

LOS RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS ENTRE ESTADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL

*Zlata Drnas de Clément**

Introducción

La concepción de recursos naturales compartidos para hacer referencia a los usos de bienes naturales pertenecientes a un Estado, sujetos a limitaciones en su aprovechamiento o empleo en virtud de su condición de pertenecientes a un sistema unitario transfronterizo¹, se fue incorporando al derecho internacional a medida que la intensidad de los usos en un Estado comenzó a manifestar efectos en otro Estado.

A pesar de los mayores requerimientos de aprovechamiento de bienes, tales como el agua, petróleo o gas, que conllevan los desarrollos económicos y tecnológicos de la comunidad internacional, la regulación internacional continúa manifestándose como incipiente y de difícil consenso. Baste recordar la negativa visualización de la posibilidad de alcanzar una regulación internacional multilateral en materia de “recursos naturales compartidos” expresada por Eric Rosand, Consejero Legal de los EE.UU., con relación a la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI)².

* Miembro titular de la AADI. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Trabajo publicado en el *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003.

¹ Consideramos que la idea de movilidad o capacidad de traslación transfronteriza está incluida en la de “sistema unitario” ya que el uso en uno de los Estados, dada la comunicatividad de los elementos, puede afectar el uso en el territorio de otro u otros Estados. Esta percepción resulta válida ya se trate de aguas superficiales o subterráneas, gas, petróleo, ciertos otros yacimientos minerales como el mercurio, aire, flora o fauna de un ecosistema integrado, etc. Un ecosistema se considera que tiene integridad si es capaz de mantener su estructura y funcionamiento en el marco de unas condiciones ambientales cambiantes por causas naturales o antrópicas. MONTES, M. *et al.*- *Reconocimiento Biofísico de Espacios Naturales Protegidos*, Junta de Andalucía, 1998, España, pp 55-60.

² “I would also like briefly to comment upon the inclusion of the topic of *shared natural resources* in the Commission’s programme of work. We are skeptical that approaching this topic in such a broad manner will be a productive line of study. While the United States can support ILC work on the issue of groundwater, we are concerned that other aspects of transboundary resources are not ripe for ILC study at this time. In the past the Commission did good work on the topic of transboundary watercourses and future work on groundwater could compliment this work. Transboundary watercourses was a topic that presented specific issues that had often been encountered in practice. Apart from the area of transboundary watercourses, however, real conflicts rarely arise between States on other shared natural resources and when they do arise, States have worked out practical accommodations to fit the specific situations. An attempt to extrapolate customary international law from this divergent practice would not be a productive exercise. Thus, we believe ILC resources would be better utilized through study of groundwater issues, rather than the overly-broad “shared natural resources.” Statement by Eric Rosand, Legal Adviser, U.S. Mission to the United Nations, on Agenda Item 156: Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-fourth Session, before the

La expresión “recursos naturales compartidos” para hacer referencia a los cursos de agua compartidos por dos o más Estados, fue incluida en las labores de la CDI en 1980 y dejada de emplear en 1984. Ha sido retomada en 1999 por la CDI al incluir como tópico de trabajo el titulado “Recursos Naturales Compartidos”.

A los fines de visualizar rápidamente la problemática de los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados, nos referiremos brevemente a su condición sustancial general (I), a la práctica de los Estados en materia de recursos naturales compartidos (II) y al Estado actual de su tratamiento en la CDI (III).

I-Condición sustancial general de los recursos naturales compartidos³

Los recursos no deben ser confundidos con los bienes en sí. La propia expresión *RECURSO*, proveniente del latín “recursus”, 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.

Las fronteras entre los Estados, en la actualidad, se hallan bien definidas, resultando claro a qué soberano pertenecen los distintos bienes, implicando la soberanía el derecho de jurisdicción y, con ello, el de determinación de los usos de los bienes que bajo esa jurisdicción se hallan.

Sin embargo, cuando se trata de bienes que, por el carácter móvil de sus elementos, pasan del territorio de un Estado a otro sin reconocer fronteras, la acción de un Estado sobre ese tipo de bienes no puede ser de plena libertad, ya que los usos pueden producir efectos (y, generalmente lo hacen) en un ámbito distinto a aquél en el que la acción se ha realizado, resultando factible que tales utilizaciones perjudiquen los aprovechamientos que otro Estado tiene a su disposición, o peor aún, actúen como verdaderas armas, dañando a personas o bienes más allá de sus fronteras.

Dado que los recursos naturales compartidos 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

Fifty-seventh Session of the United Nations General Assembly, in the Sixth Committee, November 1, 2002. (http://www.un.int/usa/02_173.htm).

³ Los Puntos I y II de este trabajo, en buena medida condensan el Informe presentado y aprobado por la autora como parte de sus labores en la Sección francesa de la Sesión del Año 1990 en el *Centre d'Étude et de Recherche de Droit International et de Relations Internationales* de la *Academia de Derecho Internacional de La Haya*.

acción de otro-, tales usos deben ser realizados cuidando de no perjudicar los bienes y la capacidad de aprovechamiento de los mismos por otro Estado.

En tal sentido la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG NU) 3281 *Carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados*, de 12 de diciembre de 1974, ha distinguido, en dos dispositivos diferentes, la situación de los Estados con relación a “sus recursos naturales” (los que le pertenecen en exclusividad) y la situación de los Estados con relación a los “recursos naturales compartidos”. Así, el Art. 2.1 expresa:

“Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”.

En cambio, el Art. 3, establece limitaciones cuando se trata de recursos naturales compartidos:

“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”.

Debemos observar el empleo de la palabra “libremente” en el Art. 2.1 a más de la referencia a soberanía, lo que es abarcativo del derecho a la posesión, uso y disposición del bien, en contraposición al deber de “cooperar” del Art. 3 y a la referencia a la “explotación” del bien y no al bien en sí. Es decir, nos hallamos frente a una distinción entre lo sustancial y lo funcional, el bien en sí y sus aprovechamientos⁴.

La distinción entre lo sustancial y lo funcional ya es posible observarla en las declaraciones del Presidente de los EE.UU. en ocasión de la aprobación por parte del Senado del Tratado de 1944 celebrado entre los EE.UU. y Méjico, en las que expresó que los ríos constituyen “en parte” un “patrimonio común” que debía ser empleado en beneficio mutuo⁵. Asimismo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el *Asunto del Río Oder* ha hablado de “comunidad de intereses de los Estados ribereños” en el caso que un mismo curso de agua atravesase o separe el territorio de más de un Estado⁶.

