

**PRINCIPIO DE SOBERANÍA ESTATAL EN EL
ACUERDO SOBRE EL ACUÍFERO GUARANÍ Y EN EL PROYECTO DE LA CDI SOBRE
ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS¹**

*PRINCIPLE OF STATE SOVEREIGNTY IN
AGREEMENT ON THE AQUIFER GUARANI AND THE ILC DRAFT ON
TRANSBOUNDARY AQUIFERS*

Zlata Drnas de Clément

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba
Caseros 301, 5000 Córdoba-Argentina
Tel ++54 351 4332059
e-mail: zlata1@fibertel.com.ar

RESUMEN: El Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (AAG) de 2 de agosto de 2010, suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en varias partes de su texto, hace referencia expresa al principio de soberanía. Asimismo, otros dispositivos del mismo instrumento consideran los corolarios del principio de soberanía (integridad territorial, transparencia en la utilización del recurso, utilización equitativa y razonable, *sic utere tuo ut alienum non laedas*). Sin embargo, este acuerdo -al igual que el proyecto de la CDI de 2008- no estructura correctamente el principio básico y sus principios derivados, confundiendo las obligaciones entre compartes soberanas (*intuitu personae*) con las ambientales generales (*erga omnes*), desconociendo principios y normas consuetudinarias del derecho internacional consolidadas a través de los siglos. Ello no representa una evolución normativa sino una confusión de estructuras normativas surgida de fallas lógicas.

SUMMARY: The Agreement on the Guarani Aquifer (AAG) of August 2, 2010, signed by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay, in various parts of the text explicitly refers to the principle of state sovereignty. Also, other items of the same instrument consider the corollaries of the principle of state sovereignty (territorial integrity, transparency in the use of the shared resource, equitable and reasonable utilization, *sic utere tuo ut alienum non laedas*). However, this agreement, like the ILC Draft on transboundary aquifers (2008) does not make a proper structuring of the basic principle of sovereignty and the principles derived from it, confusing shared obligations between sovereigns (*intuitu personae*) with the general environmental obligations (*erga omnes*), ignoring principles and norms of customary international law consolidated through the centuries. This is not a regulatory evolution but a confusion of normative structures arising from logical flaws.

PALABRAS - CLAVE: acuíferos transfronterizos - principio de soberanía - corolarios- estructura normativa.

KEYWORDS: transboundary aquifers - principle of state sovereignty - corollaries - normative structure.

INTRODUCCIÓN

El *Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (AAG)* de 2 de agosto de 2010, suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en varias partes de su texto, hace referencia expresa bajo distintos matices al principio de soberanía. Así: -en la *parte preambular* toma en cuenta a la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea general de las Naciones Unidas (AGNU) relativa a la “soberanía permanente sobre los recursos naturales” y a la res. 63/124 de la AGNU sobre acuíferos trasfronterizos y tiene presente los principios sobre protección de los recursos naturales y la “responsabilidad soberana de los Estados en lo que se refiere a su aprovechamiento racional”; -en el *art. 1*, establece que el Sistema Acuífero Guaraní (SAG) es un “recurso hídrico transfronterizo que integra el dominio territorial soberano” de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que son los “únicos titulares” de ese recurso; -en el *art. 2*, dispone que cada Estado parte (EP) “ejerce el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones del SAG” de acuerdo con sus propias disposiciones constitucionales y

¹ El trabajo ha sido expuesto por la autora en la Conferencia *A Gestão do Sistema Aquífero Guaraní: Um exemplo de cooperação*, realizada en São Paulo –Brasil entre los días 21 a 23 de septiembre de 2011, organizada por el Centro de Investigación en Aguas Subterráneas (CEPAS-IGc) de la Universidad de São Paulo, la Secretaría de Medio Ambiente del Estado de São Paulo y la Universidad de Surrey (Reino Unido), con los auspicios de la UNESCO.

legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables; -en el art. 4 conviene que los EP ejercen “en sus respectivos territorios el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del SAG”, sin dejar de señalar que utilizarán dichos recursos sobre la base de criterios de uso racional y sustentable, respetando la “obligación” de no causar perjuicio sensible a las demás partes ni al medio ambiente.

Asimismo, el *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (PDAT)* de 2008 enuncia en primer término entre los “principios generales” -concebidos como básicos para la regulación de los usos y aprovechamientos de esos recursos- al principio de “soberanía de los Estados del acuífero”.

Estas referencias al principio de soberanía llaman la atención si se tiene en cuenta que la *Convención sobre el derecho de los usos los cursos de agua para fines distintos de la navegación (CCAIFDN)* de 1997 no hace referencia alguna a la soberanía del Estado sobre la porción del curso de agua transfronterizo (con inclusión del agua subterránea conexas) que, conforme los límites internacionales fijados, a cada sujeto territorial le corresponde y sólo hay una referencia indirecta a ese aspecto en el art. 8 (*obligación general de cooperar*) al expresar que “los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los “principios de la igualdad soberana, la integridad territorial (...)”. Es de observar que el art. 7 del PDAT contiene una regulación idéntica en el inc. 1, y sólo varía en el inc. 2 de ese mismo artículo.

Se ha señalado frecuentemente que los conceptos de soberanía absoluta y de integridad territorial absoluta han sido superados en el Derecho internacional. El primero suele ser vinculado a la denominada Doctrina Harmon, sostenida en 1895 por el Procurador General de los Estados Unidos de Norteamérica del mismo nombre, principio que hasta los EEUU han debido abandonar ya en 1906 en el *Tratado del Rio Grande*, entre EEUU y México, el que finalmente acordó la “distribución equitativa de las aguas” entre los dos países, pasando a prevalecer en las relaciones internacionales -bajo el imperio del derecho internacional público- la posición de la soberanía e integridad territorial limitadas.

No obstante ello, ha llamado la atención la referencia lisa y llana al principio de soberanía tanto en el AAG como en el PDAT en tiempos en los que -al influjo de las percepciones filosófica foucaultiana de la soberanía / gobernabilidad y sociológicas cosmopolistas / globalistas / transnacionalistas de modelo relativista / constructivista- florecen posiciones de rechazo a la percepción soberanista estatal para privilegiar modelos de cooperación intensificada, de constitucionalismo global y de protección ecosistémica ajena a las divisiones políticas territoriales.

OBJETIVO DEL TRABAJO-HIPÓTESIS

Buscaremos desentrañar el alcance y significado del *principio de soberanía* con el objeto de sostener que es falso el enfrentamiento que frecuentemente se señala existe entre este principio y el de utilización equitativa y razonable y el de *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Nuestra presentación se sitúa en las percepciones propias del Derecho internacional público, en particular de las normas pertinentes en materia de dominio y jurisdicción de los Estados. Nuestro trabajo, será básicamente comparativo-sincrético. No sólo nos basaremos en el AAG y en el Proyecto de la CDI sobre acuíferos transfronterizos sino también en instrumentos pertinentes de la CDI, como también en las construcciones consuetudinarias y los reconocimientos jurisprudenciales sobre el tema de tratamiento. Tomaremos como centro de referencia para el estudio comparativo-evolutivo al AAG por su condición de dispositivo específico del SAG, más allá de que el mismo aún no se encuentre en vigor.

