

**LA PRIVATIZACIÓN DE LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES POR
DAÑO TRANSFRONTERIZO AMBIENTAL
¿INCIPIENTE TENDENCIA EN LA CONTAMINACIÓN DEL RIN?¹**

***PRIVATIZATION OF INTERNATIONAL CLAIMS ON TRANSBOUNDARY
ENVIRONMENTAL DAMAGE
NEW TREND IN RHINE'S POLLUTION?***

*Magdalena García Elorrio**

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar la tendencia incipiente a la privatización de los medios de solución de controversias en la contaminación del Rin.

ABSTRACT: The present work analyzes the new trends regarding privatization on means of settlement of disputes in the Rhine's pollution.

PALABRAS CLAVE: contaminación transfronteriza- medios de solución de controversias- Rin

KEY WORDS: transboundary pollution- settlement of disputes - Rhine

Introducción

Como cuestión preliminar resulta imprescindible definir el alcance del término “daño transfronterizo”. La Comisión de Derecho Internacional (en adelante ‘CDI’) ha sostenido que el “daño transfronterizo”² es aquel que deriva de actividades desarrolladas o planeadas en el territorio o bajo la jurisdicción o control³ de otro Estado distinto al Estado afectado. En este marco, las controversias internacionales en materia de daño

¹ Artículo recibido el 21 de noviembre de 2012 y aprobado para su publicación el 5 de diciembre de 2012.

*Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Master en “Género e Igualdad” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia-España. Becaria de Doctorado de Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONICET). Adscripta a la Cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

²*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2001, pp. 150,151).

³ Por ejemplo el caso del Estado de la bandera del barco que causa un perjuicio a otro Estado.

transfronterizo ambiental admiten una doble vía de resolución⁴. Por un lado, la reclamación interestatal en el plano internacional mediante la elección de un medio de solución de controversias⁵ y por otro, la reclamación interprivados por medio de los tribunales nacionales de los Estados involucrados.

Si bien ambas vías son jurídicamente compatibles y pertenecen a dos ámbitos normativos distintos (internacional vs transnacional), la práctica de los Estados⁶ ha puesto en evidencia que en materia de controversias por daño transfronterizo catastrófico derivado de actividades *ultrapeligrosas* (*i.a.*: contaminación marina por vertidos de petróleo, contaminación atmosférica por actividad nuclear) existe una clara preeminencia por la elección de normas y procedimientos⁷ propios del Derecho Internacional Privado (en adelante ‘DiPr’)⁸ en oposición a las normas y procedimientos del Derecho Internacional Público (en adelante ‘DIP’) como medio de solución de las disputas ambientales.

Este proceso de privatización se ha justificado en las siguientes razones: 1) la oposición⁹ de los Estados a consolidar la responsabilidad internacional objetiva (*strict*

⁴BILDER, R. B “The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment”, *Recueil des Cours* 1975 (1), pp.155-156.

⁵ Artículo 33 de la Carta de UN: “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”

⁶ Como ejemplo podemos citar los siguientes casos: * *Torrey Canyon oil spill* (1967) * *Santa Barbara oil spill* (1969) * *Amoco Cadiz oil spill* (1978) * *Ixtoc I oil spill* (1979) * *Montara oil spill* (2009) * *Deepwater Horizon oil spill* (2010) * *Exxon Valdez oil spill* (1989).

⁷ El desarrollo de las normas de derecho interno en materia de responsabilidad por daño transfronterizo surge de un mandato de las Naciones Unidas en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio de 1972 que estableció en su principio n° 22 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”. Con idéntico criterio se ha pronunciado la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, en su principio n° 13.

⁸BOYLE A., “Globalizing Environmental Liability: the interplay of national and international law”, *Journal of Environmental Law* (2005), Vol. 17 no.1, pp.3-26.

⁹La resistencia de los Estados puede observarse en los Informes de los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre ‘Responsabilidad Internacional por las consecuencias perjudiciales derivadas de actos no prohibidos por el DI’ (*Véase*: **Anuario de la CDI*, 1982, Vol. II, (Primera Parte), 1982, ‘Tercer Informe sobre la Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional’ de Robert Quentin-Baxter, Relator Especial, p.69. * *Anuario de la CDI*, Vol. II, 1983, (Primera Parte), ‘Cuarto Informe sobre

liability), identificando la misma con la responsabilidad absoluta (responsabilidad por todo daño transfronterizo) que casi no admite causas de exclusión de ilicitud¹⁰; 2) la resistencia de los Estados a realizar reclamaciones interestatales por razones políticas (posición geopolítica del Estado negligente: *Chernobyl*), diplomáticas (actitud poco “amigable”)¹¹ o estratégicas (la supuesta aleatoriedad de estos daños ambientales lo que hace que los Estados se “solidaricen” porque saben que puede sucederles algo similar)¹²; 3) la consolidación del Principio de contaminador pagador¹³⁻¹⁴ y la preferencia por la responsabilidad subsidiaria del Estado bajo regímenes convencionales de responsabilidad objetiva 4) la consideración implícita de que el hecho ilícito por omisión no tiene igual valor que el hecho ilícito por acción (la falta de diligencia estatal no se sanciona) 5) la imposibilidad de los Estados en vías de desarrollo de controlar de

la Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Robert Quentin-Baxter, Relator Especial’, pp.214, 232. * *Anuario de la CDI*, Vol. II, 1990, (Primera Parte), ‘Sexto Informe sobre la Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Julio Barboza, Relator Especial’, pp.101-107). Es ilustrativa también la posición de Estados Unidos en los ‘Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos’ sobre el Proyecto de ‘Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional’ que sostuvo: “27. Los Estados Unidos no creen que, conforme al derecho internacional consuetudinario, los Estados sean en general responsables por los daños transfronterizos sensibles causados por entidades privadas en su territorio o estén sujetas a su jurisdicción o control. Desde un punto de vista sustantivo existe un buen argumento de que la mejor manera de reducir al mínimo esos daños es atribuir responsabilidad a la persona o entidad que causa y no al Estado (*Anuario de la CDI*, 1997, Vol. II (Primera Parte), *Documento A/CN.4/481 y Add.1*. —Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional: Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, p.4).

¹⁰BROWLIE I., *System of the Law of Nations State Responsibility Part I*, Clarendon Press Oxford, p. 44. BARNIDGE R.P. *Non State Actors and Terrorism. Applying the law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*, T.M.C Asser Press, 2008, p.57. GOLDIE, L.F.E., “Liability for damage and the progressive development of international law”, 14 *Int’l & Comp. L.Q.* 1189, 1965, p.1215

¹¹BIRNIE P., BOYLE A., REDGWELL C., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, New York, 2009, p.217.

¹²DUPUY P-M., “L’État et la réparation des dommages catastrophiques”, in Francioni F., Scovazzi T., *International Responsibility for Environmental Harm, International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, p.142.

¹³Entre las Convenciones multilaterales podemos distinguir: * ‘Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29th July 1960 as amended by the Additional Protocol of 28th January 1964 and by the Protocol of 16th November 1982’ artículo 3(1960/1982) * Convention of 31st January 1963 Supplementary to the Paris Convention of 29th July 1960, as amended by the additional Protocol of 16th November 1982 (Brussels Supplementary Convention) artículo 1 (1963) * ‘Convención sobre responsabilidad de los explotadores de buques nucleares’ artículos II, III, VII (1962) * Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos’ artículos III, IV, V (1969) * ‘Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares’ (1971) * ‘Convención de Viena sobre responsabilidad por los daños nucleares’ artículo II (1963) * Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar’ artículo 235 (1982).

¹⁴BOYLE A., “Polluter Pays”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, pp.1-6.

forma eficaz la actividad económica de las empresas privadas (actores no estatales) asentadas en su territorio.

Tomando en consideración lo expuesto, el presente trabajo tiene por fin reflexionar en torno a la incipiente¹⁵ tendencia a la privatización¹⁶ de las controversias ambientales por daño transfronterizo que involucran recursos naturales compartidos. Para ello tomaremos el caso de contaminación del río Rin y efectuaremos el análisis en los siguientes términos: 1) Los tribunales nacionales como modalidad de resolución de controversias: *Mines de Potasse D'Alsace* 2) La privatización pragmática por omisión de reclamación estatal: *Sandoz* 3) Reflexiones finales.

1. Los tribunales nacionales como modalidad para la resolución de controversias: *Mines de Potasse D'Alsace*

¹⁵ Utilizamos este término porque las controversias por daño transfronterizo que perjudican recursos naturales compartidos son habitualmente resueltas por los medios de solución de controversias que prevé el DI. En particular los pronunciamientos internacionales jurisprudenciales (judiciales y arbitrales) y cuasi jurisprudenciales (decisiones de comisiones *ad hoc*): * **Controversia: *The Colorado River Salinity Dispute***. Partes: Estados Unidos/ México. Fecha: 1º Acuerdo 1965/2º Acuerdo 1972. Medio de solución de controversia empleado: Comisión Interestatal Pactada vía Convencional (US-Mexican International Boundary Waters Commission). Causa: Desviación de las aguas del río Colorado por EEUU y contaminación de la calidad del agua. * **Controversia: *US-Canadian Detroit-St. Clair River***. Partes: Estados Unidos/ Canadá. Fecha: 1972. Medio de solución de controversias: *US-Canadian International Joint Commission/Comisión Binacional*. Causa: Contaminación atmosférica en la zona limítrofe entre Canadá y Estados Unidos (Detroit y Windsor Area). * **Controversia: *Gut Dam Arbitration***. Partes: Estados Unidos/ Canadá. Fecha: 15 de enero de 1968/12 de febrero de 1968. Medio de solución de controversias: Lake Ontario Claims Tribunal. Causa: daños a la propiedad de ciudadanos americanos por la erosión e inundaciones del río St. Lawrence como consecuencia de la construcción de una represa con fines de mejorar la navegación por Canadá. * **Controversia: *Trail Smelter***. Partes: Estados Unidos/ Canadá. Fecha: 16 de abril de 1941/11 de marzo de 1941. Medio de solución de controversia: Tribunal Arbitral. Causa de la controversia: Daño transfronterizo por contaminación atmosférica. * **Controversia: *Affaire du lac Lanoux***. Partes: España/Francia. Fecha: 16 noviembre de 1957. Medios de solución de controversia: Tribunal Arbitral. Causa: utilización de curso de agua internacional. * **Controversia: *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project***. Partes: Hungría/Eslovaquia. Fecha: 25 de septiembre de 1997. Medios de solución de controversia: Corte Internacional de Justicia. Causa: desviación de las aguas del río Danubio por Checoslovaquia-Eslovaquia. * **Controversia: *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay***. Partes: Argentina/Uruguay. Fecha: 20 de abril de 2010. Medios de solución de controversias: Corte Internacional de Justicia. Causa: Contaminación del Río Uruguay.