⁴ La Resolución fue adoptada por la AG NU por 120 votos a favor, 6 en contra y 30 abstenciones, en tanto que el Art. 3 fue adoptado en la AG NU por 100 votos a favor, 8 en contra y 28 abstenciones, habiendo sido el texto adoptado en la Segunda Comisión por 97 votos a favor, 7 en contra y 25 abstenciones.

⁵ Debemos recordar que EE.UU. hasta ese momento había sostenido la *Doctrina Harmon*. La misma sostuvo el derecho absoluto del Estado sobre sus recursos, cualquiera fuera su naturaleza, de conformidad a lo manifestado en 1895, por el Procurador General Harmon con relación a los trabajos realizados por la Empresa americana *Rio Grande Dam and Irrigation Company* en su propio territorio pero con efectos en Méjico: “El hecho de que el Río Grande no posea un volumen de agua suficiente para ser utilizado por los habitantes de los dos países no autoriza a Méjico a imponer a los EE.UU. restricciones (...) en su propio territorio. Admitir semejante derecho sería enteramente contrario al principio de que los Estados ejercen plena soberanía sobre su territorio nacional (...)”. (Traducción de la autora). (Cf. SAUSER-HALL, G. “L’utilisation industrielle des fleuves internationaux”, *RCADIH*, 1953-II, T. 83, p. 511).

⁶ CPJI, Série A, N° 23, pp. 25-26.

Si bien, se ha hecho referencia a la condición de *NATURAL* de un recurso para distinguirla de los recursos culturales o de otra naturaleza en los que se halla la obra del hombre, la inclusión de la condición de natural en la institución tiene otras connotaciones, ya que el derecho a los aprovechamientos de los Estados es de conformidad a la condición natural, originaria del bien y no en base a las modificaciones que sobre el bien se pueden haber operado por obra del hombre en el territorio de uno o más Estados del sistema compartido. Ello implica que las condiciones originarias, naturales del bien en lo que hace a sus cualidades propias y a sus caracteres esenciales deben mantenerse, no debiendo ser modificadas unilateralmente por un Estado en detrimento de los intereses o derechos de otros Estados del sistema. Al respecto, cabe recordar la sentencia del Staatsgerichtshof (Corte Constitucional), de 18 de junio de 1927, en el *Asunto Relativo a la Infiltración del Danubio* (Württemberg y Prusia v. Baden) la que expresó que el “derecho de gentes” prescribe la obligación de no causar perjuicio sensible en otro Estado, pero que un Estado no está obligado a modificar las condiciones naturales de un bien en beneficio de otro Estado, decidiendo en consecuencia que Baden no estaba obligado a realizar tarea alguna para impedir la infiltración del Danubio, ya que la infiltración obedecía a causas naturales⁷.

Precisamente, por la responsabilidad que engendra cualquier cambio introducido por el ser humano en un bien, afectando su virtualidad, es que se hace necesaria la cooperación entre los Estados y surge la obligación de informar y consultar sobre la intervención en las condiciones naturales del bien, base del recurso. El punto de apoyo de estas obligaciones no sólo se halla en la soberanía de los Estados (en este caso, la del o de los afectados), sino también en el principio de igualdad jurídica de los Estados y las obligaciones que les caben de actuar con relación a los otros Estado de modo de no dañar su integridad territorial.

Debemos destacar que el adjetivo que acompaña a la expresión “recurso natural” es *COMPARTIDO* y no “compartible”. Ello, en tanto el derecho a los aprovechamientos que cada Estado posee sobre la porción de un bien que se halla en su territorio es un derecho existente *ab initio*, desde el origen mismo de la entidad político-territorial organizada, propio a la soberanía, que no necesita de acuerdo de voluntades ni autorización de otros Estados. En consecuencia, el derecho a los aprovechamientos de un bien bajo su jurisdicción es un derecho originario que cada Estado posee, con una única limitación –en función de idénticos derechos de los otros Estados–: no causar perjuicios a otros Estados. En tal sentido, el Tribunal Arbitral en el *Asunto de la Fundición de Trail* (EE.UU. v. Canadá), 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”⁸. Asimismo, la Corte

⁷ ROBB, C.A.L. (ed.) *International Environmental Law Reports*, Lauterpacht Research Center of International Law, Cambridge University Press, UK, Vol. I, 1999, pp. 444 y ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 231 y ss.

Internacional de Justicia (CIJ) en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* consideró que “siendo frecuente que un yacimiento se extienda (...) entre dos Estados y, atento a que la explotación del mismo es posible desde cada costa (...)” resulta comprensible que “surja inmediatamente un problema en razón de una explotación perjudicial” de un Estado en relación al otro. La Corte entendió que la “unidad del yacimiento” constituía un elemento de hecho que debía ser tomado en consideración⁹.

Tal como pudimos observar al referirnos *supra* al Tratado de 1944 entre EE.UU. y Méjico, en distintos documentos internacionales se ha empleado la palabra “común” como sinónimo de “compartido”. Tal el caso de la *Carta Europea del Agua* de 1967, la que establece que el agua “es un patrimonio común” (Principio X), que el agua “no tiene fronteras” y es “un recurso común” (Principio XII), que “todas las utilizaciones (...) son interdependientes” (Principio XI). También ha utilizado la palabra “común” la Resolución de la AG NU 3129 (XXVIII), de 17 de diciembre de 1973, *Cooperación en el Ámbito del Medio Ambiente en Materia de Recursos Naturales Compartidos por dos o más Estados*, a pesar de la denominación de la Resolución. Así, ha expresado que es necesario “asegurar una cooperación eficaz entre los países de conformidad al establecimiento de normas internacionales adecuadas relativas a la conservación y explotación armoniosa de los recursos naturales comunes a dos o más Estados”¹⁰.