RESULTADOS

Referencias del AAG al principio de soberanía

Tal como lo señaláramos precedentemente, anclaremos las comparaciones y comentarios en los dispositivos del AAG, tomando como centro de atención las enunciaciones que contienen referencia explícita a la soberanía del Estado sobre el sistema acuífero. En segundo lugar, nos referiremos a los artículos vinculados a ese principio.

Parte preambular del AAG

“Teniendo en cuenta la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales” (para. 3).

Entendemos que la referencia a esta resolución de la AGNU no resulta pertinente en lo sustancial para un acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (AG), ya que la resolución ha sido elaborada, considerando la “soberanía permanente sobre recursos y riquezas naturales como elemento básico del derecho a la libre determinación”, principio emergido en la década

de los años '50 del siglo pasado durante el proceso de descolonización como freno al denominado neocolonialismo de su tiempo, buscando se respete el derecho soberano de todo Estado a disponer de “su” riqueza y de “sus” recursos naturales, sin considerar en parte alguna de su texto a los recursos naturales compartidos (o recursos transfronterizos) entre dos o más Estados (aquellos que por la naturaleza móvil de sus elementos pasan de un Estado a otro sin posibilidades de deslinde del elemento móvil, como es el caso del agua, el petróleo, el gas, el mercurio líquido, las especies migratorias entre otros). No cabe pensar que los Estados del AAG han pretendido poner freno a intenciones colonialistas de futuro de alguna de las partes. Si han pensado en una guerra por los recursos desde afuera, con las disposiciones incluidas en materia de dominio territorial sobre el SAG de los cuatro Estados del sistema acuífero, la afirmación del principio de soberanía constituye suficiente resguardo.

Debe recordarse la acertada diferenciación que ha hecho la Res. 3281 (XIX) de la AGNU, que establece distinciones de amplitud de comportamientos, derechos y obligaciones según se trate de recursos propios del Estado o recursos compartidos con otros: Art. 2.1: “*Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas*”. (El resaltado nos pertenece). Art. 3: “*En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros*”. (El resaltado nos pertenece). Art 30: “*(...) Todos los Estados tienen 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 las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional (...)*”.(El resaltado nos pertenece).

La Convención de 1997 no hace referencia alguna a esta resolución, sin embargo, sí lo hace el Proyecto de la CDI sobre acuíferos de 2008 en términos similares a los del AAG.

“Teniendo en cuenta, asimismo, la resolución 63/124 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Acuíferos Transfronterizos” (para. 4).

La referida resolución *toma nota* del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos presentado por la CDI, cuyo texto figura como Anexo de esa resolución y *alienta* a los Estados interesados a que concierten los correspondientes arreglos bilaterales o regionales para la adecuada gestión de sus acuíferos transfronterizos teniendo en cuenta las disposiciones del referido proyecto de artículos de 2008.

Es de observar que, a pesar de las críticas que varios hidrogeólogos hacen a ese proyecto por entender que ha sido erróneo haber dado tratamiento regulatorio similar a los acuíferos y a los cursos de agua, por tratarse de dos realidades totalmente diferentes, el trabajo de la CDI contó con el apoyo de un panel interdisciplinario de especialistas del Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO (juristas expertos internacionales, hidrogeólogos, ingenieros en aguas, profesionales en políticas de agua, académicos entre otros).

“Teniendo presente los principios sobre protección de los recursos naturales y la responsabilidad soberana de los Estados en lo que se refiere a su aprovechamiento racional, como expresa en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972” (para 5).

Debe recordarse que el *principio 21* de la Declaración de Estocolmo de 1972 establece que, 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 nacional*. Cabe tener presente el laudo arbitral de 1928 en el asunto de la Isla de Palmas (EE.UU. v. Holanda) el que estableció que la soberanía territorial implica el derecho exclusivo del Estado a desplegar actividades, pero que ese derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger en su territorio los derechos de otros Estados. Similares pronunciamientos se hallan en el laudo de 1941 en el asunto de la Fundición de Trail (EE.UU. v. Canadá) y en la sentencia de la CIJ (1949) en el asunto del canal de Corfú (Reino Unido v. Albania). También es de destacar la opinión consultiva de la CIJ (1996) sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares que señala la obligación general de los Estados de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control respeten el medioambiente de otros Estados o áreas fuera de la jurisdicción de los Estados, como parte del *corpus* del derecho internacional ambiental.

La Convención de 1997 recordó los principios y recomendaciones aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río 1992, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Programa 21, instrumentos que reafirma el Proyecto de 2008 sobre acuíferos transfronterizos.

La Declaración de Río de 1992, en su *Principio 2*, declara que -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.

Como podemos observar, en la Declaración de 1992 (con relación a la de Estocolmo de 1972) se agrega en el texto el derecho del Estado a fijar sus propias políticas de “desarrollo” y se modifica la obligación de resultado de no causar daño transfronterizo por una obligación de comportamiento limitada a prevenir daños al medio ambiente.

Es de observar que tanto la Declaración de Estocolmo como la de Río sólo se refieren a los recursos del Estado que le pertenecen en exclusividad y no a los compartidos.

Por su parte, el Programa 21 mantiene un enfoque integrado de los recursos ajeno al principio de soberanía estatal, lo que torna llamativa su inclusión en el Proyecto de 2008 y hace plausible su omisión en el AAG.

Parte dispositiva del AAG

Art. 1. “ El Sistema Acuífero Guaraní es un recurso hídrico transfronterizo que integra el dominio territorial soberano de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, que son los únicos titulares de ese recurso (...)”.

Como lo señaláramos en repetidas oportunidades, los recursos no deben ser confundidos con los bienes en sí.

El dominio territorial soberano implica la “titularidad” sobre un territorio dado y sus bienes (porción del Globo terráqueo encerrado en límites establecidos, lo que abarca la tierra firme, el mar hasta determinada extensión, el espacio aéreo y el subsuelo) y el derecho de jurisdicción sobre ellos, incluidos los usos y aprovechamientos de los bienes, es decir, los recursos (lo que los bienes producen o reditúan), excluyendo de la disposición sobre ese/esos bien/es y sus aprovechamientos a toda otra entidad.

