

UNA APROXIMACIÓN AL ESTANDAR DE DILIGENCIA DEBIDA DE LOS ESTADOS PARTE EN LA GESTIÓN DEL SISTEMA ACUÍFERO GUARANÍ*

An approach to State's Due Diligence standard in the Guarani's Aquifer System

Magdalena García Elorrio *

14/09/2011

RESUMEN: El presente trabajo analiza cuál es el alcance aproximado del estándar de diligencia debida exigido a los Estados Partes del Sistema Acuífero Guaraní en el aprovechamiento del recurso.

PALABRAS CLAVES: Diligencia Debida - Sistema Acuífero Guaraní - Responsabilidad Internacional.

ABSTRACT: The present work analyzes which is the approximate scope of the due diligence standard for States Parties in the use of the Guarani's Aquifer System.

KEY WORDS: Due Diligence - Guarani's Aquifer System - International Responsibility.

Introducción

No existe a la fecha ninguna controversia internacional que haya enfrentado a los Estados Partes¹ del 'Sistema Acuífero Guaraní' (en adelante 'SAG'), por las consecuencias derivadas de la falta de prevención o represión del daño al acuífero². Lo expuesto no implica afirmar que no existan problemas que afectan o que podrían afectar a los intereses de los Estados Parte o al medio ambiente. Por el contrario, los problemas

* Trabajo realizado por la autora en relación a Exposición realizada en el Seminario de Sistema Acuífero Guaraní, celebrado el 8 de septiembre de 2011, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y coordinado por la Dra. Zlata Drnas de Clement.

* 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.

¹ Los Estados Parte son: Argentina, Uruguay, Paraguay y Brasil.

² Compartimos con BARBERIS la opinión de que existe una prohibición de daño transfronterizo que abarca tanto el daño a la calidad del agua del acuífero como a su cantidad. (V. 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, pp. 77 en EM BID IRUJO, A., Director. "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, ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 1-401). Otros autores sostienen que se trata de una obligación de controlar de forma diligente las fuentes de daños (V. BOYLE A.E., "Environmental and Development: Accountability through International Law", *Third World Legal Studies* N° 95, 1993, pp. 100.

existen, y son diversos. El Informe de ‘Análisis de Diagnóstico Transfronterizo’ (en adelante ‘ADT’) elaborado en el marco del ‘Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní’, identifica tres esferas críticas en el SAG: la contaminación, la sobreexplotación y la falta de gestión eficiente del acuífero³. Asimismo, efectúa un relevamiento y posterior clasificación de cuáles son las causas⁴ que generan estos problemas. De esta forma, detectada la relación causa-efecto, la finalidad del SAG consiste en prevenir que los eventuales perjuicios que se avizoran, no evolucionen hacia consecuencias dañosas de mayor escala.

Es de observar que, la elección de los medios regionales o nacionales que emplearán los Estados para evitar el daño al SAG, reviste una importancia fundamental en la delimitación de la licitud o ilicitud de la conducta del Estado en el plano internacional. No es posible afirmar que el conjunto de comportamientos asumidos por los Estados en miras de cumplir con sus obligaciones internacionales de prevención y represión del daño, sean un mero hecho⁵ sin trascendencia internacional. Por el contrario, del estudio de la jurisprudencia⁶ y doctrina⁷ internacional se desprende que la constatación del elemento objetivo de la responsabilidad internacional por hecho ilícito esta supeditado a criterios de razonabilidad, necesidad y eficacia de las medidas

³ La gestión deficiente del SAG constituye a la vez una de las causas de la contaminación y la sobreexplotación del SAG.

⁴ De esta forma, el ADT establece cinco Causas a las cuestiones críticas planteadas: (1) Causas Naturales e.g: variabilidad climática, la estructuración natural del SAG. (2) Causas Primarias o Técnicas e.g: contaminación de los pozos de agua potable por el saneamiento inadecuado de los mismos o su errónea construcción, impacto negativo en la calidad y tasa de recarga del acuífero como resultado de cambios extensivos en el uso del suelo agrícola así como en los tipos y sistemas de cultivos, uso no sustentable del acuífero por la reducción del artesianismo (condición de presión de un acuífero, que permite el libre flujo de agua por encima del nivel de la superficie del suelo) geotermalismo y salinización causada por la explotación no controlada de los pozos geotérmicos y por pozos profundos no sellados. (3) Causas Secundarias o económica-gerenciales e.g: insuficiente asignación de recursos económicos, insuficiencia de los sistemas de información, insuficiencia gerencial e institucional por falta de capacitación y falta de priorización del tema, gestión deficiente del medio ambiente. (4) Causas Terciarias o Políticas Institucionales e.g: insuficiencia de políticas públicas ambientales, insuficiencia del ordenamiento legal, debilidad institucional, falta de coordinación de los actores implicados, falta de voluntad política. (5) Causas Fundamentales o Culturales e.g: insuficiencia en la educación formal e informal, insuficiencia en la cultura ambiental vinculada con el recurso.