Sin embargo, no creemos que sea correcto usar el adjetivo *común* para hablar de los recursos del tipo que tratamos, ya que el vocablo significa que un bien o sus aprovechamientos pertenecen a varios, que no son privativos de nadie, que muchos comparten el mismo destino o fortuna en relación a un bien o recurso. Da la impresión que el término “común” es más apropiado para referirse al ambiente en general, ya que la enunciación lleva a la idea de indivisibilidad, conservación, preservación, interés de todos. Por el contrario, cuando hablamos de “compartido” podemos percibir una connotación económica, vinculada a la participación equitativa en los beneficios divisibles de un bien aprovechable.

También se ha empleado la expresión *consorcio* para hacer referencia a los recursos naturales compartidos. Así lo ha hecho el Tribunal de Casación de Italia en 1939 en el asunto *Société Énergie Électrique du Litoral Méditerranéen v. Compagnia Imprese Eletriche Liguri*¹¹. Creemos que el vocablo no es adecuado ya que la expresión “consorcio” de conformidad al vocablo latino significa asociación, contribución de quienes tienen una misma condición o comparten un mismo destino. El término revivió en su uso a mediados del siglo XIX en Italia, siendo empleado tanto en el derecho público como en el privado para indicar una comunidad de intereses, pero a diferencia del “condominio”, no implica el ejercicio de derechos sobre parte indivisa del todo, sino dominio con una dirección individual parcial y una dirección central común a varios para los asuntos de

⁹ CIJ *Recueil* 1969, par. 97.

¹⁰ Un texto de idéntico tenor al señalado se observa en la Sec. XII de la *Declaración Económica de la Cuarta Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países No Alineados* celebrada en Argel entre el 5 y el 9 de septiembre de 1973.

¹¹ *Il Foro Italiano*, Roma, Vol. 64, 1939, I, p. 1046.

interés común. Es de observar que en los recursos naturales compartidos no existe ningún ámbito de utilización o gestión común necesaria. El hecho que haya intereses comunes a regular no permite afirmar que, necesariamente, se deba llegar a empleos conjuntos. Si bien, una gestión conjunta sobre el total de un sistema como unidad económica independiente podría ser deseable para asegurar la utilización óptima del recurso, en el estado actual del derecho tal situación sólo podría surgir de la voluntad de las partes.

El hecho de que la idea de recurso natural compartido implique considerar, al momento de sus aprovechamientos, al bien como un todo integrado, no debe confundirse con el “condominio”, ni que los empleos deban ser emprendidos por la modalidad de gestión compartida, sin que, cada Estado al usar el bien bajo su jurisdicción, debe actuar considerando los efectos que el empleo produce sobre el bien y sus aprovechamientos como un todo.

Es de observar que la CIJ en su sentencia de 25 de septiembre de 1997, en el *Asunto Relativo al Proyecto Gabčíkovo-Naymaros* (Hungría/Eslovaquia), ha hecho referencia a “la utilización de los recursos naturales “compartidos” del Danubio”¹² y no a otra calificación en relación a los aprovechamientos del río.

II Práctica de los Estados en materia de recursos naturales compartidos

Si bien la teoría de la soberanía absoluta ha prevalecido hasta inicios del siglo XX, no debemos olvidar que en la antigüedad los usos de los bienes transfronterizos por parte de un Estado eran primitivos y no tenían entidad suficiente para lesionar los legítimos intereses de otros Estados, o bien, ciertos usos eran tolerados en función de las relaciones de sumisión existentes entre las naciones.

El antiguo principio de igualdad de los Estados, surgido con el nacimiento mismo del Estado moderno, tal como lo señaláramos precedentemente, ha condicionado la libertad de acción de los Estados, debiendo ellos actuar de manera de no lesionar los derechos soberanos de otros Estados y los ha llevado a coordinar su acción más o menos intensamente de conformidad al grado de la repercusión de sus actos sobre los derechos de los otros.

Debemos recordar que el *Acta Final del Congreso de Viena* de 1815 -que actuó como verdadero tratado-, en su Art. 108, estableció 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 (...)”. En su Art. 109, basándose en el principio de igualdad que mencionáramos, ha indicado que la navegación será “enteramente libre” y que el uso será “uniforme para todos”.

La regulación de los derechos de los ribereños sobre los cursos de agua internacionales a través de *TRATADOS* ya aparecen en el acuerdo de París de 30 de marzo

¹² CIJ *Recueil* 1997, paras. 85 y 150.

de 1856, que internacionalizó el Danubio; en el Acta de Berlín de 1885, que internacionalizó el Congo, en la constitución de la Comisión del Rhin, del Oder, del Neimen en 1918; etc. Asimismo, el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, la Convención de Barcelona de 20 de abril de 1921 y la Convención de Ginebra de 9 de diciembre de 1923 (relativa al desarrollo de la energía hidráulica), han reforzado la percepción limitativa de los derechos de los Estados sobre los cursos de agua compartidos.

Debemos tener en cuenta que sobre las 263 cuencas hídricas internacionales, existen a la fecha unos 200 tratados internacionales con distintos alcances¹³. En lo que hace a otros recursos naturales compartidos, el número de acuerdos es menor, si bien, resulta cada vez más notoria la necesidad de regulación internacional en el ámbito bi o plurilateral, regional y universal¹⁴.

¹³ V. al respecto, International Water Law Research Institut, *International Materials-Treaties*, University of Dundee, julio de 2003.

