e internacionales. Estas medidas podrían resultar sumamente efectivas a la hora de combatir la pesca INDNR, ya que la colocación en el mercado es el objetivo que se persigue, si no se puede alcanzar ya no tiene razón de ser la actividad.

La aplicación eficaz del Acuerdo requiere de un fuerte compromiso de los Estados y de sólidos medios jurídicos e institucionales. A fin de facilitar la participación de los Estados en desarrollo se establecieron mecanismos de financiación y asistencia.

#### **IV. Consideraciones sobre la Opinión Consultiva del TIDM sobre Pesca INDNR realizada en la Zona Económica Exclusiva de un tercer Estado**

Sobre las responsabilidades del Estado del pabellón tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Internacional de Derecho del Mar. El 2 de abril de 2015 emitió una opinión consultiva sobre la pesca INDNR<sup>7</sup>, solicitado el 28 de marzo de 2013 por la Comisión Subregional de Pesca, en adelante (SRFC) (organización regional de pesca africana integrada por Cabo Verde, Gambia, Guinea, G. Bissau, Mauritania, Senegal y Sierra Leona).

Dicha opinión consultiva se formuló en el marco de la *Convención sobre la determinación de las condiciones mínimas de acceso y explotación de recursos marinos en áreas marinas bajo la jurisdicción de los Estados Miembros de la Comisión Subregional de Pesca* (hecha en Dakar el 8/6/2012). Esta Convención en su art. 33 establece que “la Conferencia de Ministros de la SRFC puede autorizar a la Secretaría permanente de la SRFC a solicitar una Opinión Consultiva ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar”.

Por otra parte, el Estatuto del TIDM, en su art. 21 dispone “La competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que le confiera competencia al Tribunal”.

---

<sup>7</sup> [www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.21/advisory\\_opinion/C21\\_AdvOp\\_02.04.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion/C21_AdvOp_02.04.pdf)



Por lo antes expresado, la SRFC presentó su solicitud al Tribunal para una consulta de opinión sobre las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las obligaciones del Estado de Abanderamiento en los casos de pesca ilegal, no declarada y no reguladas (INDNR en español –IUU en inglés) que se llevan a cabo dentro de la exclusiva Zona Económica Exclusiva de Terceros Estados?
2. ¿Hasta qué punto el Estado del pabellón es responsable de las actividades de pesca INDNR realizadas por embarcaciones que navegan bajo su bandera?
3. Cuando una licencia de pesca se extiende a un buque en el marco de un acuerdo internacional con el Estado del pabellón o con un organismo internacional, ¿serán dichos Estados u organismo internacionales responsables si existiera violación de la legislación pesquera del Estado ribereño por el buque en cuestión?
4. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones del Estado ribereño para garantizar la gestión sostenible de las poblaciones y las poblaciones de interés común compartido, especialmente las pequeñas especies pelágicas y el atún?

En su opinión consultiva, el Tribunal<sup>8</sup> decidió por unanimidad que era competente para emitir la opinión consultiva solicitada y que su competencia se limitaba a las ZEE (Zonas Económicas Exclusivas) de los Estados miembros de la SRFC. Por lo tanto, se decide en votación por 19 votos a favor, responder a las preguntas de la SRFC.

A continuación presentamos las respuestas 1 y 2 al cuestionario planteado por el SRFC, omitimos la respuesta a la pregunta 3 por referirse a la responsabilidad de las organizaciones internacionales y la respuesta a la pregunta 4 por no ser tema objeto de nuestra consideración en este trabajo.

Por unanimidad *la respuesta a la primera pregunta:*

El Estado de abanderamiento/ del pabellón tiene la obligación de tomar las medidas necesarias, incluidas las ejecutivas, para garantizar el

---

<sup>8</sup> Integrado por: President Yanai; Vice-President Hoffmann; Judges Nelson, Chandrasekhara Rao, Akl, Wolfrum, Ndiaye, Jesus, Cot, Lucky, Pawlak, Türk, Kateka, Gao, Bouguetaia, Golitsyn, Paik, Kelly, Attard, Kulyk.

cumplimiento de las leyes y reglamentos promulgados por los Estados miembros de la SRFC en relación con la conservación y gestión de los recursos vivos marinos dentro de sus ZEE, por parte de buques que enarbolan su pabellón.

Dentro de las ZEE de los miembros de la SRFC dicho Estado tiene la obligación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58, el apartado 3, el artículo 62, apartado 4, y el artículo 192 de la Convención, para adoptar las medidas que garanticen que los buques bajo su bandera no se dediquen a actividades de pesca INDNR-IUU definida en el Convenio MCA.