⁵ PCIJ, *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig Territory*, 1932, Série A/B, n. 44, p. 24; PCIJ, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 1932 Série A/B, n. 46, p. 167.

⁶ ICJ, *The Corfu Channel Case*, 9 de abril de 1949, Reports 1949, p. 22; Tribunal Arbitral, *Asunto Trail Smelter Arbitration United States/Canada*, 11 de marzo de 1941. ICJ, *“The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”*, 26 Febrero de 2007, p. 157; ICJ, Reports of judgments, Advisory Opinions and Orders, *Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, United States vrs. Iran, Judgment 24 of may 1980, p.35

⁷ BOYLE A.E, “Globalizing Environmental Liability: The interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law* (2005), Vol. 17, N° 1, pp. 3-26. DUPUY P. M, “Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law”, pp. 173-183 in CRAWFORD J., PELLET A., OLLESON S., *“The Law of International responsibility”*, Oxford University Press, 2010.

adoptadas en los sistemas nacionales, pero analizadas principalmente⁸, a la luz del contenido de estándares mínimos de comportamiento internacionales⁹.

A los fines de poder precisar cuál es el estándar de diligencia debida aproximado que han acordado los Estados Parte del SAG y cuáles son las implicancias que su cumplimiento o incumplimiento generan en el tipo y alcance de la responsabilidad internacional del Estado, llevaremos adelante un análisis en los siguientes términos: **(1)** Acciones concertadas por los Estados Parte del SAG **(2)** Algunas consideraciones sobre el tratamiento de la diligencia debida en la jurisprudencia internacional.

1. Acciones concertadas por los Estados Parte del SAG

Conforme se expone en el ‘Programa Estratégico de Acción’ (en adelante PEA), los Estados Parte han desarrollado un plan de acciones orientado a prevenir los daños transfronterizos y lograr una gestión sostenible del SAG. Se trata de un conjunto de comportamientos estructurados en 11 lineamientos regionales de acción que pretenden conformar herramientas de gestión con un sentido sólido de permanencia y continuidad en el tiempo. Es dable destacar que, el contenido y alcance de estas acciones se basa en una previa decisión libre y concertada por los miembros del SAG. La necesidad de generar un espacio de concertación se funda en que las facultades soberanas¹⁰ de los Estados del SAG, se encuentran limitadas en su aprovechamiento por pertenecer a un sistema unitario transfronterizo¹¹.

Es menester señalar que, el PEA constituye una instancia de cooperación interestatal concreta que materializa el objetivo de creación del SAG. No obstante, el compromiso de los Estados no se limita a crear los instrumentos de gestión sino que alcanza la utilización eficiente de los mismos. El mayor desafío de los Estados consiste en mantener y actualizar la estructura jurídica, técnica y económica que ha sido puesta en marcha, a partir de esta innovadora iniciativa regional.

En este marco, la importancia de sistematizar los comportamientos asumidos por los Estados radica en poder inferir de su análisis, el grado de protección diligente que habrán de brindar los Estados al acuífero, desde sus sistemas nacionales y/o en acciones conjuntas de índole regional.

⁸ Utilizamos el término “principalmente” porque existen casos en donde la jurisprudencia internacional se remite a los estándares de los sistemas nacionales de los Estados en conflicto frente a la consideración de que no existen estándares internacionales mínimos en una cuestión puntual.

⁹ Las normas dictadas por los Estados con el objeto de cumplir estándares internacionales de conducta han sido designadas por DRNAS DE CLEMENT como “*tertium genus* entre las normas de derecho interno y las internacionales” (V. DRNAS DE CLEMENT Z., “Valor de las normas de Derecho Interno que cubren el contenido sustantivo de la Diligencia Debida”, Decimocuarto Congreso Ordinario de la A.A.D.I, Décimo Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Manuel Viera” (Mendoza, 25 a 27 de setiembre de 1997), p. 4).

¹⁰ El Principio de Soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, constituye un Principio consolidado en el Derecho Internacional Ambiental (V. El artículo 2.1 de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos*, 12 de diciembre de 1974, Resolución 3281 de la AG UN 29 Período de Sesiones, disponible en <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/29/ares29.htm>).