¹⁴En materia de *yacimientos de petróleo y gas* transfronterizos pocos han sido los acuerdos o entendimientos internacionales alcanzados. Los tratados en la zona de los Grandes Lagos compartidos entre EE.UU. y Canadá no sólo involucran aguas sino también petróleo y gas. Canadá ha estado extrayendo gas desde el Lago Erie a partir de 1913, a pesar de que las instalaciones modernas off-shore pertenecen a la década de los '60, aprovechándose a la fecha varios conductos en Ontario y en terminales de seis estados de los EE.UU. Recientemente, se ha revitalizado el interés por una explotación más intensiva de las reservas por parte de los dos Estados. En similar orden de acción se halla el *Acuerdo Minero* entre Argentina y Chile de 1997 que prevé la explotación conjunta de yacimientos ubicados en la Cordillera de los Andes. Es de tener en cuenta que, a lo largo de los más de 4.000 kms de frontera existen alrededor de 370 yacimientos compartidos. Asimismo, en julio de 1999, Brasil y Venezuela acordaron inversiones conjuntas de exploración y explotación petrolera (www.olade.org/InformeEnergetico/Documentos). Por su parte, los ministros de Energía de Ecuador y de Venezuela, acordaron el 10 de julio de 2003 en Quito robustecer la cooperación bilateral y se propusieron crear una Unidad Hidrocarburífera Regional denominada "Petroamérica". (http://www.enn.com/news/enn-stories/2001/06/06112001/lakes_43918.asp). En el caso de la *atmósfera*, podemos observar normas vinculadas a usos y gestión en la *Convención Marco de las UN sobre el Cambio Climático*, de 1992 y su *Protocolo de Kyoto* de 1997, en el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* de 1985 y su *Protocolo* de 1987 y *Enmiendas* de 1990 y 1992. En el caso de la *flora y fauna* transfronteriza o integrante de un único ecosistema, poco es lo regulado en particular fuera de la general preservación de la biosfera, más allá de que tal protección redunde en beneficio de ulteriores aprovechamientos, actualmente, en su mayor parte, virtuales. (Vg.: *Convenio Relativo a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas* de 1971, *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres* de 1973, *Convención sobre Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres* de 1979, *Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 Relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios* de 1995, *Convenio sobre Diversidad Biológica* de 1992, *Convención para la Conservación de Focas Antárticas* de 1972, *Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos* de 1980, etc. Entre los que involucran a Argentina en distintos aspectos de aprovechamientos de los recursos naturales compartidos, podemos citar: *Acuerdo de Cooperación en Materia Ambiental entre Argentina y Brasil* de 1996, *Convenio para el Estudio del Aprovechamiento de los Recursos del Río Paraná entre Argentina y Paraguay* de 1971, *Protocolo al Convenio sobre Cooperación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los Tramos Compartidos de los Ríos Paraná y Paraguay entre Argentina y Paraguay* de 1997, *Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo entre Argentina y Uruguay* de 1973, *Estatuto del Río Uruguay* de 1975, *Acuerdo Relativo a la Aprobación del Digesto sobre Uso y Aprovechamiento del Río Uruguay* de 1995, *Convenio sobre la Protección de Bosques y Fauna e Integración de Parques Fronterizos entre Argentina y Bolivia* de 1976, *Acuerdo de Creación de la Subcomisión Bilateral para el*

Incluso los Estados que se caracterizaron por reivindicar la soberanía absoluta sobre la porción de los recursos naturales transfronterizos (particularmente, en el caso de las aguas) situados en su territorio, han reconocido el derecho de su vecino a igual derecho de aprovechamiento sobre la porción ubicada en su sector territorial, vg.: Francia¹⁵ EE.UU.¹⁶, India¹⁷, Brasil¹⁸.

Aprovechamiento de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande Tarija, de 1991, *Acta Consitutiva de la Comisión Trinacional (Argentina, Bolivia y Paraguay) para el Desarrollo de la Cuenca del Pilcomayo* de 1995, *Acuerdo de Minería entre Argentina y Chile* de 1997 (ya citado), *Protocolo Específico Adicional sobre Cooperación en Materia Forestal* de 1997, etc. V. *infra* Nota 44 *in fine*.

¹⁵ V. al respecto: **Acta Adicional al Tratado de Delimitación* concluido el 26 de mayo de 1866 entre Francia y España, el que en su Art. XIII dispone que “cada ribereño podrá (...) efectuar sobre su costa (...) trabajos (...) siempre que no aporten al curso de agua cambios perjudiciales para el Estado vecino”.

¹⁶ V. **Tratado del Río Grande*, de 1906, entre EE.UU. y Méjico, el que prevé en su Preámbulo la “distribución equitativa de las aguas” (Art. V. Cf. MARTENS, G.F.von- *Recueil des Traités*, Leipzig, 1908, 2e. Série, T. 35, p. 461); **Tratado sobre Aguas Limítrofes y Cuestiones Emergentes entre EE.UU. y Canadá*, de 1909, entre EE.UU. y Gran Bretaña, el que establece el principio de “igual repartición de las aguas” y establece una Comisión Mixta con distintas atribuciones, entre ellas, la solución pacífica de los diferendos fronterizos (Arts. VI y VII. NU. *Textes Législatives*, traité N° 79); ** Acuerdo sobre la Utilización de las Aguas de los Ríos Colorado, Tijuana y Río Grande desde Fort Quitman hasta el Golfo de Méjico*, de 1944, entre EE.UU. y Méjico, el que, si bien señaló que se trataba de un acto de cortesía por parte de los EE.UU. y no de la concreción de un derecho para Méjico, en la práctica, significó la repartición y regulación de común acuerdo de las aguas internacionales de los ríos señalados y el establecimiento de una Comisión Internacional (NU. *Recueil des Traités*, Vol. 3, p. 313); **Acuerdo sobre la Revalorización de los Recursos Hidráulicos de la Cuenca del Columbia*, de 1961, entre EE.UU. y Canadá, el que constituye un verdadero modelo de cooperación internacional, puesto que los Estados se comprometieron a construir, mantener y administrar las instalaciones eléctricas ubicadas en su territorio, en tanto la energía debía dividirse por partes iguales. Además el referido acuerdo establecía que las diferencias serían sometidas a una Comisión Mixta Internacional y, si la misma no se pronunciaba en el plazo de tres meses u otro plazo fijado de común acuerdo, el diferendo podía ser sometido a arbitraje. Tanto la decisión de la Comisión como la del Tribunal Arbitral serían consideradas definitivas y obligatorias (Arts. V y XVI del acuerdo. NU. *Textes Législatives*, traité N° 65).