La expresión “recurso”, tal como lo señaláramos en trabajos anteriores, proveniente del latín “recursus”, que indica lo que corre, lo que se obtiene de un bien, sus producidos, sus rentas, sus utilidades. Es decir, no se refiere a la cosa en sí o a su título o derecho de dominio sino al uso que de ella se hace. Dado que los recursos naturales compartidos por su condición de móviles y transfronterizos implican una inevitable interdependencia entre el empleo de un bien por parte de un Estado y las condiciones de ese bien y sus aprovechamientos en otro Estado. En virtud, precisamente de los derechos soberanos que cada Estado posee sobre su territorio -que no pueden ser menguados por acción de otro-, tales usos por parte de un Estado deben ser realizados cuidando de no perjudicar los bienes y la capacidad de aprovechamiento de los mismos por otro Estado. Obsérvese que este principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* en este caso se refiere a la no lesión de derechos soberanos e intereses de otros Estados del sistema transfronterizo, si bien es un principio general, amplio que también incluye la lesión al medio ambiente como tal y, como ya lo señaláramos, cualquier derecho o interés de otro Estado, lo que incluye las zonas fuera de la jurisdicción de los Estados que son de interés de éstos en tanto miembros de la comunidad internacional, ya sea porque se trate de una *res communis usus* o de un *patrimonio común de la humanidad*. Este es un aspecto importante para distinguir los principios “soberanistas” de los “ambientales”, aspectos que ninguno de los instrumentos referidos en este trabajo -como tampoco la doctrina- ha distinguido cabalmente. Cuando distinguimos “soberanistas” de “ambientalistas” no queremos señalar una contraposición entre ellos sino distinciones en la relación de partes y el grado y textura de las obligaciones que involucran.

0El PDAT en el *primer artículo* relativo a “principios generales”, establece la soberanía del Estado sobre el acuífero transfronterizo bajo su jurisdicción, de modo similar al AAG. Así expresa: “Parte II - Principios generales. 3) *Soberanía de los Estados del acuífero. Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo situada en su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el derecho internacional y el presente proyecto de artículos*”. (El resaltado nos pertenece).

El Informe de la CDI correspondiente al período de sesiones de 2004, en el punto 83 expresa que atento a “la preocupación manifestada tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión en torno al empleo de la expresión ‘recursos compartidos’, que podía referirse al patrimonio común de la humanidad o al concepto de condominio o copropiedad”, el Relator Especial propuso utilizar la expresión “aguas subterráneas transfronterizas” en reemplazo del término “compartidas”.

Adecuadamente, el PDAT destaca expresamente la soberanía que ejerce el Estado sobre su territorio, sobre los bienes bajo su jurisdicción y, -atento a que los acuíferos transfronterizos constituyen un recurso natural compartido con otro u otros Estados- a continuación, y en el mismo contenido normativo propuesto señala que esa soberanía se ejercerá bajo determinadas pautas o condiciones. El ejercicio de la soberanía sobre un recurso natural compartido está limitada conforme el Derecho internacional en función de los idénticos derechos que tienen otros Estados en lo que hace al aprovechamiento, al uso del bien (recurso) y su disposición.

La obligación de “cooperar” inter partes del sistema transfronterizo, en virtud del principio de soberanía aparece como una obligación sustantiva genérica que contiene principios-deberes específicos exigibles: -puesta en conocimiento del titular comparte del proyecto de disposición sobre el bien/recurso transfronterizo (transparencia); -facilitación de información y consulta previa según solicitud de cualquier comparte; -proyección y realización de una utilización no perjudicial para los Estados del sistema acuífero, es decir, equitativa y razonable (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), lo que implica un comportamiento diligente en materia de prevención y precaución. Esta obligación de cooperar a la hora de usar recursos compartidos (bi o plurilateral) es muy distinta a la obligación de cooperar para la conservación, preservación, protección ambiental de los recursos naturales en general -no sólo los compartidos entre dos o más Estados- (multilateral). Este aspecto, que no encontramos discernido en la doctrina ni en las labores de la CDI, creemos es crucial para una correcta determinación de las obligaciones de cooperación.

La cooperación inter compartes hace a las limitaciones en el ejercicio de derechos soberanos por tratarse de un recursos transfronterizos o compartidos. Mal que les pese quienes a ultranza se proclaman positivistas estrictos, la propia naturaleza del bien/recurso, su movilidad, su inevitable paso transfronterizo, llevan a la imposibilidad de aplicabilidad plena de las divisiones territoriales rígidas conforme los límites geográficos del Estado y a la necesidad de limitar las facultades soberanas de los Estados sobre esos elementos móviles transfronterizos que circunstancialmente se hallan en porciones de su territorio.

El Acta Final del Congreso de Viena de 1815 -que obró como verdadero acuerdo- en su art. 108 estableció con relación a la navegación (único uso de los ríos con trascendencia internacional en aquel momento) que “las Potencias cuyos Estados son separados o atravesados por un mismo río navegable, se comprometen a regular de común acuerdo todo lo que hace a la navegación de ese río”. Por nuestra parte, no creemos que sea necesario en todos los casos regular en común un acuífero transfronterizo. La incidencia sobre el recurso transfronterizo de la actividad proyectada y la imposibilidad de deslindar la acción de uno de los Estados de los efectos sobre los recursos de otro Estado son los que determinan la intensidad de la cooperación entre los Estados como entes soberanos, intensidad que puede ir desde la mera comunicación a la gestión compartida o conjunta.

En el asunto relativo al *Río Oder* la CPIJ en su sentencia de 10 de septiembre de 1929, ha señalado: “*Mais, lorsqu'on examine de quelle manière les États ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un État et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief, on voit tout de suite que ce n'est pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des États d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des États riverains que l'on a cherché la solution du problème. Cette communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres. C'est sur cette idée qu'est incontestablement fondé le droit fluvial international (...)*” (CPIJ, Série A, N° 23 (Alemania, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia y Checoslovaquia vs. Polonia), p. 27).

Entendemos que el principio *sic utere tuo* es un mero complemento del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados, lo que incluye el derecho a la integridad e integralidad de los bienes y recursos de su territorio o los que se hallan bajo su jurisdicción. Es de observar la tendencia a reemplazar la expresión “recursos naturales compartidos” por “recursos compartidos” o “recursos transfronterizos” y a hacer desaparecer toda referencia a “natural” (recurso natural compartido). Tal el caso de la sentencia de la CIJ de 20 de abril de 2010 en el asunto de las celulósicas sobre el río Uruguay, en la que en un solo párrafo la Corte hace uso de la expresión recurso natural compartido (para. 177). Por nuestra parte consideramos que la idea de lo “natural” resulta esencial e insoslayable a la hora

de determinar lo que pertenece a cada Estado y es justo reconocérsele a la hora de administrar los bienes/recursos transfronterizos, ya que la amplitud del derecho a las utilizaciones y a los aprovechamientos de cada Estado depende de la condición natural del bien/recurso, sus cualidades propias y sus caracteres esenciales.