¹¹ DRNAS DE CLEMENT, Z., “Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho Internacional”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (República Argentina)*, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

A continuación nos referiremos a los distintos ejes regionales que aglutinan diferentes acciones que conforman un estándar aproximado de diligencia debida:

1) Desarrollo de las capacidades institucionales nacionales y subnacionales de gestión:

ACCIONES: * Incluir las aguas subterráneas, específicamente el SAG en la Política Nacional de Recursos Hídricos de los países * Fortalecimiento de las capacidades institucionales * Promoción de la articulación institucional.

2) Estructura operativa de cooperación del Proyecto SAG:

ACCIONES: * Mantenimiento y consolidación de las estructuras de cooperación para la gestión del SAG * Mantenimiento, actualización y uso eficiente de los instrumentos de gestión del SAG * Búsqueda de recursos e inclusión de recursos en las partidas presupuestarias

3) Actualización y mantenimiento del SISAG:

ACCIONES: * Disponer del personal técnico y de mantenimiento para los diversos puntos del sistema (de acuerdo con su jerarquía) * Garantizar que cada país cuente un punto nodal y además de puntos nodales subsidiarios subnacionales.

4) Implementación y Desarrollo de la Red de Monitoreo y de los Modelos matemáticos para detectar alteraciones puntuales al recurso y prevenir daños significativos:

ACCIONES: * Apoyo al Comité de Red de Monitoreo y Modelos * Seguimiento a la utilización y actualización de los modelos matemáticos regionales y locales * Implementación eficiente de la Red de Monitoreo * Uso, Implementación y actualización de los Proyectos Piloto

5) Capacitación técnica y difusión de conocimientos:

ACCIONES: * Apoyo al Comité de Capacitación o Difusión * Desarrollo de instancias de capacitación técnica (confección de manuales de uso, operación y mantenimiento de pozos) * Inclusión del tema en los planes de estudio * Difusión de la Información * Promoción de la continuidad del Fondo Ciudadano de la Ciudadanía.

6) Desarrollo de la Gestión Local de aguas subterráneas:

ACCIONES: * Reconocimiento e institucionalización de las Comisiones locales de Apoyo a la Gestión de los Proyectos Piloto * Caracterización de potenciales áreas piloto transfronterizas.

7) Apoyo a la participación pública:

ACCIONES: * Consolidación de los espacios de participación ciudadana * Participación efectiva de las poblaciones indígenas originarias.

8) Desarrollo de criterios de uso sostenible del acuífero según zona (ZA/ZC/ZFC):

ACCIONES: * Realizar mapeos de las aéreas según zona * Identificar fuentes actuales o potenciales de contaminación * Precisar parámetros para la explotación de pozos * Precisar criterios de uso y ocupación del suelo * Control de fuentes potenciales de contaminación * Control sobre las capacidades de uso agrícola * Control sobre los usuarios del SAG * Establecimiento de datos fiables sobre nivel, volumen y calidad del recurso en cada área detectada.

9) Implementación de Programas Técnicos- Científicos para continuar ampliando los conocimientos sobre el SAG (esto es importante para alcanzar mayor nivel de certeza sobre riesgos dudosos-principio de precaución):

ACCIONES: *Generación de datos en aéreas específicas no estudiadas * Analizar las relaciones del SAG con acuíferos adyacentes * Analizar y someter a estudio, aspectos hidroquímicos relevantes asociados a la presencia de niveles altos de sal, arsénico y fluoruro en el SAG) * Evaluar la relación del SAG con aéreas protegidas * Evaluar la relación del SAG con la actividad agrícola y forestal * Evaluar la relación del SAG con el cambio climático

10) Elaboración de estudios Técnicos- Económicos:

ACCIONES: * Analizar el panorama socioeconómico de la región del SAG * Realizar estudios referentes a los servicios y al valor económico derivado del SAG * Evaluar el impacto del uso sustentable del SAG en la actividad económica de los Estados * Profundizar las estudios relacionados con el uso termal del recurso

11) Monitoreo y Evaluación de la implementación del PEA:

ACCIONES: * Elaboración de indicadores adecuados para medir el grado de cumplimiento del PEA.

Es de observar que, el contenido del estándar de diligencia debida es flexible¹², y por tanto, estará supeditado a las circunstancias concretas del caso. Entre los criterios que podrían considerarse para establecer el alcance del estándar de diligencia debida en la gestión del SAG podríamos incluir: * los recursos económicos disponibles en los Estados * la disponibilidad de tecnologías para el uso sostenible * el uso proporcional del recurso compartido (Brasil 71%, Argentina 19,1%, Paraguay 6,1 %, Uruguay 3,8%). *el grado de conocimiento del riesgo de daño * las dificultades derivadas de la planificación e implementación de políticas públicas ambientales * la vulnerabilidad del bien jurídico protegido (las aguas subterráneas), entre otras cuestiones a considerar.