¹⁷ En el asunto relativo a la *Presa de Farakka*, ubicada a 18 kms. de la frontera con Paquistán, India afirmó que el Ganges era un río indio y no internacional, ya que cerca del 90% de su extensión estaba en su territorio, poseyendo casi todo el potencial de pesca y de irrigación. Cuando el caso fue llevado ante las NU, ante la Comisión Política Especial, en 1968, India abandonó su posición, reconociendo el derecho de Paquistán a una parte equitativa de las aguas. El diferendo fue superado con el *Acuerdo sobre la Distribución de las Aguas del Ganges* de 1977 (*Annuaire de la CDI*, 1986, Vol. II, P. 1, p.123. En el caso del *Acuerdo sobre la Disposición del Kosi*, de 1954, entre India y Nepal, observamos un interesante ejemplo de cooperación internacional, ya que, el acuerdo previó la construcción por parte de India de una presa, de instalaciones y otras obras sobre el río, a tres millas arriba de la Villa de Haman Nagar (en Nepal), sin embargo, Nepal podía emplear el 50% de la energía hidroeléctrica producida por la presa, por un precio fijado por India pero en consultación con el Gobierno nepalés (Cláusulas 1 y 4. NU, *Textes Législatives*, Traité N° 95). El *Acuerdo Relativo a la Solución de Diferendos en la Frontera de Paquistán Oriental*, de 1959, entre India y Paquistán, señaló que las Partes reconocían la necesidad de organizar un sistema de consultación en materia de utilización de las aguas de los cursos de agua comunes a los dos Estados (Cláusula 7. NU, *Recueil des Traités*, Vol. 36, p. 5).

¹⁸ V. *Convención sobre la Fijación del Estatuto Jurídico de la Frontera entre Ambos Estados* (Brasil y Uruguay) de 1933, la que, en su Art. XX fijaba que si el establecimiento de una instalación para la utilización de las aguas era susceptible de causar una modificación sensible y durable en el régimen del curso de agua fronterizo, el Estado deseoso de realizar tal instalación, no ejecutaría los trabajos hasta alcanzar acuerdo con el otro Estado. Además, de conformidad al Art. XIX de la misma Convención, cada Estado tenía derecho a

La práctica de los Estados ha llevado al reconocimiento de ciertas *NORMAS CONSUETUDINARIAS*¹⁹, entre ellas: *el deber de no causar perjuicio a los legítimos intereses de otros Estados²⁰, lo que implica la prohibición de la realización de prácticas de gestión que pudieren causar perjuicio sensible y/o duradero a otros Estados (*sic utere tuo ut alienum non laedas*); *la obligación de cooperar²¹, entendida como expresión genérica abarcativa de distintos comportamientos, en particular, los de informar²² y, en su caso, negociar de buena fe a los fines de llegar a un acuerdo²³.

También se ha reconocido la aplicación de ciertos *PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO*²⁴ aplicables a la gestión de los recursos naturales compartidos, entre ellos: *el principio de prevención (diligencia debida) de modo que la utilización de las aguas por un Estado no cause daño a los legítimos intereses de otros Estados; *el principio de no abuso de derecho; *el principio de buena vecindad, el que para algunos, abarca el principio de precaución (buen gobierno).

También, ciertos Estados, mediante *ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES* han reconocido la obligación de no perjudicar los derechos de otros Estados y de cooperar. Así, el *Decreto del Consejo Ejecutivo de la República Francesa*, de 16 de noviembre de 1792, ligado al Tratado de Münster de 30 de enero de 1648 y la reapertura del Escalda, manifestó:

disponer de la mitad del agua del curso de agua fronterizo. (Société des Nations, *Recueil des Traités*, Vol. CLXXXI, p. 80).

¹⁹ Dadas las limitaciones que nos hemos impuesto en este trabajo, no podemos detenernos en referir las distintas prácticas que han dado fundamento al mencionado reconocimiento, si bien, en parte, surgen del resto de la exposición.

²⁰ La obligación de no causar perjuicio comprende tanto la cantidad como la calidad del bien en cuestión. Si los aprovechamientos se realizan sin causar daños transfronterizos, la distribución equitativa del recurso compartido ha de producirse naturalmente.

²¹ Entendemos que el grado de cooperación ha de variar según el tipo de empleo y su virtualidad para causar perjuicios transfronterizos. Podemos observar que, en la práctica interestatal, se puede observar tal situación. Así, por ejemplo: *en el caso de la Presa de Futaleufú en Argentina, construida sobre una cuenca con desembocadura en Chile, bastó la simple información; *en el caso de la presa Puerta de Hierro sobre el Danubio, acuerdos bilaterales entre Yugoslavia y Rumania contemplaron la información y consulta previas; *en el caso del Río Senegal, el acuerdo entre los países del sistema dispuso el establecimiento de una Comisión internacional de regulación y gestión común. V. al respecto nuestro trabajo "Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en los Sistemas Internacional e Interamericano", *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, 11 a 14 de diciembre de 2000, Secretaría de la OEA, Washington, 2001, pp. 81-92.

²² Recordemos que Francia en el *Asunto del Lago Lanoux* había arguido que, si una actividad no tenía entidad suficiente para causar perjuicio, no daba lugar a la obligación de informar. Sin embargo el Tribunal señaló que la obligación de notificar no podía depender de la sola voluntad del interesado en realizar la utilización.

²³ Tal como lo señalara el Tribunal en el *Asunto del Lago Lanoux*, la obligación de informar y negociar no implica la necesidad de obtener el consentimiento del otro Estado, ya que ello le otorgaría un derecho de veto al consultado. (*Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. XII, p 307). La obligación de negociación de buena fe hace referencia a la voluntad de efectuarse concesiones recíprocas y de conciliar los intereses opuestos.

²⁴ *Idem* Nota 18.

“(…) el curso de los ríos es propiedad común e inalienable de todas las comarcas regadas por sus aguas” y que, incluso en caso de haberse establecido por la fuerza un derecho exclusivo, consentido por la impotencia, tal derecho es revocable en todo momento a pesar de cualquier convención, ya que la naturaleza no reconoce más pueblos ni individuos privilegiados y que los derechos del hombre son para siempre imprescriptibles²⁵.

Otro acto jurídico unilateral digno de recordarse es la *Nota de 30 de mayo de 1862 del Gobierno de Holanda* a sus diplomáticos en París y Londres, la que expresaba:

“Siendo el Río Mosa un río común a Bélgica y Holanda, sobreentendemos que ambos Estados tienen derecho a utilizar naturalmente el curso de agua, pero al mismo tiempo, de acuerdo a los principios generales del derecho, cada uno está obligado a abstenerse de toda medida que pudiera perjudicar al otro”²⁶

También la *JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL* ha receptado la obligación de autolimitación en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos con el fin de no lesionar los derechos de otros Estados. Así, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el *Asunto del Oder*, entendió que no la navegación no es el único uso de un río y que la obligación de uno y otro ribereño no se funda en el derecho de paso sino en la “comunidad de intereses”. Agregó, asimismo, que “tal comunidad de intereses deviene en una comunidad de derecho, en la cual los tratos esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños (...)”²⁷.