En tal sentido, cabe recordar el asunto del *Lago Lanoux (Lanós)* entre España y Francia por la derivación del río Carol. Si bien, el tribunal arbitral no hizo lugar a la reclamación española de un derecho a la “naturalidad” de las aguas, considerando *i.a.* que el estado de la técnica moderna llevaba frecuentemente a desechar la aplicación inmovilista de los recursos conforme la naturaleza originaria de los mismos, la posición francesa durante las negociaciones llevadas adelante entre 1917 y 1954 permite observar la convicción que poseía Francia de que -conforme a derecho- ese cambio de la “naturalidad” en beneficio propio exigía compensaciones. Así, Francia realizó distintos tipos de ofrecimiento: indemnización sin restitución de las aguas derivadas, restitución parcial, restitución integral de las aguas del río Carol, restitución de aguas de conformidad a las necesidades de la agricultura española durante el período de irrigación y en invierno conforme la equivalencia con lo derivado (sistema “cálculo de corriente de agua”), aportes excepcionales en épocas de sequía, ventajas hidroeléctricas, etc. (Recueil des Sentences Arbitrales, *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Sentence du 16 November 1957, Vol. XII, pp. 281-317, en particular, para. 24 de la sentencia).

Lo precedentemente señalado hace a una nueva, moderna visión del respeto a lo “natural” en materia de utilización y aprovechamiento de los recursos naturales compartidos. Toda tentativa de ignorar la condición originaria, natural de un recurso compartido -parte de los derechos soberanos a la integridad e integralidad territorial de los Estados- facilitará la opresión de los más poderosos y avanzados económicamente sobre los más débiles y retrasados, agregando nuevos problemas a las relaciones mutuas transfronterizas.

Hacemos presente que la Convención de 1997 no contiene dispositivo alguno que se refiera al principio de soberanía como principio general rector de los usos de los cursos de agua internacionales. Solo hace mención una vez a él en el art. 8 al referirse a la obligación general de cooperar (de modo idéntico al PDAT), aspecto que trataremos en el próximo punto.

Art. 2. “Cada Parte ejerce el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones del Sistema Acuífero Guaraní, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales y legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables”.

El dominio territorial soberano enunciado en el artículo 2 es reforzamiento del anterior pero centrado en el derecho individual de cada Estado del SAG. Puede considerarse norma internacional consuetudinaria consagrada el derecho del Estado a establecer su propio derecho interno y hacerlo cumplir. Sin embargo, ese sistema normativo interno no puede lesionar normas de derecho internacional aplicables. Tal el caso de las restricciones a la plena y exclusiva disposición soberano en el caso de recursos naturales compartidos o transfronterizos.

Ello, en un todo de acuerdo con el PDAT el que, en el art. 3 ya referido pone limitaciones a la soberanía del Estados del sistema acuífero al disponer que “ejercerá su soberanía de acuerdo con el derecho internacional y el presente proyecto de artículos”. En trabajo anterior hemos observado el texto final del proyecto del art. 3 del PDAT por entender que no se justifica la separación que hace la formulación entre “derecho internacional” (DI) y el “proyecto de artículos” sobre derecho de los acuíferos, como si este último instrumento fuera ajeno al DI. Debemos recordar que, de conformidad a su Estatuto, la CDI tiene por objeto “impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación”. Por otra parte, resulta obvio que, si el proyecto sobre acuíferos se convierte en convenio, sus disposiciones a más de ser fuente de derecho internacional convencional, fijarán cómo ejercerá el Estado del acuífero su soberanía sobre el mismo, resultando innecesaria la inclusión de una referencia de tal naturaleza.

Art. 3. “Las Partes ejercen en sus respectivos territorios el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní, y utilizarán dichos recursos sobre la base de criterios de uso racional y sustentable, respetando la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás Partes ni al medio ambiente”.

Llama la atención el art. 3 del AAG en cuanto hace referencia a derechos de jurisdicción de un Estado soberano, desconociendo que ese tipo de derechos importan el ejercicio del imperio del Estado (soberanía *ad intra*) mediante el dictado de normas y su aplicación. La expresión “promover la gestión, el monitoreo, el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos” no tiene relación con la realidad soberana, ni con la condición de pertenencia al dominio público que tienen los recursos hídricos en el sistema de cada uno de los cuatro países del SAG. Por otra parte, resulta incoherente el uso de un verbo débil, como es “promover”, para referirse a cuestiones implícitas en el derecho soberanía/imperio. y uno fuerte,

como “utilizarán” para las limitaciones en el ejercicio de la jurisdicción. Cabe preguntarse, además, “promover” ¿ante quién? A ello cabe agregar la criticable mezcla del uso del término “racional” (que toma en cuenta centralmente el interés soberano de los con-ribereños) con el “sustentable” (que se centra en lo ambiental intergeneracional de interés multilateral y no sólo entre partes).

La parte final del artículo pone en evidencia estos dos tratamientos que distingue pero mezcla en la estructura general del acuerdo: a) perjuicio a las demás Partes (*intuitae personae*) y b) perjuicios al medio ambiente (*erga omnes*). No resulta justificado un tratamiento desjerarquizado de esas dos relaciones: soberanista (bi o plurirelacional) y ambientalista (multirelacional). Esta falla de estructura se observa no sólo en este instrumento sino también en la CAIFDN y en el PDAT, lo que lleva a confundir obligaciones procedimentales con las sustantivas, ya que no todas las que son procedimentales en el plano multilateral lo son ontológicamente *vis-à-vis* los derechos soberanos de los Estados del bien que produce los aprovechamientos, tal como lo aclararemos más adelante. Esta situación defectuosa es observable en distintos artículos, a más de resultar notorio que buena parte de los artículos son superfluos (formal y sustancialmente reiterativos) en tanto los derechos de los soberanos -es sabido- son plenos, resultando necesario precisar, discernir, concertar sólo las limitaciones en el obrar soberano. También resulta superfluo dedicar un artículo a decir que las Partes deberán actuar de conformidad con los principios y normas del derecho internacional aplicables, a lo que está obligado de todos modos. Se trata de un caso de inflación legislativa por tautología, la que se ve agravada con repeticiones del mismo contenido en el art. 5: “*Cuando las Partes se propongan emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que se encuentren localizadas en sus respectivos territorios y que puedan tener efectos más allá de sus respectivas fronteras deberán actuar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables*”.

Además, el art. 3 del AAG, correctamente, señala que cada Estado del SAG al utilizar el recurso tiene “la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás Partes ni al medio ambiente”, lo que de conformidad a su formulación -tal como ya lo señaláramos- distingue el perjuicio sensible a otro soberano comparte del detrimento ambiental general. Además, está formulado como una obligación de resultado, cuya violación ha de constituir un ilícito internacional (sólo excludible por invocación de una circunstancia de exención de ilicitud). Sin embargo, en el art. 6 del AAG, la enunciación -si bien equivalente en lo que hace a los sujetos y a la situación normada- debilita la obligación, formulándola como compromiso de comportamiento: obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente: “*Las Partes que realicen actividades u obras de aprovechamiento y explotación del recurso hídrico del Sistema Acuífero Guaraní en sus respectivos territorios, adoptarán todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente*”.