¹⁶Esta tesis ha sido sostenida por los siguientes autores: *HANDL G., "State Liability for accidental transnational environmental damage by private persons", 69 *Am. J. Int'l L.* 50 1975, pp.525-526.* KISS A., "Present Limits to the Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage", in Francioni F., Scovazzi T., *International Responsibility for Environmental Harm, International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, p.12.* BOYLE A., "Globalizing Environmental Liability: the interplay of national and international law", *ob.cit.* nota 7, pp.6-9. *KUMIN J., "Transfrontier Environmental Disputes and National Courts: An Approach for Western Europe", 3 *Fletcher F.* 24 1979.

La controversia ambiental de *Mines de Potasse D'Alsace* fue una disputa por la contaminación del río Rin que involucró a Francia y Holanda. La empresa minera privada *Mines de Potasse D'Alsace* operaba en Francia en el límite con Alemania. En el marco de su actividad la empresa vertió sus desechos salinos en el Rin incrementando los niveles de salinidad, lo que provocó serios daños en propiedades de Nieuwekerk aan de IJssel en Holanda¹⁷.

En 1974 Handelskwekery Bier en carácter de dueño de la tierra afectada por la contaminación del Rin, inició, conjuntamente con la fundación medioambiental *Stichting Reinwater*, una acción contra la empresa *Mines de Potasse D'Alsace* en la Corte del Distrito de Rotterdam (Holanda) con fecha 12 de mayo de 1975. Posteriormente, en 1981, otros damnificados holandeses iniciaron sus reclamos contra la administración francesa del *Haute-Rhin* en los tribunales administrativos de Estrasburgo, Francia.

Si bien era un litigio inter-privados, la Corte del Distrito de Rotterdam apeló al caso *Trail Smelter*¹⁸ de un Tribunal Arbitral internacional para la resolución de la

¹⁷ HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, May, 1996, p.281-282.

¹⁸ El presente caso trata sobre una disputa entre Estados Unidos y Canadá, por los daños ocasionados 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 artículo 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 artículo 2 las Partes convinieron que debía conformarse un Tribunal Arbitral para resolver una serie de interrogantes que serían plasmados en el artículo 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. Con respecto al primer interrogante, los Estados Unidos reclamaba los siguientes daños: 1) Daños a la tierra cultivada 2) Daños a la tierra no cultivada 3) Daños al ganado 4) Daños a la propiedad en el pueblo Northport 5) Daños a empresas de negocios 6) Daños en el Río Columbia 7) Daños en la soberanía e intereses del Estado. Asimismo, sostenía que los mismos habían sido causados por las emisiones de gases de dióxido de azufre emanados por la Fundición de Trail, que habían ingresado a Estados Unidos a través del valle del Río Columbia. Por su parte, Canadá

controversia. En este marco, sostuvo que el principio general “*sic utere tuo ut alienum non laedas*” contenido en el mencionado pronunciamiento internacional, era aplicable no sólo a Estados sino también a individuos. La Corte entendió que el vertido de sales en el Rin constituía una violación al principio general mencionado y que la empresa minera debía compensar el daño causado¹⁹. Lo expuesto reviste vital importancia porque implica un reconocimiento de la existencia del principio general de uso no perjudicial del territorio propio del derecho internacional público²⁰.

Desde el punto de vista procesal, la Corte del Distrito de Rotterdam se basó en ‘Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil’ (1968) para denegar la competencia

argumentaba que aunque hubiesen ingresado los mencionados gases, ningún daño se había producido con posterioridad al 1 de enero de 1932. 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. Al respecto, es menester enfatizar dos cuestiones. La primera, en 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. La segunda cuestión referida al reconocimiento parcial de los daños alegados por Estados Unidos, admitiendo solo el punto 1) y 2) desde el 1 de Enero de 1932 hasta el 1 de Octubre de 1937. Respecto al segundo interrogante, el Tribunal resolvió que la Fundación 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 Fundación 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 Fundación Trail incumpliera el régimen previsto provocando daños, o mantenido el régimen, no obstante se produjeran daños.