Debemos recordar, asimismo, el *Asunto Relativo a la Fundición de Trail* (Partes: EE.UU. y Canadá), tanto en lo que hace al laudo de 16 de abril de 1938 como al de 11 de marzo de 1941, ya que entre ambos se consagró el “deber de pagar el daño causado” y el “principio de derecho internacional” según el cual “ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daño (...)”²⁸.

En el *Asunto del Lago Lanoux* (Partes: España y Francia), el Tribunal en su dictamen de 16 de noviembre de 1957²⁹ permitió deducir que si los trabajos proyectados por un Estado no eran susceptibles de causar un perjuicio no existía obligación de notificar al otro u otros Estados del curso de agua, pero si lo era, surgía la obligación de negociar de buena fe, tratando de conciliar los intereses opuestos³⁰. Esa obligación de negociar, que no implica la obligación de arribar a un acuerdo ya había sido receptada en el *Asunto Tacna-Arica*³¹ y en el *Asunto del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia*³².

²⁵ *Annuaire de la CDI*, 1980, Vol. II, P. I, p. 186.

²⁶ *Annuaire de la CDI*, 1986, Vol. II, P. I, p. 118.

²⁷ CPJI *Série A*, pp. 23-25.

²⁸ *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. III, pp. 1905-1982, en particular, pp. 1907, 1965 y 1966.

²⁹ *Revue Générale de Droit International Public*, París, Tomo LXII, 1958, p. 79 y ss.

³⁰ Cabe preguntarse, quién y cómo estará en condiciones de medir cuán real ha sido la buena fe y voluntad de un Estado para conciliar los intereses opuestos. También, quién y cómo estará en condiciones de determinar si el Estado sabía que la obra era susceptible de causar perjuicio.

³¹ *Recueil des Sentence Arbitrales*, Vol. II, p. 92.

³² CPJI *Série A/B* 42, p. 108.

La idea de establecer un *RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL GENERAL* para los recursos naturales compartidos ya lleva varias décadas. Si bien resulta imposible en un trabajo breve como el presente detallar los múltiples aportes con estas características, sólo señalaremos el origen de tales intentos y referiremos sus fuentes sucintamente:

-*instituciones científicas, tales como el *Institut de Droit International*³³, la *International Law Association*³⁴ etc.;

-*organizaciones internacionales intergubernamentales como la *Sociedad de Naciones*³⁵, la *Organización de las Naciones Unidas*³⁶, la *Organización de Estados Americanos*³⁷, la *Organización de la Unidad Africana*³⁸, la *Unión Europea*³⁹, etc.

³³ V. *Premier Rapport de von BAR, *Annuaire de l' Institut de Droit International*, 1911, París, Vol. 24, 1911, pp. 166-167 (“En tanto un curso de agua forme la frontera de dos Estados, ninguno de ellos puede, sin el asentimiento del otro, o en ausencia de un título jurídico especial y válido, aportar o dejar aportar a los particulares cambios perjudiciales en el territorio de otro Estado”); * Résolution sur la Réglementation Internationale de l' Usage des Cours d'Eau Internationaux, *Ibidem*, pp. 365-367 (“Toda alteración dañosa (...) todo vertimiento de materias dañosas (...) está prohibido”); * Rapport Provisoire de Juraj Andrassy, Session de Neuchâtel, septembre 1959, *Annuaire de l' Institut de Droit International*, 1959, Bâle, Vol. 48, T. I, p. 210 (“Todo estado tiene derecho de utilizar, al máximo posible y sobre una base de igualdad de derechos, las aguas que cruzan o bordean su territorio”); *Rapport Final de J. Andrassy, Salzburg, septembre 1961, *Annuaire de l' Institut de Droit International*, 1961, Bâle, Vol. 49, T. II, pp. 370-373 (“En caso de concurrencia de derechos de utilización, debe procederse a una distribución equitativa de los beneficios entre los Estados interesados, tomando como base la proporción de sus necesidades respectivas (...). Son prohibidos los trabajos o utilizaciones que impliquen una modificación o una alteración de naturaleza tal que pueda dañar seriamente el derecho de utilización de otro Estado (...) del mismo curso de agua”). (Traducciones de la autora del presente trabajo).

³⁴ V. *Informe del Comité de Estudios, presentado bajo la Presidencia del Prof. C. Eagleton, presentado a la Conferencia de Dubrovnik, agosto de 1956. *ILA Report of the 47th. Conference*, Aberystwyth (GB), pp.244-248 (“Todo Estado es responsable según el Derecho internacional, de todo acto de carácter público o privado que modifique el régimen de un curso de agua en perjuicio de otro estado (...). Todo Estado que se proponga emprender nuevos trabajos o realizar empleos que puedan aportar cambios a la naturaleza de las aguas deberá llevar adelante consultas previas con el Estado interesado”); *Informe de A. Knauth presentado al Comité en ocasión de la 48ª Conferencia de la ILA, Nueva York, 1958. *ILA Report of the 48th Conference*, Aberystwyth (GB), p.72. (“La ONU y las organizaciones vinculadas a ella deben cooperar con los Estados ribereños y corribereños con miras a asegurar el mantenimiento de los derechos de cada Estado y evitar violaciones a tales derechos por parte de algún Estado (...). Si el orden de prioridad de las utilizaciones no es fijado por acuerdo, será necesario pedir opinión a los expertos en cuestiones técnicas”); *Art. 2 de la *Declaración de Helsinki* adoptada por la ILA en 1966 (“La cuenca de drenaje internacional ... es definida como una zona geográfica que se extiende entre dos o más Estados (...) comprendiendo las aguas superficiales y subterráneas que drenan en un punto común”); *Art. XXIX, par. 2 de las *Reglas de Helsinki*, *Annuaire de la CDI*, 1974, Vol. II, P.II, p. 398 (“El Estado de la cuenca deberá ser advertido cuando los intereses de otro Estado puedan ser sensiblemente afectados”); **Reglas de Seúl*, adoptadas por la ILA en 1986, relativas a distintos tipos de acuíferos (<http://www.fao.org/Legal/advserv/isarm1.pdf>). (“Los Estados de la cuenca considerarán el manejo integrado (...) a solicitud de cualquiera de ellos” (R. IV)). (Traducciones de la autora de presente trabajo).