No hay referencia en el AAG a la “integridad territorial”. Ello, a diferencia de la CAIFDN (art. 8) y del PDAT (art. 7), los que establecen de modo idéntico al referirse a la obligación de cooperar que “*1. Los Estados (...) cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional*”.

El hecho de que el inc. 2. de ambos instrumentos agregue en potencial o en términos normativos *soft* modos de cooperación más complejos y avanzados se justifica, en tanto, mientras no haya lesión a los legítimos intereses de los comparte en los usos de un recurso transfronterizo, no cabe generar una obligación general (no pactada en particular) -contraria a la idea de soberanía de los Estados sobre su territorio- como es la de crear comisiones o mecanismos conjuntos de cooperación (CAIFDN: 8. 2. “*Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones*”. PDAT 7.2. “*A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación*”).

Dispositivos del AAG vinculados con el “principio de soberanía”

Art. 4 “Las Partes promoverán la conservación y protección ambiental del SAG de manera de asegurar el su uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos”.

En la parte inicial, el dispositivo pone en evidencia que se refiere a un *compromiso ambiental* de los cuatro Estados del sistema acuífero, pero en la parte final, diluye esa dimensión al imponer el uso “equitativo”, no resultando claro a qué se refiere con ello en el plano ambiental. Ello es parte de las fallas lógicas de la estructura y los enunciados.

El AAG no incluye referencia por separado a la *utilización y participación equitativas y razonables*, como lo hacen la CCAIFDN y el PDAT, sin embargo -a nuestro criterio correctamente-, lo deja unido al principio de soberanía y al

de integridad territorial. Así, al tratar en el **art. 11.2** la situación de un Estado que considera que la actividad de su comparte en un recurso natural transfronterizo puede causarle perjuicio sensible, establece que “*las dos Partes analizarán la cuestión para llegar, de común acuerdo y en el plazo más breve posible, compatible con la naturaleza del perjuicio sensible y su análisis, a una solución equitativa sobre la base del principio de buena fe, y teniendo cada Parte en cuenta los derechos y los legítimos intereses de la otra Parte*”. Concepción que se mantiene en el plano de las limitaciones de los derechos soberanos de los Estados en el caso de recursos naturales compartidos

La CIJ en su sentencia de 27 de septiembre de 1997 en el *Asunto relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, da por sentado que el control unilateral de un recurso natural compartido, por sí mismo, constituye una privación del derecho a la división equitativa y razonable del recurso que tienen los co-ribereños: “85. (...) *The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube (...) failed to respect the proportionality which is required by international law.*”

El principio de utilización equitativa y razonable es considerado por numerosos doctrinarios principio clave del derecho de los cursos de agua y acuíferos internacionales. El mismo es contemplado por la CAIFDN y el PDAT.

Así, el artículo 5 de la CAIFDN (primero de la Parte II relativa a Principios Generales) tiene dos párrafos. El inicial confirma el derecho del Estado a utilizar el curso de agua internacional de modo equitativo y razonable y la obligación de no excederse en su derecho al uso equitativo. En otros términos, requiere no privar a otro Estado del curso de agua de su derecho a la utilización equitativa. El segundo párrafo contempla que el Estado del uso sea capaz del más eficiente uso, no sólo en sentido económico sino ambiental. Implica la maximización de la cobertura de sus necesidades y la minimización de los perjuicios, acorde con la concepción de uso sustentable: *Artículo 5. Utilización y participación equitativas y razonables. 1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención.* El resaltado nos pertenece. Como puede observarse, el art. 5 halla equivalente en el art. 3 de la Res. 3281 (XXVIII) de la AG NU que en sus art. 2.1. y 3 distingue los derechos de los Estados según sean suyos en exclusividad o sean recursos naturales compartidos. No estamos convencidos de la conveniencia de incluir en este artículo la referencia a cooperación en la protección y aprovechamiento del curso de agua, aspectos ajenos a la lógica del principio enunciado y que, por otra parte se retoman en el art. 8 (obligación general de cooperar) y en la Parte IV (Protección, preservación y gestión). Tal vez, hubiese sido justificado regular sobre el derecho a la cooperación que tienen los otros Estados del curso del agua para asegurar la equitatividad en el uso y los beneficios, si bien, hubiese correspondido precisar los comportamientos concretos de esa cooperación. La idea de equidad, indudablemente, no requiere una división en porciones iguales. El uso equitativo depende de los hechos y circunstancias de cada caso, lo que se refleja en la ponderación de los factores relevantes a los que se refiere el art. 6, aspecto que consideramos en trabajos anteriores.

Algunos instrumentos internacionales señalan el derecho soberano, las limitaciones al mismo y el principio de uso equitativo, al que relacionan con los iguales derechos de los Estados del curso de agua. Por ejemplo, la *Declaración de Montevideo* relativa a los usos industriales y agrícolas de ríos internacionales, adoptada por la Séptima Conferencia Internacional Americana el 24 de diciembre de 1933, establece: 2. *The States have the exclusive right to exploit, for industrial or agricultural purposes, the margin which is under their jurisdiction of the waters of international rivers. This right, however, is conditioned in its exercise upon the necessity of not injuring the equal right due to the neighboring State over the margin under its jurisdiction.* (El resaltado nos pertenece). La referencia a “soberanía dual”, si bien, no es correcta sustantivamente, permite captar la naturaleza particular de los elementos móviles a la ahora de aprovechar un recurso natural compartido.

El *Acta de Asunción* sobre la utilización de ríos internacionales, adoptada por los Ministros de Relaciones Exteriores del Tratado de la Cuenca del Plata, en su cuarta sesión, celebrada entre el 1y el 3 de junio de 1971, en sus paras. 1 y 2, ha distinguido entre los cursos de agua internacional compartidos en forma enfrentada y los en forma sucesiva, requiriendo para los primeros un acuerdo previo entre los Estados del recurso compartido antes de la realización de cualquier uso y, para los segundos, que no haya daño apreciable para los otros Estados del curso de agua, distinción remarcable atento a la naturaleza del recurso: 1. *In contiguous international rivers, which are under dual sovereignty, there must be a prior bilateral agreement between the riparian States before any use is made of the waters.* (El resaltado

nos pertenece). 2. ***In successive international rivers, where there is no dual sovereignty, each State may use the waters in accordance with its needs provided that it causes no appreciable damage to any other State of the Basin.*** (El resaltado nos pertenece).

Numerosos convenios internacionales hacen referencia al uso equitativo, entre ellos, los acuerdos relativos a la cuenca del río Kagera, del Senegal, del Níger, del Gambia, Río de la Plata, Río Uruguay, etc.