¹⁹ KISS A., “The Protection of the Rhine Against Pollution”, 25 *Nat. Resources J.*, 1985, p.635.

²⁰ La doctrina internacionalista ha coincidido en reconocer la existencia de este principio: ²⁰BARBERIS, J. “The Development of International Law of Transboundary Groundwater”, *Natural Resources Journal*, Vol. 31, winter 1991, pp. 167-186. BARBERIS J. A., ARMAS PFIRTER F., QUEROL M., “Aplicación de los Principios de Derecho Internacional en la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, en Embid Irujo A., “*El Derecho de Aguas: en Iberoamericana y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio*” Tomo II, Seminario de Derecho de Agua de la Universidad de Zaragoza, Madrid, Ed. Civitas, 2002, pp.69-126. BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2011, p.4. HANDL G., “Territorial Sovereignty and the problem of transnational Pollution”, 69 *Am. J. Int'l L.*, 1975, pp.50-76. HANDL G., “The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses (General Principles and Planned Measures): Progressive or Retrogressive Development of International Law?”, 3 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, 1992, pp. 124-134. HANDL G., “International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for ‘State Liability’?” *Environmental Policy and Law*, 37/2-3, 2007, p.116. FITZMAURICE M., “International Responsibility and Liability”, in Bodansky D., Brunnée J., and Hey E., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007, pp.1012-1035.

a los damnificados holandeses, alegando que los tribunales franceses eran competentes en función de que Francia era el país donde la actividad que había causado el daño se había desarrollado (artículo 5). No obstante, la Corte de Apelaciones de la Haya en oportunidad de resolver la controversia en torno a la competencia solicitó a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (actualmente Unión Europea) una interpretación al respecto. En la conocida decisión *Handelskwekeri G. J. Bier B. V. and Stichting Reinwater v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.* (1976), la Corte entendió que los damnificados podían elegir entre reclamar en el lugar de desarrollo de la actividad dañosa o en el lugar donde se materializó el daño²¹.

De esta forma, la disputa ambiental se resolvió por medio de la utilización de un tribunal nacional y en una controversia exclusivamente inter-privados. Es de observar que, pese a que el 44% de la contaminación del Rin por cloruro²² se debe a la actividad minera de *Mines de Potasse D'Alsace*, Francia no ha sido demandada por ninguno de los países con los que comparte el curso del río Rin. La diligencia o negligencia en la prevención del daño transfronterizo no ha sido nunca cuestionada mediante la utilización de un medio de solución de controversias capaz de atribuir responsabilidad internacional (*i.a.*: tribunal arbitral, Corte Internacional de Justicia). La posibilidad de un arreglo pacífico de controversias vía arbitraje se desprende del Anexo a la 'Convención sobre la Protección del Rin' (1999)²³ y del Anexo del 'Convenio sobre Protección del

²¹ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0021:EN:PDF>

²² DE VILLENEUVE, C. H.V., "Western Europe's Artery: The Rhine", 36 *Nat. Resources J.*, 1996, p. 446.

²³ **Annex. Arbitration 1.** *Unless the parties to the dispute decide otherwise, the arbitration procedure shall be conducted in accordance with the provisions of this Annex. 2. The arbitral tribunal shall consist of three members. The claimant and the defendant shall appoint one arbitrator each; the two arbitrators so appointed shall by common consent designate a third who shall chair the tribunal. If the chair of the arbitral tribunal has not been appointed within two months of the appointment of the second arbitrator, the President of the International Court of Justice shall appoint an arbitrator within two further months at the request of the first party to act. 3. If one of the parties to the dispute has not appointed a member of the tribunal within two months of receipt of the request provided for in Article 16 of the Convention, the other party may submit the matter to the President of the International Court of Justice who shall appoint the chair of the arbitral tribunal within a further two months. Once appointed, the chair shall request the party which has not yet appointed an arbitrator to do so within two months. Upon expiry of this time limit he or she shall submit the matter to the President of the International Court of Justice who shall make this appointment within a further two months. 4. If, in one of the cases referred to above, the President of the International Court of Justice is prevented from acting or is a national of one of the parties to the dispute, the Vice-President of the Court or the most senior member of the Court who is not prevented from acting and is not a national of one of the parties to the dispute shall appoint the chair of the arbitral tribunal or an arbitrator. 5. These provisions shall apply, mutatis mutandis, to the filling of posts which have become vacant. 6. The arbitral tribunal shall decide on the basis of the rules of international law*