³⁵ V. **Convención y Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional*, de Barcelona, 20 de abril de 1921. (Art. 10.1: Each riparian State is bound, on the one hand, to refrain from all measures likely to prejudice the navigability of the waterway, or to reduce the facilities for navigation, and, on the other hand, to take as rapidly as possible all necessary steps for removing any obstacles and dangers

III Estado actual del tratamiento de los recursos naturales compartidos en la CDI⁴⁰

which may occur to navigation). Esta Convención constituye la única fuente general de derecho fluvial aun cuando no haya sido universalmente aceptada.

³⁶ *Destacamos: *AG NU: Res. 1401 (XIV) de 21 de noviembre de 1959, que recomienda el estudio de los problemas vinculados al desarrollo y al uso de los ríos internacionales; Res 2669 (XXV) de 8 de diciembre de 1970, que encomienda a la CDI el estudio del derecho relativo a la utilización de las vías de agua para fines distintos de la navegación; Res. 3129 (XXVIII) de 13 de diciembre de 1973, referida a la cooperación en materia de recursos naturales compartidos, que da lugar a la creación del PNUMA y, en 1975, del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en Recursos Naturales Compartidos entre dos o más Estados, el que adoptó el 7 de febrero de 1978 quince principios relativos a la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos, los que fueron aprobados por la AG NU a modo de recomendación en la Res. 34/186 de 18 de diciembre de 1979; Res. 3281 (XXVIII) de 12 de diciembre de 1974, que define a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (v. *supra*); Recomendaciones 89 y 93 del *Plan de Acción de Mar del Plata* de 1977, aprobado por la AG NU por Res. 32/158. *Recomendación 51, par. C VIII de la *Conferencia de UN sobre Medio Ambiente*, de Estocolmo de 1972, que hace referencia a “recursos compartidos entre varias naciones”; Principio 21 de la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* de 1972, que señala que “de conformidad a la Carta de NU y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos naturales 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 la jurisdicción nacional”. Similar enunciado se halla en el principio 3 de la *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, si bien la “obligación de asegurar” del Principio 21 se transforma en “responsabilidad de velar”. *Consejo Económico y Social, Comisión Económica para Europa: Convención sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo de 25 de febrero de 1991; Convención sobre la Protección y Uso de Cursos de Agua Transfronterizos de 17 de marzo de 1992; Protocolo de 17 de junio de 1999 sobre Agua y Salud a la Convención sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua y Lagos Internacionales Transfronterizos de 1992.

³⁷ V. Tema 7 del Informe de la Comisión Permanente de Derecho Internacional Público, *Documentos para Uso de los Delegados a la 7ma. Conferencia Internacional Americana*, Montevideo-Uruguay, 3 de diciembre de 1933; **Declaración de Buenos Aires* de 1957 de la Asociación de Presas Interamericanas. *Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuíferos Guaraní (SAG), compartido con los gobiernos de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, cofinanciado por el Fondo Mundial para el Medio Ambiente (GEF) y el Banco Mundial, tiene a la Organización de Estados Americanos (OEA) como Unidad Ejecutora. Similar participación de la OEA se da en numerosos otros proyectos particulares.

³⁸ V. **Recomendaciones y Conclusiones de la Primera Conferencia Interafricana sobre Hidrología*, Nairobi, 1961, Publicación N° 66; **Conclusiones de la Reunión Regional Africana sobre Cuestiones Relativas al Agua*, de 1978.

³⁹ V. **Conclusiones de la Conferencia Reunida en Aplicación de la Resolución 10 (XIV) de la CEE sobre los Problemas de la Contaminación de las Aguas en Europa*, 20 de febrero a 3 de marzo de 1961. (*Annuaire de la CDI*, 1974, Vol. II, P. II, pp 237-238). **Directiva 1980/0068 del Consejo* de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación **Directiva 2000/0060 del Parlamento Europeo y del Consejo* de 23 de octubre de 2000 que establece un marco comunitario en el ámbito de la política de aguas.

⁴⁰ Parte de este punto III corresponde a nuestra Exposición en “Jornada sobre Medio Ambiente” de la *Comisión Ambiental del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 27 de agosto de 2003.

En 1999⁴¹, tal como lo señaláramos precedentemente, la AG NU alentó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para que seleccionara nuevos temas de labor para su próximo quinquenio. En 2000, entre cinco puntos para trabajo a largo plazo, la CDI incluyó el tema “Recursos Naturales Compartidos de los Estados”.

La cuestión de los recursos naturales compartidos ya había sido objeto de tratamiento en la CDI en oportunidad de la elaboración del “Proyecto sobre el Derecho de Uso de los Cursos de Agua para Fines Distintos de la Navegación”. El referido proyecto fue desarrollado en ese ámbito entre los años 1970 y 1994. Es de recordar que, en 1980, la CDI había aprobado en primera lectura los Arts. 1 a 5, consensuados en base al borrador de proyecto elaborado por el Relator Stephen M. Schwebel, segundo relator en el tema⁴² y que el Art. 5, estableció que el agua constituía un “recurso natural compartido” “en la medida en que la utilización del agua de un sistema del curso de agua de un Estado afectara el uso de las aguas de ese sistema en el territorio de otro Estado del sistema”. Si bien, el tercer Relator en el Proyecto, Jens Evensen, en 1984, suprimió la referencia expresa a “recursos naturales compartidos”, la idea continuó siendo el eje rector de todo el articulado. Es de destacar que el proyecto, tras la intervención de sucesivos Relatores⁴³ y la contribución de un Grupo de Trabajo plenario de la Sexta Comisión de la AG NU, sirvió de base para la “Convención sobre los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación” (CAIFDN), adoptada por la AG de NU el 21 de mayo de 1997 por 104 votos a favor, 3 en contra y 26 abstenciones⁴⁴. El último Relator, propuso que la CDI continuara trabajando en temas conexos, vg.: "principios generales del derecho ambiental" y "recursos naturales compartidos".