No obstante, cabe aclarar que los mencionados criterios no pueden ser utilizados por los Estados Parte para eximirse de responsabilidad internacional¹³. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se ha expedido en reiteradas sentencias¹⁴, sobre la negativa de considerar dichos criterios

¹² V. BOCHARD E. "The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners", *The American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, 1929, pp. 131-239. BOCHARD E., "Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad", *The American Journal of International Law*, Vol. 7, No. 3, 1913, pp. 516-517, <http://www.jstor.org/stable/2187430>. GARNER J.W., "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p.50, <http://www.jstor.org/stable/25656726>. COFFEY H. C., "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p.63, <http://www.jstor.org/stable/25656726>.

¹³ GARCIA ELORRIO M., "Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de Diligencia Debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *RECORDIP*, Vol. I, N° 1, pp. 20-23, Córdoba, 2011, disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar>

¹⁴ V. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de enero de 2006, p.109 párr. 148. *Caso Masacre de Maripán vs. Colombia*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de septiembre de 2005, p. 140, párr. 238. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de junio de 2005, p. 66, párr. 153. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 25 de noviembre de 2005, p. párr. 170.

como causales de exoneración para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Asimismo, cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante la CDI), analizaba la fuerza mayor como causal de exclusión de la ilicitud, estableció que no estarían comprendidas “*las circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación se hayan vuelto más difícil, por ejemplo debido a una crisis política o económica. Tampoco abarca situaciones provocadas por el descuido o la ineficacia del Estado interesado aún si en si mismo el perjuicio resultante fue accidental y no intencional*”¹⁵. Por tanto, el mayor o menor grado de cumplimiento de los comportamientos que conforman el estándar de diligencia debida aplicable al caso, tendrá sus implicancias en la determinación del alcance de la responsabilidad internacional de un Estado, pero no los liberará de la misma.

2. Algunas consideraciones sobre el tratamiento de la diligencia debida jurisprudencia internacional

Conforme se desprende de los trabajos de codificación¹⁶ realizados por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) de las Naciones Unidas (en adelante NU), la responsabilidad internacional del Estado por el daño transfronterizo ambiental a otro Estado o a los espacios comunes fuera de la jurisdicción de los Estados¹⁷, reviste una doble modalidad¹⁸. Por un lado, la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito¹⁹ y por otro, la responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el Derecho Internacional²⁰ que abarca la prevención del daño

¹⁵ A/56/10 Doc. sobre ‘Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53ª período de sesiones’, 23 de abril a 1º de junio-2 de julio al 10 de agosto de 2001, p. 187. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf>

¹⁶ Desde su primer periodo de sesiones en 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas ha considerado el tema de la responsabilidad internacional del Estado como una cuestión central de Derecho Internacional (*Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Vol. I, Report of the International Law Commission on the work of its first Session, 12 April 1949, A/CN.4/13 and Corr. 1-3, (<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>).

¹⁷ CHARNEY J., “Third States Remedies for Environmental Damages to the World’s Common Spaces”, pp. 149-177, in FRANCIONI F., SCOVAZZI T., “*International Responsibility for Environmental Harm*”, International Environmental Law and Policy Series, ed. Graham & Trotman, London, 1991.

¹⁸ BIRNIE P., BOYLE A., REDGWELL C., “*International Law & the Environment*”, Third edition Oxford University press, New York, 2009, pp.216. PISILLO MAZESCHI R., “Forms of International Responsibility for Environmental Harm pp.15-35 in FRANCIONI F., SCOVAZZI T., *ob. cit.* nota 17. ROSAS A., “Issues of State Liability for Transboundary Damage”, *Nordic Journal of International Law*, N° 60, pp. 29-48.

¹⁹ Proyecto sobre ‘*Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*’ (REHII) aprobado en segunda lectura (C.IV) el 26 de julio de 2001 y elevado a la Asamblea General (AG) para ser aprobado por resolución e incorporado como Anexo (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, pp. 27-31).

²⁰ Proyecto sobre ‘*Prevención de Daño Transfronterizo generado por actividades peligrosas*’, aprobado en segunda lectura el 11 de mayo de 2001 y elevado el 3 de agosto de 2011 a la Asamblea General (AG) para ser aprobado por resolución e incorporado como Anexo (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, pp. 145-170).

transfronterizo y la responsabilidad en caso de pérdida derivado de daño transfronterizo provocado por actividades peligrosas²¹.