Rin contra la contaminación por cloruro' (1976)²⁴. Por el contrario, se han implementado políticas conjuntas de prevención a través de la 'Comisión para la protección del Rin contra la contaminación'²⁵ que opera desde 1963 en virtud de un acuerdo²⁶ entre Alemania, Francia, Holanda, Luxemburgo, Suiza y la Comunidad Económica Europea (CEE) (esta última se sumó en 1976).

and in particular on the basis of the provisions of this Convention. 7. As regards both procedural and substantive matters, the arbitral tribunal shall decide by a majority of its members' votes; the absence or abstention of one of the members of the tribunal appointed by the parties shall not prevent the tribunal from reaching a decision. In the event of parity of votes, the chairman shall have the casting vote. The decisions of the Tribunal shall be binding on the parties. Each party shall bear the costs of the arbitrator appointed by it and shall share the other costs equally. For other matters, the arbitral tribunal shall establish its own rules of procedure. In the case of a dispute between two Contracting Parties, only one of which is a Member State of the European Community, which is itself a Contracting Party, the other Party shall simultaneously transmit its request to that Member State and to the Community, which shall jointly notify the party within two months following receipt of the request whether the Member State, the Community or the Member State and the Community together are parties to the dispute. If such notification is not given within the appointed time, both the Member State and the Community shall be regarded as constituting one and the same party to the dispute for the purposes of applying this Annex. The same shall obtain when the Member State and the Community are jointly a party to the dispute.

²⁴ **Annex B** 1. Unless the parties to the dispute decide otherwise, the procedure for arbitration shall be conducted in accordance with the provisions contained in this annex. 2. The Arbitral Tribunal shall be composed of three members. Each of the parties to the dispute shall name an arbitrator and the two arbitrators thus appointed shall designate by common accord a third arbitrator, who will become the Chief Arbitrator of the Tribunal. If at the end of two months following the designation of the second arbitrator the Chief Arbitrator of the Tribunal has not been designated, the President of the European Court of Human Rights shall, at the request of the most diligent party, appoint one within a new two-month period. 3. If, within two months following the receipt of the request referred to in Article 13 of the Convention one of the parties to the dispute does not appoint a member of the Tribunal, the other party may request the President of the European Court of Human Rights to appoint the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal within a new two-month period. Upon his designation, the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal shall request the party that has not named an arbitrator to do so within two months. If no action has been taken during that time, he shall then request the President of the European Court of Human Rights to make the appointment within a new two-month time limit. 4. If, in the cases referred to in the preceding paragraphs, the President of the European Court of Human Rights is unable to do so or if he is a national of one of the parties to the dispute, the designation of the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal or the naming of an arbitrator shall fall to the Vice-President of the Court, or to the oldest member of the Court who is able to do so and who is not a national of one of the parties to the dispute. 5. The foregoing provisions shall apply according to the case, in order to fill seats that have become vacant. 6. The Arbitral Tribunal shall hand down a decision according to the rules of international law and, in particular, according to the provisions of this Convention. 7. The decisions of the Arbitral Tribunal, on procedure as well as on the merits of the case, shall be adopted by a majority vote of its members, the absence or abstention of one of the members of the tribunal designated by the parties not precluding a decision on the part of the Tribunal. In the event of a tie vote, the Chief Arbitrator's vote shall prevail. The decisions of the Tribunal shall be binding on the parties. The latter shall bear the expenses of the arbitrator they have designated and shall divide the other expenses equally among themselves. On other points, the Arbitral Tribunal itself shall decide the procedure it will follow

²⁵SCHEUER H., "The Work of the EEC-Commission Regarding Transboundary Rhine Pollution", 9 *Int'l Bus. Law*. 59 1981.VAN DER VEEN C., "Facts and Figures on Rhine Pollution", 9 *Int'l Bus. Law*. 41 1981. BOUCHEZ L.J., "Rhine Pollution: International Public Law Aspects", 9 *Int'l Bus. Law*. 53 1981.

²⁶Agreement Concerning the International Commission for the Protection of the Rhine Against Pollution, April 29, 1963, disponible en: <http://www.ecolex.org/ecolex/ledge/view/RecordDetails?id=TRE-000484&index=treaties>

2. La privatización pragmática por omisión de reclamación estatal: *Sandoz*

En el caso *Sandoz*, por el contrario, la contaminación del Rin fue resuelta por negociación interestatal sin recurrir a los tribunales internos de los Estados involucrados. La contaminación del río se produjo por el incendio del depósito de agroquímicos de la empresa *Sandoz* ubicada en Basilea, Suiza (1986)²⁷. Más de 1000 toneladas de tóxicos fueron vertidos en el Rin²⁸ por medio del agua utilizada por los bomberos en las operaciones de cese del incendio. La contaminación del río por los tóxicos causó daños en la fauna y en el suministro de agua a Alemania, Francia, Holanda y Suiza²⁹.