El Estado del pabellón, en cumplimiento de su obligación de ejercer efectivamente la jurisdicción y en los aspectos administrativos en virtud del artículo 94 de la Convención, tiene la obligación de adoptar las medidas administrativas necesarias para garantizar que los buques pesqueros que enarbolan su pabellón no están involucrados en actividades en las zonas económicas exclusivas de los Estados miembros de la SRFC que socaven la responsabilidad de dicho Estado en el cumplimiento de la Convención para la protección y preservación del medio marino y la conservación de la vida marina.

Las obligaciones anteriores son obligaciones de la “debida diligencia”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En cuanto al significado de “obligación de diligencia debida”, recordamos lo afirmado por la CIJ “Es una obligación que implica no sólo la adopción de normas apropiadas y medidas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su cumplimiento y el ejercicio del control administrativo aplicable a público y privado operadores, como el seguimiento de las actividades realizadas por tales operadores, para salvaguardar los derechos de la otra parte. Por lo tanto, una parte en el Estatuto de 1975 se dedica a sí se demostró que había dejado de actuar con diligencia y así tomar las medidas adecuadas para hacer cumplir sus reglamentos pertinentes en un operador público o privado, bajo su Jurisdicción”.

“It is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party. The responsibility of a party to the 1975 Statute would therefore be engaged if it was shown that it had failed to act diligently and thus take all appropriate measures to enforce its relevant regulations on a public or private operator under its jurisdiction”.

*(Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay), Sentencia, ICJ Informes 2010, pág. 14, pág. 79).197)*

El Estado del pabellón y los Estados miembros de la SRFC tienen la obligación de cooperar en casos relacionados con la pesca INDNR por parte de sus buques en las ZEE de los miembros de la SRFC.

Dicho Estado en caso de recibir un informe de un Estado miembro SRFC alegando que un buque o buques que enarbolan su pabellón han estado involucrados en casos de INDNR en la ZEE de dicho Estado tiene la obligación de investigar y de corresponder adoptar las medidas necesarias para remediar la situación, informando a dicho Estado SRFC esa acción<sup>10</sup>.

---

La Sala de Controversias de los Fondos Marinos en su Opinión Consultiva señaló que:

“El contenido de las obligaciones de “diligencia debida” no puede fácilmente ser descrito en términos precisos. Entre los factores que hacen que una descripción tan difícil es el hecho de que la “debida diligencia” es un concepto variable. Se puede cambiar con el tiempo como medidas consideradas suficientemente diligente en un momento determinado puede convertirse no lo suficientemente diligente a la luz, por ejemplo, de las nuevas conquistas científicas o conocimiento tecnológico. También puede cambiar en relación con los riesgos involucrados en la actividad. ... La norma de la debida diligencia tiene que ser más severa para las actividades de mayor riesgo”.

“The content of ‘due diligence’ obligations may not easily be described in precise terms. Among the factors that make such a description difficult is the fact that “due diligence” is a variable concept. It may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity. ... The standard of due diligence has to be more severe for the riskier activities”.

*(Responsabilidades y obligaciones de los Estados con respecto a las actividades en el Área, Opinión Consultiva, 1 de febrero de 2011, TIDM Reports 2011, párr. 117).*

<sup>10</sup> “Replies to the first question as follows: The flag State has the obligation to take necessary measures, including those of enforcement, to ensure compliance by vessels flying its flag with the laws and regulations enacted by the SRFC Member States concerning marine living resources within their exclusive economic zones for purposes of conservation and management of these resources. The flag State is under an obligation, in light of the provisions of article 58, paragraph 3, article 62, paragraph 4, and article 192 of the Convention, to take the necessary measures to ensure that vessels flying its flag are not engaged in IUU fishing activities as defined in the MCA Convention within the exclusive economic zones of the SRFC Member States. The flag State, in fulfilment of its obligation to effectively exercise jurisdiction and control in administrative matters under article 94 of the Convention, has the obligation to adopt the necessary administrative measures to

*La respuesta a la segunda pregunta* fue contestada por 18 votos contra 2:

La responsabilidad del Estado de abanderamiento no surge de las acciones de los buques que enarbolan su pabellón por no cumplir con las leyes y regulaciones de los Estados miembros SRFC relativas a actividades de pesca INDNR en sus ZEE, como es la violación de tales leyes y reglamentos, sino de la falta de cumplimiento de su “diligencia debida” a las obligaciones que el Estado de bandera tiene sobre sus pesqueros.

El Estado de bandera no es responsable si ha tomado todas las medidas apropiadas y de debida diligencia para asegurarse la conducta de los barcos de su pabellón<sup>11</sup>.