Respecto de la primera modalidad de responsabilidad internacional, tanto la doctrina²² como la jurisprudencia internacional²³ han coincidido en afirmar el principio de responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo su control o dirección, o por instigación de esos órganos, incluso cuando se hayan excedido en sus competencias o hayan contravenido sus instrucciones²⁴, siempre que el hecho atribuible al Estado sea ilícito.

Por el contrario no existe consenso doctrinal²⁵ respecto de la responsabilidad internacional del Estado cuando pese a la diligencia debida empleada, se ha producido un daño transfronterizo. La licitud del daño pone en tensión la libertad del Estado de origen de llevar adelante una industria lícita vs. la injusticia que recae sobre el Estado inocente que se ve obligado a soportar el daño que no ha causado, y en relación a una actividad que no lo beneficia. La CDI no da una respuesta una respuesta lógica y completa a esta disyuntiva. Por el contrario, se ampara en el Principio de Contaminador Paga²⁶ y coloca a los actores no estatales como principales responsables de los daños

²¹ La AG en la Resolución N° A/RES/53/102, de 26 de enero de 1999 le solicitó a la CDI que al mismo tiempo que prosigue su labor sobre la prevención, examine otras cuestiones derivadas del tema, entre las que se encontraba la responsabilidad por las consecuencias dañosas derivadas del accionar lícito del Estado.

²² CARTIER, P. “La responsabilité des États”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1985-IV, t. 195, pp.253-327. CAPOTORTI, F. “La responsabilité des États pour faits illicites”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1994-IV, t., 248, pp.239-256. DUPUY, P.-M. “Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1984-V, t.188, pp.9-134.CONDORELLI, L. “L’imputation à l’Etat d’un fait internationalment illicite. Solutions classiques et tendances”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1984-VI, t.189, p.9-222. BROWLIE, I. “State Responsibility”, part 1, Oxford University, Chapter VII, p-132-136.GUTIERREZ ESPADA, C. “El hecho ilícito internacional”, *Cuadernillos internacionales 5*, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2005, pp.-15-30.

²³ A continuación veremos detalladamente algunos de los casos jurisprudenciales que se fundan en dicho principio.

²⁴ El Capítulo II del Proyecto sobre REHII, aprobado en segunda lectura el 26 de Julio de 2001, establece entre sus artículos 4 a 11 cuáles son los comportamientos atribuibles al Estado según el derecho internacional: Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado. Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Artículo 6. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado. Artículo 7.Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones. Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado. Artículo 9. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales. Artículo 10. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole. Artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

²⁵ BOYLE A.E, “Globalizing Environmental Liability: The interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law* (2005), Vol. 17, N° 1, pp. 3-26. V. PISILLO MAZZESCHI, R., “Due Diligence e Responsabilità Internazionale Degli Stati”, *Quaderni Di “Studi Senesi”*, N° 67, ed. Dott. A. Giufrè, 1989, Milano, pp. 1-415. PISILLO MAZZESCHI, R. “The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states”, *German Yearbook of International Law*; Vol. 35, Berlin, 1993, pp. 9-51. KOIVUROVA, T. “Due Diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford, pp.1-12. HESSBRUEGGE, J. A. “The Historical Development of de doctrines of attribution and due diligence in international law”, *N.Y.U Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, 2004, pp. 265-306. CORINO, C. “Environmental Due Diligence”, *European Environmental Law Review*, Vol. 9, 2000, pp. 120-124.

²⁶ BOYLE A., “Polluter Pays”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2010, pp. 1-6.

transfronterizos. Desde esta óptica, la responsabilidad del Estado adquiere un papel residual y por tanto, queda reducida a garantizar que los operadores no estatales compensen los daños causados²⁷.

Al respecto, consideramos que la responsabilidad internacional de los Estados por daño transfronterizo lícito si procede. La distinción²⁸ entre ambas modalidades de responsabilidad depende de la ilicitud o licitud del hecho del Estado. La cuestión está en dilucidar en qué condiciones un comportamiento estatal que genera un daño ambiental es considerado lícito o no. A nuestro modo de ver, el cumplimiento del estándar de diligencia debida aplicable al caso es lo que nos determina si el comportamiento del Estado ha sido lícito en relación a la obligación de no causar daño transfronterizo ambiental. Así, la diligencia debida aparece como el eje de articulación²⁹ entre la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito, y la responsabilidad internacional del Estado por daño transfronterizo (o por actos no prohibidos por el Derecho Internacional). Si el Estado alcanzó el nivel de diligencia debida exigido al caso, la responsabilidad por el acto dañoso será sólo objetiva y el daño será lícito. Si no lo alcanzó, la responsabilidad por el daño será plena, debiendo responder el Estado por acto ilícito, con las implicancias correspondientes en cuanto al alcance de la reparación. De esta forma, en el caso concreto del acuífero, producido un daño a un Estado del SAG o al medio ambiente, el tipo y alcance de la responsabilidad internacional del Estado³⁰ variará según el Estado causante del daño haya adoptado o no, las medidas necesarias con el objeto de prevenir o reprimir el daño ambiental.