El Informe de la CDI de 1994 en el Proyecto sobre los CAIFDN (para. 10) señala que hay consenso en que el uso equitativo en este campo es un principio general del derecho: *(10) A survey of all available evidence of the general practice of States, accepted as law, in respect of the non-navigational uses of international watercourses -including treaty provisions, positions taken by States in specific disputes, decisions of international courts and tribunals, statements of law prepared by intergovernmental and non-governmental bodies, the views of learned commentators and decisions of municipal courts in cognate cases- reveals that there is overwhelming support for the doctrine of equitable utilization as a general rule of law for the determination of the rights and obligations of States in this field.* (El resaltado nos pertenece). Sin embargo, estimamos que este principio es dependiente del principio de soberanía de los Estados de los que se derivan como corolarios los principios de integridad territorial y uso equitativo. Más adelante consideraremos otros corolarios del principio de soberanía: la obligación de no causar daño transfronterizo y la obligación de transparencia, consistente en el deber de poner en conocimiento de los Estados comparte los proyectos de utilización y aprovechamiento que por su naturaleza pueden impactar en el bien recurso compartido.

Debe tenerse en cuenta la particular situación de los acuíferos que no se recargan y cuyas aguas no son renovables. Toda explotación de este tipo de recurso conduce a su agotamiento. Si bien las aguas de los acuíferos que pueden recargarse son renovables, la cantidad de las aguas de recarga suele ser muy reducida en comparación con el gran volumen de agua almacenado en el acuífero durante miles de años. En numerosos casos, limitar la explotación de las aguas a la cantidad de recarga, equivaldría a prohibir su explotación. Obsérvese que las disposiciones del PDAT no mencionan la obligación de “mantener” el recurso de aguas subterráneas o el volumen de las aguas en el acuífero por encima de un determinado nivel mínimo. Sólo proscribire el uso que impida la continuación de su funcionamiento efectivo, aspecto difícil de prever con certidumbre hasta que sucede.

Art. 5. “Cuando las Partes se propongan emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que se encuentren localizadas en sus respectivos territorios y que puedan tener efectos más allá de sus respectivas fronteras deberán actuar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables”.

Es de observar que, de no haberse enunciado el art. 5, la situación jurídica de la relación inter partes en nada hubiese cambiado ya que los Estados, independientemente del AAG, deben obrar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables. Este tipo de inflación normativa es considerada por algunos como útil y reforzatoria de las obligaciones internacionales. No compartimos esa idea. Además, estimamos que los Estados del AG pudieron cristalizar esos principios y normas enunciándolos en forma estructurada y sistemática para así mejor asegurar su cumplimiento inter partes. Entre los principios y normas de derecho internacional aplicables al AG se encuentra el principio de soberanía y los corolarios que acabamos de señalar.

Art. 6 “Las Partes que realicen actividades u obras de aprovechamiento y explotación del recurso hídrico del Sistema Acuífero Guaraní en sus respectivos territorios, adoptarán todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente”.

Tal como lo señaláramos, vinculada al principio de soberanía se halla la *obligación de no causar daño sensible a otros Estados (sic utere tuo ut alienum non laedas)*.

Este antiguo principio romano es uno de los más aceptados en la doctrina y jurisprudencia, sin embargo, hay diferencias en la concepción de su contenido. Algunos autores colocan a este principio en el plano de los principios de cortesía internacional en oposición a la percepción jurídica soberanista, poniendo el acento en la vecindad y el interés común, reduciendo la responsabilidad del que provoca un daño a su/sus comparte/s a la mera compensación económica del perjuicio causado o, incluso, ni siquiera a eso, por considerarlo una mera máxima moral. Por su parte, otros doctrinarios entienden que existe una norma consuetudinaria de derecho internacional general consolidada que prohíbe a los Estados usar o dejar usar su territorio de modo de causar daño o perjuicio a otros Estados, posición que compartimos.

El Informe de la CDI de 2006 en materia de acuíferos transfronterizos, en su comentario al art. 6, señala que: “2. *Sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno), es un principio arraigado de responsabilidad internacional. La obligación enunciada en este proyecto de artículo es la de ‘adoptar todas las medidas apropiadas’: en sustancia es la misma que la de la ‘debida diligencia’. La sustitución de ‘la debida diligencia’ por ‘todas las medidas apropiadas’ se decidió en la última fase negociadora de la Convención sobre los cursos de agua de 1997. Es una obligación de comportamiento, y no de resultado”.

La CDI confunde en este párrafo endonorma con perinorma. La obligación de no causar daño a lo ajeno es una norma primaria, no de responsabilidad. Además, es una obligación de resultado. Violar esa norma constituye un ilícito internacional. En esa situación, los Estados generalmente invocan la diligencia debida (medidas internas y no internacionales) como “circunstancia excluyente de ilicitud”.

Debemos observar que el art. 3 del AAG -tal como ya lo refiriéramos al considerar este artículo- también se refiere al principio *sic utere tuo* al expresar “(...) **respetando la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás partes** (...)”, enunciando a esa obligación como una de resultado.

Por su parte, el art. 7 de la CCAIFDN se ocupa del principio *sic utere tuo*, bajo la designación “obligación de no causar perjuicios sensibles”, principio conocido también como de diligencia debida -según expresiones de la propia CDI-, si bien a nuestro criterio, esa identificación -tal como ya lo señaláramos- no es correcta: *Art. 7. Obligación de no causar daños sensibles. 1. Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. 2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización.* (Los resaltados nos pertenecen). Este proyecto de artículo, ni siquiera recepta los principios sentados en el asunto de la Fundición de Trail (EE.UU. vs. Canadá), en el que el Tribunal Arbitral, en su dictamen de 11 de marzo de 1941, concluyó que “ningún Estado tiene el derecho de usar su territorio o permitir su uso de manera (...) que cause un perjuicio en el territorio de otro Estado o a bienes o personas que allí se hallan”. Agregó que, independientemente de los compromisos que Canadá había asumido convencionalmente, el Gobierno del Dominio de Canadá tenía “el deber de velar que la referida fundición actuara conforme a la **obligación emergente del derecho internacional**”. El art. 7 presenta una visión desarrollista a ultranza y su formulación implica la consagración de una especie de derecho a dañar. Sólo la rúbrica (título) del proyecto de artículo indica la obligación primaria, obligación que no aparece en el texto.