En lo concerniente a la responsabilidad internacional de Suiza por los daños derivados del accidente de *Sandoz*, se ha sostenido³⁰ que Suiza violó las disposiciones previstas en los artículos 11 y 7 de la ‘Convención de Protección del Rin contra la contaminación química’ (1976). Conforme se expone en el texto del Convenio, el artículo 11 contempla la obligación de los Estados partes de informar³¹ sin retraso a los Estados partes que pudiesen resultar afectados por las consecuencias de un accidente. Por su parte, el artículo 7 dispone que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas³² legales y administrativas necesarias para garantizar que el depósito de sustancias se efectúe de un modo que no cause peligro de contaminación en el Rin. Del análisis de la actuación de Suiza *ex post* y *ex ante* el accidente de *Sandoz*, se ha

²⁷BOOS-HERSBERGER A., “Transboundary water pollution and State Responsibility: The Sandoz Spill”, 4 Ann. Surv. Int’l & Comp. L. 103 1997.

²⁸HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, ob.cit. nota 16, pp.278-279.

²⁹Ibidem.

³⁰SCHWABACH A., “The Sandoz Spill: The Failure of International Law to Protect the Rhine from Pollution”, 16 Ecology L.Q. 443 1989.

³¹Article 11. When a Government Party to this Convention notes a sudden and sizeable increase in Annex I and II substances in the waters of the Rhine or has knowledge of an accident that may result in seriously endangering the quality of those waters, it will inform without delay the International Commission and the Contracting Parties likely to be affected according to a procedure to be established by the International Commission.

³²Article 7. 1. The Contracting Parties will take all the legislative and regulatory measures guaranteeing that the storage of Annex I and II substances shall be done in such a way that there is no danger of pollution for the waters of the Rhine. 2. The International Commission shall, if necessary, propose appropriate measures to the Contracting Parties regarding the protection of underground waters so as to prevent the pollution of the Rhine waters by Annex I and II substances.

concluido que Suiza demoró 24 horas en avisar a los posibles afectados sobre las consecuencias dañosas del accidente y que al momento del accidente no había garantizado sistemas de seguridad, alarmas de fuego, sistema de contención adecuada de agua para evitar vertidos al río entre otras medidas esenciales para prevenir el daño al Rin.

Asimismo Suiza incurrió en la violación de la obligación internacional de prevenir daño transfronterizo cuyo *status* de norma general ha sido consolidada en una diversidad de pronunciamientos de la jurisprudencia internacional. En este marco se ha sostenido que la obligación de no dañar constituye una “*general rule of international law*”³³, “*general obligation of States... part of the corpus of international law*”³⁴, y “*customary rule.*”³⁵

Pese a la solidez de la normativa convencional y consuetudinaria vigente, Suiza tampoco fue demandada por responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito mediante el mecanismo de arbitraje que prevé el Convenio³⁶.

³³ Reports of International Arbitral Awards, *Recueil des Sentences Arbitrales, Trail Smelter Case*, 11 de marzo de 1941. p. 1963.

³⁴ ICJ, *Reports Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996 (I), p. 242, para. 29.

³⁵ ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay*, 20th April 2010, p.38.

³⁶ El Convenio prevé además el mecanismo del arbitraje en su Anexo B: 1. *Unless the parties to the dispute decide otherwise, the procedure for arbitration shall be conducted in accordance with the provisions contained in this annex.* 2. *The Arbitral Tribunal shall be composed of three members: each of the parties to the dispute shall name an arbitrator and the two arbitrators thus appointed shall appoint by common accord a third arbitrator, who will become the Chief Arbitrator of the Tribunal. If at the end of two months following the appointment of the second arbitrator the Chief Arbitrator of the Tribunal has not been appointed, the President of the European Court of Human Rights shall, at the request of the most diligent party, appoint one within a new two-month period.* 3. *If, within two months following the receipt of the request referred to in Article 15 of the Convention, one of the parties to the dispute does not appoint a member of the Tribunal, the other party may request the President of the European Court of Human Rights to appoint the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal within a new two-month period. Upon his designation, the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal shall request the party that has not named an arbitrator to do so within two months. If no action has been taken during that time, he shall then request the President of the European Court of Human Rights to make the appointment within a new two-month time limit.* 4. *If, in the cases referred to in the preceding paragraphs, the President of the European Court of Human Rights is unavoidably absent or if he is a national of one of the parties to the dispute, the designation of the Chief Arbitrator of the Arbitral Tribunal or the naming of an arbitrator shall fall to the Vice President of the Court, or to the oldest member of the Court who is able to do so and who is not a national of one of the parties to the dispute.* 5. *The foregoing provisions shall apply, according to the case, in order to fill seats that have become vacant.* 6. *The Arbitral Tribunal shall hand down a decision according to the rules of international law and, in particular, according to the provisions of this Convention.* 7. *The decisions of the Arbitral Tribunal, on procedure as well as on the merits of the case, shall be adopted by a majority vote of its members, the absence or abstention of one of*

Por el contrario, el rol de Suiza fue el de funcionar como un intermediario entre las reclamaciones de los Estados afectados, los damnificados, la empresa *Sandoz* y su aseguradora. El objetivo del gobierno Suizo era garantizar una reparación a equitativa a las partes implicadas, pero no responder directamente por los daños. En esta lógica de actuación, el mecanismo de negociación previsto en el artículo 15 del Convenio³⁷ si fue utilizado por los Estados partes para tratar la cuestión de la compensación de los daños derivados de la contaminación.