Con respecto al tratamiento de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia internacional, el abordaje es bastante contradictorio³¹. No obstante, es posible considerar algunos aspectos positivos y negativos a los fines de poder conocer con antelación cuáles son los argumentos de la jurisprudencia para atribuir o no

²⁷ El artículo 4 establece: *Prompt and adequate compensation. 1. Each State should take all necessary measures to ensure that prompt and adequate compensation is available for victims of transboundary damage caused by hazardous activities located within its territory or otherwise under its jurisdiction or control. 2. These measures should include the imposition of liability on the operator or, where appropriate, other person or entity. Such liability should not require proof of fault. Any conditions, limitations or exceptions to such liability shall be consistent with draft principle 3. These measures should also include the requirement on the operator or, where appropriate, other person or entity, to establish and maintain financial security such as insurance, bonds or other financial guarantees to cover claims of compensation. 4. In appropriate cases, these measures should include the requirement for the establishment of industry-wide funds at the national level. 5. In the event that the measures under the preceding paragraphs are insufficient to provide adequate compensation, the State of origin should also ensure that additional financial resources are made available* (Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two)

²⁸ V. BOYLE A., "State Responsibility and International Liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?", *Int'l & Comp. L.Q.* N° 39, 1990, pp. 1-26.

²⁹ DRNAS DE CLEMENT, Z. "La Diligencia Debida como eje de articulación entre la responsabilidad por ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el Derecho Internacional", ponencia publicada Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), 1997, <http://www.acader.unc.edu.ar>

³⁰ V. PCIJ, *Case Concerning the Factory of Chorzow*, SERIES A.-No. 17, September 13th, 1928.

³¹ GARCIA ELORRIO, M., "Algunas consideraciones sobre las divergencias e incoherencias en torno noción de diligencia debida en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por hecho ilícito", *Nueva Serie II*, Vol. 2, N° 1, I.S.B.N.: 1850-9731, ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 163-204.

responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de los estándares de diligencia debida o pese a su cumplimiento.

Entre los ASPECTOS POSITIVOS podemos destacar:

1) El reconocimiento del Principio de Derecho Internacional General *sic utere tuo ut alienum non laedas*³² (**Island of Palmas Case (Netherlands, USA), 4th April 1928* **Trail Smelter Case (United States, Canada) March 11th, 1941* **Corfu Channel Case, (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) 9th April 1949* **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports, 1996* **Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary-Slovakia), Judgment of 25 September 1999* **Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), 20th April 2010*).

2) La consideración de la obligación de no dañar como obligación de resultado (*Trail Smelter Case 1941, Corfu Channel Case 1949*)

3) La procedencia de la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito derivado de la constatación de la falta de diligencia debida y la fijación de régimen de

³² El Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta S 73 II A 14), primera parte, cap. I. establece en su Principio N° 21, el principio de no dañar al decir 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.* (Todo el resaltado del presente trabajo nos pertenece). La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 14 de junio de 1992, reitera en su Principio N° 2 , el Principio de no causar daño a otro Estado al decir, 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.* La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974, establece en su artículo 30 la obligación de no causar daño a otro Estado o territorio fuera de la jurisdicción de un Estado: *La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. 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. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente.* La Resolución N° 2995 (XXVII) de AG de UN de 15 de diciembre de 1972 sobre ‘Cooperación entre los estados en el Campo del Medio Ambiente’ establece que: *“The General Assembly... emphasizes that, in the exploration, exploitation and development of their natural resources, States must not cause significant harmful effects in zones situated outside their national jurisdiction”.*

reparación integral (**Corfu Channel Case 1949*, **Trail Smelter Case 1941*,* *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project 1999*)

4) La procedencia de la responsabilidad internacional del Estado por daño ambiental causado por acto lícito, pese haber cumplido los estándares de diligencia debida. Si no puede funcionar la actividad sin causar daño transfronterizo, debe cesar atento al principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (*Caso Trail Smelter 1941*).