Es de observar que el proyecto de la CDI de 1994 que fue base de la Convención de 1997, si bien tenía el mismo defecto de no coherencia entre rúbrica y contenido, difería sensiblemente del texto adoptado. Expresaba: *Article 7. Obligation not to cause significant harm. 1. Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse States. 2. Where, despite the exercise of due diligence, significant harm is caused to another watercourse State, the State whose use causes the harm shall, in the absence of agreement to such use, consult with the State suffering such harm over: (a) The extent to which such use is equitable and reasonable taking into account the factors listed in article 6; (b) The question of ad hoc adjustments to its utilization, designed to eliminate or mitigate any such harm caused and, where appropriate, the question of compensation.* (El resaltado nos pertenece). Algunos doctrinarios han destacado el uso del término “harm” (daño material) frente a “injury” (daño jurídico). Por nuestra parte consideramos que el daño material *per se* implica una lesión jurídica a los derechos de soberanía e integridad territorial del Estado lesionado.

El Comentario de la CDI al artículo señala que: “*Due diligence has been defined to mean: ‘a diligence proportioned to the magnitude of the subject and to the dignity and strength of the power which is to exercise it’; and ‘such care as governments ordinarily employ in their domestic concerns.’*”

Debemos recordar que el comentario al art. 7 del Proyecto de la CDI en el *Derecho de los cursos de agua para fines distintos de la navegación* señala que una obligación de diligencia debida, es un estándar objetivo y puede deducirse de tratados en materia de utilización de cursos de aguas internacionales. Pone como ejemplo el Tratado del río Indo de 1960 entre India y Pakistán, cuyo art. IV.10 expresa: “*Each party declares its intention to prevent, as far as practicable, undue pollution of the waters of the Rivers which might affect adversely uses similar in nature to those to which the waters were put on the Effective Date, and agrees to take all reasonable measures to ensure that, before any sewage or industrial waste is allowed to flow into the Rivers, it will be treated, where necessary, in such a manner as not materially to affect those uses: Provided that the criterion of reasonableness shall be the customary practice to similar situations on the Rivers.*” Por nuestra parte, consideramos que las medidas de diligencia debida (prevención en sentido amplio), en calidad de estándares

mínimos de comportamiento interno internacionalmente exigibles, debieron ser cristalizados por la CDI en proyectos de artículos tanto para los cursos de agua como para los acuíferos y para otros usos no prohibidos. Estándares concretos, precisos en calidad de normas primarias (no secundarias como la CDI ha manifestado en distintas oportunidades).

Recordamos la ECE Convención sobre Cursos de agua transfronterizos de 1992 que, en su art. 3.1.d), impone que las partes deben adoptar requerimientos estrictos de prevención *“llegando, incluso, a la prohibición en casos particulares, cuando la calidad de las aguas o el ecosistema lo requiera”*.

En general, los tratados -al igual que la CCAIFDN y el PDAT- contemplan medidas en materia de prevención y diligencia debida en forma vaga: “adoptar todos los pasos necesarios”, “realizar esfuerzos apropiados”, “adoptar todas las medidas apropiadas”, expresiones difusas, ya que lo que luce “apropiado” para el desarrollista no suele serlo para el damnificado. Unos pocos acuerdos concretan las medidas de diligencia debida exigibles de modo preciso, directamente requerible, por ej: realizar evaluación de impacto ambiental, utilizar tecnologías limpias, no verter determinados químicos, obligación de contratar seguros, obligación de constituir fondos para emergencias, etc. Excepcionalmente, algunos tratados han efectuado útiles y efectivas previsiones concretas para asegurar que el tratado cumpla en plenitud sus objetivos. Por ejemplo, el Tratado entre Bélgica y Holanda relativo al Canal de Terneuzen de 1960, en su Anexo dispone que “el vertido directo o indirecto de materiales al Canal no puede tener por efecto: -una elevación de temperatura del agua a más de 30° C.; -la reducción a menos de 3 mg/l el contenido de agua en oxígeno disuelto según en método Winckler; -la elevación a más de 10 mg/l la media anual del contenido del agua en nitrógeno amoniacal, mientras el valor máximo no puede superar los 15 mg/l (...), etc.

Consideramos que los estándares mínimos de comportamiento diligente de los Estados comprenden medidas de prevención/precaución *ad intra* y *ad extra* (*ex ante* y *ex post*), las que hubiese convenido que la CDI receptara en los proyectos sobre cursos de agua y sobre acuíferos transfronterizos con la mayor precisión posible, en calidad de endonormas internacionales.

El PDAT en su art. 6 se refiere a la obligación de no causar daño sensible, entendiéndose por tal al "detectable", sin llegar al nivel de "grave" o "sustancial": *Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible. 1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en su territorio, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga. 2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga (...).* (El resaltado nos pertenece).

La CDI, en el Comentario al artículo, recuerda que el umbral del "daño sensible" es un concepto flexible y relativo. En cada caso concreto hay que tener en cuenta más las consideraciones de hecho que las de carácter jurídico y también hay que tener presente la fragilidad de los acuíferos. El inciso 1 del art. 6 es equivalente en contenidos al texto de la CCAIFDN. Sin embargo, el inc. 2 es nuevo, una especie de derecho a causar daño sensible transfronterizo, ya que el compromiso de “adoptar todas las medidas” no es lo mismo que la obligación de no causar daño transfronterizo. El comentario de la CDI a este artículo ha sido lacónico y, en la mayor parte de su contenido, efectúa remisiones al Proyecto aprobado en segunda lectura en materia de CAIFDN en 1994.

Es de observar que el proyecto de dispositivo no diferencia en absoluto entre la prescripción normativa del daño transfronterizo en materia ambiental general y la prescripción para el caso que se trate de un recurso natural compartido, poniendo en evidencia el alejamiento de la visión soberanista y la inclinación hacia una visión cooperativista y desarrollista que, en el fondo, desconoce la condición de recurso compartido de los acuíferos transfronterizos.

La referencia a que el Estado que cause el daño deberá adoptar, *en consulta* con el Estado afectado, las medidas para mitigar o eliminar el daño, no luce viable en la vida práctica, en tanto, una vez producido el daño, surgen rispideces entre los Estados que hacen inviable que se lleven a cabo “consultas” con visión positiva. Por otra parte, la adopción de medidas, generalmente, debe ser urgente para no magnificar los efectos, lo que no es coherente con la idea de efectuar “consultas” para adquirir un presunto “derecho” a adoptar medidas. La situación debiera ser exactamente lo contrario: la obligación unilateral, inmediata, urgente, eficiente del causante del daño de adoptar medidas para frenar, minimizar el daño y compensar al damnificado. Es obvio que la oposición del Estado comparte lesionado en torno a las medidas de mitigación

o eliminación adoptadas por el causante, en tanto puedan agravar o generar un daño adicional a los bienes/recursos bajo su jurisdicción deben considerarse nuevas violaciones al derecho internacional.

Algunos autores han discutido sobre si el principio *sic utere tuo* es la regla dominante en materia de recursos transfronterizos o si lo es el uso equitativo y razonable, una regla que -según expresiones de Bournet- no había de ceder el paso a consideraciones de equidad y razonabilidad en la distribución de los usos de las aguas. Por nuestra parte, entendemos que la no equidad y no razonabilidad en los usos, de por sí implican una lesión que viola el principio *sic utere tuo* y todos ellos, el principio de soberanía con su inmediato corolario: la integridad territorial.