---

ensure that fishing vessels flying its flag are not involved in activities in the exclusive economic zones of 61 the SRFC Member States which undermine the flag State’s responsibility under article 192 of the Convention for protecting and preserving the marine environment and conserving the marine living resources which are an integral element of the marine environment. The foregoing obligations are obligations of “due diligence”. The flag State and the SRFC Member States are under an obligation to cooperate in cases related to IUU fishing by vessels of the flag State in the exclusive economic zones of the SRFC Member States concerned. The flag State, in cases where it receives a report from an SRFC Member State alleging that a vessel or vessels flying its flag have been involved in IUU fishing within the exclusive economic zone of that SRFC Member State, has the obligation to investigate the matter and, if appropriate, take any action necessary to remedy the situation, and to inform the SRFC Member State of that action.

<sup>11</sup> Replies to the second question as follows: The liability of the flag State does not arise from a failure of vessels flying its flag to comply with the laws and regulations of the SRFC Member States concerning IUU fishing activities in their exclusive economic zones, as the violation of such laws and regulations by vessels is not per se attributable to the flag State. The liability of the flag State arises from its failure to comply with its “due diligence” obligations concerning IUU fishing activities conducted by vessels flying its flag in the exclusive economic zones of the SRFC Member States. The SRFC Member States may hold liable the flag State of a vessel conducting IUU fishing activities in their exclusive economic zones for a breach, attributable to the flag State, of its international obligations, referred to in the reply to the first question. The flag State is not liable if it has taken all necessary and appropriate measures to meet its “due diligence” obligations to ensure that vessels flying its flag do not conduct IUU fishing activities in the exclusive economic zones of the SRFC Member States.

## V. Conclusión

Las obligaciones internacionales asumidas por algunos Estados rectores de los puertos y estados del pabellón constituyen un avance en la lucha contra la pesca INDNR, siempre que a ello se añada el efectivo cumplimiento de esas obligaciones.

Es un paso importante a ser destacado que se reconozca la responsabilidad del Estado del pabellón por las actividades ilícitas desarrolladas por los buques que enarbolan su bandera, ello en pos de la preservación del medioambiente marino.

## Bibliografía

- BECKER, M., Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-regional Fisheries Commission (SRFC). Case N° 21. At <https://www.itlos.org>. International Tribunal for the Law of the Sea, April 2, 2015. *American Journal of International Law*. Vol. 109 N° 4, octubre 2015 Obtenible en <http://vlex.com/vid/convention-on-the-law-642609465>.
- BIRNIE, P. y otros, *International Law and the Environment*, obtenible en <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/10/Patricia-Birnie-Alan-Boyle-Catherine-Redgwell-International-Law-and-the-Environment-Oxford-University-Press-2009.251-274.pdf>
- CASADO RAIGON, R., “El Acuerdo de la FAO de 2009 sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”, en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 326, marzo 2012, págs. 3-14.
- HANDL, G. “Flag State Responsibility for Illegal, Unreported and Unrelated Fishing in Foreign EEZs” (October 8, 2013), *44 Environmental Policy & Law*, 2014, Tulane Public Law Research Paper N° 13-18. Obtenible <http://ssrn.com/abstract=2337772>
- SOBRINO HEREDIA, J. M., “Una nueva manifestación de delincuencia organizada transnacional: las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”, en *Derecho del Mar y sostenibilidad en el Mediterráneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.



## INDICE

|  |  |
|--|--|
| Palabras preliminares .....  |  |
| La responsabilidad ambiental en el nuevo orden jurídico ambiental de Argentina<br><i>Marta Susana Juliá, María Laura Foradori,<br/>María Eugenia Pérez Cubero</i> .....                |  |
| Responsabilidad de las provincias por daño ambiental transfronterizo:<br>Nuevas tendencias<br><i>Marta Susana Sartori</i> .....  |  |
| Notas sobre la Responsabilidad del Estado en la gestión de aguas interjurisdiccionales (Caudal ambiental como parte de la obligación de recomponer)<br><i>Cristina del Campo</i> ..... |  |
| Responsabilidad por daños causados con residuos peligrosos: Coexistencia del régimen de responsabilidad de las Leyes 24.051 y 25.612<br><i>Adriana Listoffsky</i> .....                |  |
| Responsabilidad internacional por el daño a los océanos y mares proveniente de la atmósfera y el cambio climático<br><i>Zlata Drnas de Clément</i> .....                               |  |
| Principio “el que contamina paga”<br><i>María Cristina Rodríguez de Taborda</i> .....  |  |

Desafíos de la responsabilidad ambiental: Necesidad de una tutela anticipada y preventiva

*Georgina Daroni*

Desafíos de la responsabilidad ambiental: “Caso Vargas, Ricardo Marcelo contra San Juan Provincia de y otros sobre Daño Ambiental”

*Yésica Yornet* .....

Responsabilidad internacional ambiental por conflicto armado

*Luciano Pezzano* .....

La Responsabilidad de los Estados por daños al medioambiente marino: El caso de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR)

*María Alejandra Sticca* .....



Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de octubre de 2016