5) La determinación de un orden de prelación de estándares para valorar la licitud o ilicitud del hecho: 1) estándares dispuestos en tratados específicos aplicables a las partes
2) Estándares de protección consensuados entre las partes en instancias de cooperación
3) Estándares de protección receptados en los sistemas nacionales de los Estados (*Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay 2010*).

6) La tendencia a la conformación de un estándar mínimo internacional de diligencia debida que va conformando su contenido, por ejemplo, con la consideración de la EIA y del uso de las mejores tecnologías disponibles como una medidas necesarias respecto del estándar de diligencia debida (* *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project 1999* * *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay 2010*).

Entre los ASPECTOS NEGATIVOS es de observar, los siguientes:

1) La ausencia de un enfoque precautorio como punto de partida para la adopción de medidas orientadas a sortear los obstáculos del riesgo dudoso, es decir ¿desde qué momento está un Estado obligado a adoptar las medidas que constituyen el estándar de diligencia debida: ¿riesgo dudoso o riesgo cierto?) (Constatación de enfoque sin aplicación: **Case Concerning Gabčíkovo -Nagymaros Project 1999* * *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay 2010*) Vs. Constatación y aplicación de enfoque: *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan, Requests for provisional measures, (Nos.3 and 4), 1999*).

2) El establecimiento de la exigencia de un conocimiento previo del riesgo demasiado elevado: “*claro y convincente*” como punto de partida para la adopción de medidas (*Caso Trail Smelter Estados Unidos vs. Canadá, 1941*).

3) La tendencia de los Tribunales Internacionales a no sancionar a quién ha violado normas de prevención-precaución e instar a las partes a retomar la cooperación. La sentencia *per se* como única forma de reparación al Estado damnificado (*Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*”, 26 Febrero de 2007).

4) La equiparación de la noción de obligación de no dañar con la noción de diligencia debida, y por tanto su consideración como una mera obligación de medios basada en la

adopción de medidas necesarias de prevención y control del daño pero no de prohibición de daño (*Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 2007* Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project 1999 * Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay 2010*).

Reflexiones finales

Del análisis de la jurisprudencia internacional objeto de estudio, se desprende que el desarrollo de la hermenéutica en materia de diligencia debida transita, dos etapas perfectamente diferenciadas. La primera etapa, abarca desde *Island of Palmas Case* (1928) hasta *Case Concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project* (1999) y se caracteriza por reconocer la prohibición de daño transfronterizo en términos de una obligación internacional de resultado. La importancia de este enfoque respecto de la gestión del SAG, radica en que todo daño transfronterizo ambiental genera responsabilidad internacional pero con alcance delimitado por el mayor grado de diligencia debida cumplido en el caso.

Por otra parte, la segunda etapa de la jurisprudencia internacional se extiende desde *Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2007) hasta *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (2010) y se caracteriza por circunscribir la responsabilidad internacional del Estado al daño ilícito. Si bien avanza en la determinación de estándares mínimos de comportamiento, su incumplimiento no conlleva la condena a los Estados sino un reconocimiento del ilícito sin reparación integral del mismo. Asimismo, la obligación de no dañar es entendida en términos de obligación de adoptar las medidas de prevención del daño y no como una prohibición de daño.

Es de observar que, la reciente tendencia de la CIJ a no sancionar a los Estados que han violado el Principio de Prevención o Precaución tiene implicancias profundamente negativas en caso de que se produzca un daño ambiental al SAG o a los intereses de alguno de los Estados miembros. En primer lugar porque debilita la plena vigencia de las normas jurídicas internacionales y obstaculiza que los Estados asuman seriamente el compromiso jurídico y ético de las acciones de preservación ambiental necesarias para una gestión sostenible del ambiente. ¿Qué Estado va querer cumplir los estándares de comportamientos concertados si sabe que no será sancionado por su incumplimiento o cumplimiento deficiente? En segundo lugar, el impacto de este enfoque se agrava aún más por la naturaleza de las aguas subterráneas como recurso difícilmente renovable que a *contrarios sensus* requiere una mayor aplicabilidad del Principio Precautorio. En tercer lugar, el panorama es bastante escéptico respecto de la responsabilidad por los daños medioambientales derivados del accionar lícito de los Estados Parte del SAG si consideramos que no se condena a los Estados a la reparación de los daños ilícitos.

No obstante lo expuesto, es imprescindible señalar este cambio de rumbo en el desarrollo de la jurisprudencia no constituye una hermenéutica aislada de la normativa

internacional. Por el contrario, converge de forma coherente con la corriente crítica³³ del Derecho Internacional que pretende la redefinición del mismo, sustituyendo la plena vigencia de las normas y la sanción de su incumplimiento, por la cooperación y negociación de los Estados. La CIJ se transforma entonces en una instancia que administra el conflicto e impulsa la solución alternativa de la controversia vía cooperación pero no actúan para la finalidad por la cuál ha sido creada: administrar e impartir justicia.