Por su parte, el art. 7 del AAG expresa: “*Cuando se cause perjuicio sensible a otra u otras Partes o al medio ambiente, la Parte cuyo uso lo cause deberá adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio*”. Tal como lo señaláramos precedentemente, se observa incoherencia entre este artículo y el art. 6 con el art. 3 del AAG, en tanto este último señala la obligación de no causar daño transfronterizo, como una obligación de resultado que acarrea responsabilidad internacional, en tanto el 6 y el 7 como una obligación de comportamiento que sólo conlleva el deber de adoptar medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio.

El PDAT en su art. 6. 3 establece que “***Cuando no obstante se cause daño sensible a otro Estado del acuífero o a un Estado en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga, el Estado del acuífero cuyas actividades causen tal daño deberá adoptar, en consulta con el Estado afectado, todas las medidas de respuesta apropiadas para eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículos 4 y 5***”.

Art. 9. “Cada Parte deberá informar a las otras Partes de todas las actividades y obras a que se refiere el Artículo anterior [aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del SAG] que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio que puedan tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní más allá de sus fronteras. La información irá acompañada de los datos técnicos disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales, para que las Partes a las que se haga llegar la información puedan evaluar los posibles efectos de dichas actividades y obras”.

La obligación de cada Estado de *poner en conocimiento* de los otros Estados acuífero de todo proyecto de actividad u obra que pueda tener efecto transfronterizo, se halla vinculada al principio de soberanía y debe ser entendida como una obligación sustantiva y no procedimental.

En el asunto del *Lanoux/Lanós* Francia arguyó que, si una actividad no tenía entidad suficiente para causar perjuicio, no daba lugar a la obligación de informar. Sin embargo, el Tribunal arbitral internacional señaló que la obligación de notificar no podía depender de la sola voluntad del interesado en realizar la utilización. Además, el Tribunal arbitral señaló la obligación no sólo convencional (en el caso) sino también consuetudinaria de informar y negociar de buena fe de modo previo a la realización del proyecto, lo que no implica la necesidad de llegar a un acuerdo, ya que ello importaría otorgar un derecho de veto al consultado. Para esa situación previó el recurso al arbitraje. (Recueil des Sentences Arbitrales, *Affaire du lac Lanoux [Espagne, France]*, Sentence du 16 November 1957, Vol. XII pp. 281-317).

Recuérdese el *Acta de Asunción* de 1971 en su dispositivo 1 –v. *supra*- la que en base a que el recurso se compartía en calidad de “soberanía dual” (por la indivisibilidad natural que conllevaba) requería más que una mera notificación: “***a prior bilateral agreement between the riparian States before any use is made.***” Si bien esto no aparece como compatible con el fallo en el asunto del Lago Lanoux, debe tenerse presente que el caso se refería a río sucesivo.

Quentin-Baxter, en su segundo Informe a la CDI en el Proyecto *Responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional* (PRANPDI) había expresado que “*el deber de diligencia sigue siendo la medida de las obligaciones del Estado de velar por que los derechos de otros Estados no resulten lesionados por los efectos perjudiciales de acciones (...) realizadas dentro de su territorio o bajo su jurisdicción*” [CDI Informe 1981, Vol. II. Parte I, p. 123, para.40]. No debemos olvidar que el uso de un curso de agua, de un acuífero u otro recurso transfronterizo por parte de un Estado constituye uno de los tantos actos no prohibidos por el Derecho internacional.

McCaffrey en el marco del PRANDI relacionó la obligación de notificar con la proscripción de daño a otros y propuso a la CDI el siguiente proyecto de artículo: ***If a State fails to provide notification (...) it shall incur liability for any harm caused to other States by the new use, whether or not such harm is in violation of article (...).***” (El resaltado nos pertenece). [U.N. Doc. A/CN.4/406 (1987)].

La obligación de poner en conocimiento de los Estados compartes todo proyecto de utilización con capacidad de tener efectos sobre el recurso, ha sido considerada “indispensable” por la CIJ -de modo no consecuente con la condición de una obligación procedimental que no acarrea sanción en caso de incumplimiento-. Así, la CIJ en el fallo de 20 de abril de 2010 en el asunto de las *Pasteras sobre el río Uruguay*, expresó: “81. (...) *La Cour considère que les obligations d’informer, de notifier et de négocier constituent un moyen approprié, accepté par les Parties, de parvenir à l’objectif qu’elles se sont fixé à l’article premier du statut de 1975. Ces obligations s’avèrent d’autant plus indispensables lorsqu’il s’agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d’une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d’une coopération étroite et continue entre les riverains*”. A pesar de su indispensabilidad, lejos está de la percepción del Acta de Asunción que refiriéramos precedentemente.

REFLEXIONES FINALES

Tal como lo señaláramos, tanto el AAG, como el PDAT (y la CAIFDN) debieron tener por misión precisar las medidas obligatorias para los Estados de un curso de agua internacional y de un acuífero (extensible a otros recursos naturales compartidos) a la hora de utilizar o aprovechar ese tipo de bienes/recursos para no violar la soberanía e integridad de los comparte, ni sus legítimos intereses. Por su parte, el proyecto sobre responsabilidad por actos ilícitos, debió incluir las condiciones para que un Estado pueda exonerarse de responsabilidad por ilícito en invocación de haber obrado con diligencia debida. La responsabilidad objetiva por el daño causado -aun habiendo cumplido con la diligencia debida-, en principio, debiera recaer sobre el Estado del emprendimiento en tanto es quien modificó el *statu quo* del recurso transfronterizo para satisfacer su propio interés, por lo que no cabe pensar que sea razonable que el Estado o los Estados perjudicados deban hacerse cargo de los daños provocados por accidentes o imprevistos desencadenados por el desarrollador en su propio beneficio. Una percepción contraria a la señalada implicaría un desarrollismo aventurero, poco razonable y no equitativo.

Creemos que la Convención, al igual que el PDAT y el AAG han perdido la oportunidad de precisar los comportamientos concretos que corresponden a los Estados compartes, diferenciando con claridad:

a) las obligaciones sustantivas emergentes del respeto al principio de soberanía y sus corolarios: integridad territorial, principio de transparencia en el uso y aprovechamiento (puesta en conocimiento del proyecto a los comparte), aprovechamiento equitativo y razonable, *sic utere tuo ut alienum non laedas*); de

b) las obligaciones sustantivas de cooperación para la preservación y conservación del recurso –obligaciones *inter* comparte [en la medida que su violación puede implicar violación de las obligaciones enunciadas en el punto a)] y al mismo tiempo obligaciones ambientales *erga omnes*.