Las negociaciones inter-estatales se canalizaron principalmente a través de la Comisión para la Protección del Rin (ICPR). También se utilizaron las reuniones del Consejo de Europa de ministros de Medio Ambiente para abordar idénticas cuestiones. En este marco de negociación interestatal, los Estados acordaron tres cuestiones fundamentales: 1) los daños debían ser reparados o compensados rápidamente 2) los reclamos serían canalizados a través de los Estados (y después Suiza trasladaría los reclamos a *Sandoz*) o directamente por los damnificados contra *Sandoz* 3) *Sandoz* y su aseguradora privada debían responder por los daños causados (principio contaminador pagador)³⁸. Simultáneamente, los Estados celebraban acuerdos de compensación con *Sandoz*. Nada se dijo respecto de la responsabilidad internacional de Suiza.

the members of the tribunal designated by the parties not precluding a decision on the part of the Tribunal. In the event of a tie vote, the Chief Arbitrator's vote shall prevail. The decisions of the Tribunal shall be binding on the parties. The latter shall bear the expenses of the arbitrator they have appointed and shall divide the other expenses equally among themselves. On other points, the Arbitral Tribunal itself shall decide the procedure it will follow. 8. In the event of a dispute between two Contracting Parties of which only one is a Member State of the European Economic Community, itself a Contracting Party, the other party will request both that Member State and the Community notify it jointly within a period of two months following the receipt of the request whether the Member State, the Community, or the Member State and the Community together constitute a party to the dispute. Without such notification within the afore mention time period, the Member State and the Community will be considered one single party to the dispute for the purposes of application of the provisions of this Annex. The same holds true when the Member State and the Community together constitute a party to the dispute.

³⁷ Article 15. Any dispute between the Contracting Parties as to the interpretation or application of this Convention that cannot be resolved through negotiation shall, unless the parties to the dispute decide otherwise, be submitted at the request of one of the parties to arbitration in accordance with the provisions of Annex B, which is an integral part of this Convention.

³⁸D'OLIVEIRA H., S. "The Sandoz Blaze: the damage and the Public and Private Liabilities", in Francioni F., Scovazzi T., International Responsibility for Environmental Harm, International Responsibility for Environmental Harm, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, pp. 435-439.

Sobre esta base, alrededor de 1100 reclamos de particulares fueron presentados contra Sandoz³⁹. Los reclamos eran canalizados por agencias gubernamentales de los Estados afectados que se limitaban transferir los reclamos a Sandoz. Más de 36 millones de marcos alemanes fueron pagados por *Sandoz* y su aseguradora a Suiza, Francia, Alemania y Holanda. Por ello se ha entendido que en este caso, han sido los propios Estados afectados los que han privatizado⁴⁰ la controversia al haber optado por reclamar a *Sandoz* en vez de Suiza.

Por el contrario, una posición minoritaria, en la que encontramos a Barboza, señala que Suiza también contribuyó conjuntamente con *Sandoz* a la compensación de los daños⁴¹. Al respecto consideramos que por más de que Suiza hubiese efectuado las mencionadas contribuciones, las mismas constituyen pagos *ex gracia* y no obstan a considerar que el principio rector de todo el proceso de solución del conflicto ha sido el principio de contaminador pagador del operador privado (*Sandoz*) y no del Estado.

Reflexiones finales

De los dos casos objeto de análisis podemos observar que, el caso *Mines de Potasse D'Alsace* constituye un supuesto típico de resolución de una disputa ambiental mediante la utilización exclusiva de las normas y procedimientos propios del DI Priv. con exclusión al DIP. Pudo observarse como, aún habiendo medios de solución de controversias que facilitarían una solución vía reclamo interestatal (negociación y arbitraje), los Convenios vigentes no fueron utilizados y la controversia se limitó a un reclamo interprivados. No se puso en marcha siquiera el mecanismo de la negociación internacional.

En el caso *Sandoz* la controversia fue abordada de forma compleja. Si bien no se utilizaron los tribunales nacionales, la resolución de la controversia se basó en un

³⁹BOOS-HERSBERGER A., “Transboundary water pollution and State Responsibility: The Sandoz Spill”, *ob.cit.* nota26, p. 109.

⁴⁰D’OLIVEIRA H., S. “The Sandoz Blaze: the damage and the Public and Private Liabilities”, *ob.cit.* nota37, p.119.