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, pp. 77 en EM BID IRUJO, A., Director. "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, ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 1-401
- BOYLE A.E, "Globalizing Environmental Liability: The interplay of National and International Law", *Journal of Environmental Law* (2005), Vol. 17, N° 1, pp. 3-26.
- BOYLE A., "Polluter Pays", *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press*, 2010, pp. 1-6.
- BOCHARD E. "The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners", *The American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, 1929, pp. 131-239.
- BOCHARD E., "Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad", *The American Journal of International Law*, Vol. 7, No. 3, 1913, pp. 516-517, <http://www.jstor.org/stable/2187430>.
- BIRNIE P., BOYLE A., REDGWELL C., "*International Law & the Environment*", Third edition Oxford University press, New York, 2009, pp.216. PISILLO MAZESCHI R., "Forms of International Responsibility for Environmental Harm pp.15-35 in FRANCONI F., SCOVAZZI T., "*International Responsibility for Environmental Harm*", International Environmental Law and Policy Series, ed. Graham &Trotman, London, 1991.
- BROWLIE, I. "State Responsibility", part 1, Oxford University, Chapter VII, p-132-136
- CHARNEY J., "Third States Remedies for Environmental Damages to the World's Common Spaces", pp. 149-177, in FRANCONI F., SCOVAZZI T., "*International Responsibility for Environmental Harm*", International Environmental Law and Policy Series, ed. Graham &Trotman, London, 1991.
- CARTIER, P. "La responsabilité des États", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1985-IV, t. 195, pp.253-327.
- CARTY A., "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, N° 2, 1991, pp. 66-96.
- CAPOTORTI, F. "La responsabilité des États pour faits illicites", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994-IV, t., 248, pp.239-256.
- CRAWFORD J., PELLET A., OLLESON S., "The Law of International responsibility", Oxford University Press, 2010, Chapter 15, DUPUY P. M, "Relations Between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law", pp. 173-183.
- COFFEY H. C., "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, Vol. 21, 1927, p.63, <http://www.jstor.org/stable/25656726>.

³³ V. CARTY A., "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, N° 2, 1991, pp. 66-96.

- CONDORELLI, L. "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite. Solutions classiques et tendances", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1984-VI, t.189, p.9-222.
- CORINO, C. "Environmental Due Diligence", *European Environmental Law Review*, Vol. 9, 2000, pp. 120-124.
- DRNAS DE CLEMENT Z., "Valor de las normas de Derecho Interno que cubren el contenido sustantivo de la Diligencia Debida", Decimocuarto Congreso Ordinario de la A.A.D.I, Décimo Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Manuel Viera" (Mendoza, 25 a 27 de setiembre de 1997
- DRNAS DE CLEMENT, Z., "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho Internacional", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (República Argentina)*, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- DUPUY, P.-M. "Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1984-V, t.188, pp.9-134.
- GARCIA ELORRIO M., "Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de Diligencia Debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *RECORDIP*, Vol. I, Nº 1, pp. 20-23, Córdoba, 2011, disponible en: <http://revistas.unc.edu.ar>
- GARCIA ELORRIO, M., "Algunas consideraciones sobre las divergencias e incoherencias en torno noción de diligencia debida en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por hecho ilícito", *Nueva Serie II*, Vol. 2, Nº 1, I.S.B.N.: 1850-9731, ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 163-204.
- GARNER J.W, "Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, Vol. 21, 1927, p.50, <http://www.jstor.org/stable/25656726>
- GUTIERREZ ESPADA, C. "El hecho ilícito internacional", *Cuadernillos internacionales 5*, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2005, pp.-15-30.
- HESSBRUEGGE, J. A. "The Historical Development of de doctrines of attribution and due diligence in international law", *N.Y.U Journal of International Law and Politics*, Vol. 36, 2004, pp. 265-306.
- KOIVUROVA, T. "Due Diligence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Oxford, pp.1-12.
- PISILLO MAZZESCHI, R., "Due Diligence e Responsabilità Internazionale Degli Stati", *Quaderni Di "Studi Senesi"*, Nº 67, ed. Dott. A. Giufrè, 1989, Milano, pp. 1-415. -PISILLO MAZZESCHI, R. "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states", *German Yearbook of International Law*; Vol. 35, Berlin, 1993, pp. 9-51.
- ROSAS A., "Issues of State Liability for Transboundary Damage", *Nordic Journal of International Law*, Nº 60, pp. 29-48.