⁴¹BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, *ob.cit.* nota19, p.52.

procedimiento *sui generis*: un medio de solución de controversias propio del DIP como es la negociación pero con la convergencia de actores estatales (Estados afectados: Alemania, Suiza, Francia y Holanda) y actos no estatales (Operador del daño: *Sandoz*) y aplicación de normas y principios del DI Priv. (Principio Contaminador Pagador). El objeto del proceso de negociación era pactar la compensación adjudicando exclusiva responsabilidad de reparar a *Sandoz* y la aseguradora, no a Suiza. Lo expuesto permite observar como el rol de los Estados en este caso se limita a canalizar las reclamaciones individuales pero sin alegar la responsabilidad de Suiza por violación de sus obligaciones convencionales y consuetudinarias.

Bibliografía

BARBERIS, J. “The Development of International Law of Transboundary Groundwater”, *Natural Resources Journal*, Vol. 31, winter 1991, pp. 167-186.

BARBERIS J. A., ARMAS PFIRTER F., QUEROL M., “Aplicación de los Principios de Derecho Internacional en la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, en Embid Irujo A., “*El Derecho de Aguas: en Iberoamericana y España: Cambio y Modernización en el inicio del Tercer Milenio*” Tomo II, Seminario de Derecho de Agua de la Universidad de Zaragoza, Madrid, Ed. Civitas, 2002, pp.69-126.

BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2011, p.4.

BILDER, R. B “The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment”, *Recueil des Cours* 1975 (1), pp.155-156.

BIRNIE P., BOYLE A., REDGWELL C., *International Law and the Environment*, Oxford University Press, New York, 2009, p.217.

BOUCHEZ L.J., “Rhine Pollution: International Public Law Aspects”, 9 *Int'l Bus. Law*. 53 1981.

BOOS-HERSBERGER A., “Transboundary water pollution and State Responsibility: The Sandoz Spill”, 4 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 103 1997.

BOYLE A., “Globalizing Environmental Liability: the interplay of national and international law”, *Journal of Environmental Law* (2005), Vol. 17 no.1, pp.3-26.

BOYLE A., “Polluter Pays”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, pp.1-6.

BROWLIE I., *System of the Law of Nations State Responsibility Part I*, Clarendon Press Oxford, p. 44. BARNIDGE R.P. *Non State Actors and Terrorism. Applying the law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*, T.M.C Asser Press, 2008, p.57. DE VILLENEUVE, C. H.V., “Western Europe's Artery: The Rhine”, 36 *Nat. Resources J.*, 1996, p. 446.

D'OLIVEIRA H., S. “The Sandoz Blaze: the damage and the Public and Private Liabilities”, in Francioni F., Scovazzi T., *International Responsibility for Environmental Harm*, International Responsibility for Environmental Harm, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, pp. 440. HANDL G., “International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for ‘State Liability’? *Environmental Policy and Law*, 37/2-3, 2007, p.119.

DUPUY P-M., “L'État et la réparation des dommages catastrophiques”, in Francioni F., Scovazzi T., *International Responsibility for Environmental Harm*, *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, p.142.

FITZMAURICE M., “International Responsibility and Liability”, in Bodansky D., Brunnée J., and Hey E., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007, pp.1012-1035.

GOLDIE, L.F.E., “Liability for damage and the progressive development of international law”, 14 *Int'l & Comp. L.Q.* 1189, 1965, p.1215

HANDL G., “State Liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, 69 *Am. J. Int'l L.* 50 1975, pp.525-526.

HANDL G., “Territorial Sovereignty and the problem of transnational Pollution”, 69 *Am. J. Int'l L.*, 1975, pp.50-76.

HANDL G., “The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses (General Principles and Planned Measures): Progressive or Retrogressive Development of International Law?”, 3 *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, 1992, pp. 124-134.

HANDL G., “International Accountability for Transboundary Environmental Harm Revisited: What Role for ‘State Liability’?” *Environmental Policy and Law*, 37/2-3, 2007, p.116.

HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, May, 1996, p.281-282.

KISS A., “Present Limits to the Enforcement of State Responsibility for Environmental Damage”, in Francioni F., Scovazzi T., *International Responsibility for Environmental Harm*, International Responsibility for Environmental Harm, Graham & Trotman, Great Britain, 1991, p.12.

KISS A., “The Protection of the Rhine Against Pollution”, 25 *Nat. Resources J.*, 1985, p.635.

KUMIN J., “Transfrontier Environmental Disputes and National Courts: An Approach for Western Europe”, 3 *Fletcher F.* 24 1979.

SCHEUER H., “The Work of the EEC-Commission Regarding Transboundary Rhine Pollution”, 9 *Int'l Bus. Law.* 59 1981.

SCHWABACH A., “The Sandoz Spill: The Failure of International Law to Protect the Rhine from Pollution”, 16 *Ecology L.Q.* 443 1989.

VAN DER VEEN C., “Facts and Figures on Rhine Pollution”, 9 *Int'l Bus. Law.* 41 1981.