En el año 2002 la CDI designó a Chusei Yamada como Relator en el tema “Recursos Naturales Compartidos de los Estados”. Ese mismo año, en el Segundo Período de sesiones de trabajo de la CDI, Yamada preparó un trabajo para ser examinado en consultas oficiosas y propuso en enfoque por etapas: *2003, esbozo del tema; *2004, aguas subterráneas confinadas; *2005, petróleo y gas; *2006, examen global del tema. En consecuencia, muchos otros recursos naturales compartidos no entrarían en el tratamiento del proyecto. Se estimó que, dadas sus características particulares, los recursos minerales,

⁴¹ Res. 54/111 de la AG NU, párr. 8.

⁴² El primer Relator había sido Richard D. Kearney.

⁴³ Stephen C McCaffrey y Robert Rosenstock.

⁴⁴ Ciertas imperfecciones e incoherencias de su texto, particularmente, su falta de correlatividad con los proyectos en materia de responsabilidad, han contribuido a que a agosto de 2003 la Convención no haya entrado en vigor, ya que sólo cuenta con 16 Estados signatarios y 9 Estados contratantes, frente a la exigencia de 35 ratificaciones para su entrada en vigor. También se ha señalado el alto número de acuerdos ya concertados entre Estados como causa de la baja adhesión a la Convención. No obstante, debemos recordar que, según informes de la UNESCO, en 2002 se registraron 263 cuencas hídricas internacionales, siendo que en 1978 se listaban 214. Actualmente, 59 cuencas internacionales se ubican en África, 58 en Asia, 73 en Europa, 61 en América Latina y el Caribe, 17 en Norte América y Oceanía y, si bien muchas de ellas poseen algún tipo de acuerdo de regulación, la situación no cubre la totalidad de las virtualidades de los aprovechamientos. El Informe registra un total de 1.831 interacciones estatales tanto conflictivas como cooperativas, 7 conflictos con uso de la fuerza, 507 controversias, aproximadamente 200 tratados y 1.228 entendimientos cooperativos de índole parcial (www.unesco.org/water/wwap).

los recursos marinos vivos, los animales migratorios, que podían poseer la condición de recursos naturales compartidos, debían ser tratados por separado. Los cursos de agua internacionales tampoco fueron incluidos dado que ya tuvieron tratamiento y fueron receptados en la CAIFDN, si bien no con la designación expresa de recursos naturales compartidos. Llama la atención que el Relator no hubiese hecho referencia a flora fronteriza biológicamente dependiente de complementaria formación transfronteriza (ecosistema integrado). Incluso, la atmósfera posee condiciones de movilidad y potencialidad aptas para causar daño transfronterizo, lo que permite considerarla, a pesar de sus características particulares, un recurso natural compartido⁴⁵.

Debemos destacar que el Art. 2 de la CAIFDN al ocuparse de los “términos empleados”, define al “curso de agua” como:

“(…) un sistema de aguas superficiales y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen hacia una desembocadura común”.

Es decir, no cubre a las aguas subterráneas confinadas (limitadas superior e inferiormente por formaciones impermeables o casi impermeables, almacenadas bajo una presión confinante)⁴⁶.

Sin embargo, el último Relator del Proyecto bajo consideración, que habría de derivar en la CAIFDN, Robert Rosenstock, en su primer Informe de 1993, se manifestó partidario de incluir, en el Proyecto sobre los cursos de agua, a las “aguas subterráneas confinadas no relacionadas” y, en su Informe de 1994, presentó como Anexo del Segundo Informe un estudio sobre el tema. Entendía conveniente el tratamiento conjunto de los dos tipos de aguas subterráneas y mostraba su convicción en torno a la aplicabilidad a las aguas subterráneas confinadas de la mayoría de los principios y normas ya concebidos para los cursos de agua⁴⁷. La posición de Rosenstock encontró alguna oposición entre los miembros de la CDI, los que consideraron preferible el tratamiento por separado, por ser las aguas confinadas ajenas a la unidad del sistema propio de los cursos de agua. No obstante ello, la CDI presentó a la AG NU una resolución⁴⁸, cuyo párrafo quinto preambular y primero, segundo y tercero dispositivos expresaban:

⁴⁵ Es de recordar que uno de los casos emblemáticos de reclamación por daño transfronterizo, el de la Fundición de Trail, ha estado vinculado a efectos atmosféricos. (V. *Report of International Arbitral Awards*, Vol. III, p. 1965-1966).

⁴⁶ La visión de los hidrólogos en relación a las aguas subterráneas confinadas difiere de la de los juristas. Los primeros ponen el acento en el estado hidráulico: el sometimiento a presión de las aguas. En cambio, los segundos, se centran en la no comunicación con las aguas superficiales, por ello suelen hacer referencia a aguas subterráneas “confinadas o no relacionadas”. Las aguas confinadas pueden ser *fósiles* o *confinadas*. Las primeras son aguas que fueron enterradas al tiempo de la formación geológica que las atrapa, en cambio las segundas, son aguas encerradas en épocas distintas a la formación geológica que las circunda. Cf. FETTER, C.W. *Applied Hydrology*, 3ra. Edición, Washington, 1994, p. 4 y ss.

⁴⁷ V. Segundo Informe, *Anuario 1994*, Vol. II, Primera Parte, Doc. A/CN.4/462.

⁴⁸ *Documentos Oficiales de la AG*, 49º Período de Sesiones, Suplem. N° 10 (A/49/10), Cap. III.D.

“*Considerando* su opinión de que los principios contenidos en su Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación pueden aplicarse a las aguas subterráneas transfronterizas”.

1.*Exhorta* a los Estados que se guíen por los principios contenidos en el Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, cuando proceda, en la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas;

2.*Recomienda* a los Estados que consideren la posibilidad de concertar acuerdos con el otro Estado o los otros Estados en que se encuentran las aguas subterráneas confinadas transfronterizas;

3.*Recomienda asimismo* que, en caso de que surja una controversia relacionada con las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, los Estados interesados consideren la posibilidad de resolverla de conformidad con las disposiciones contenidas en el Art. 33 del proyecto de artículos o de cualquier otra manera que les convenga”.

Es de observar que la AG UN no hizo suya ninguna de las recomendaciones de la CDI sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, tema del que habrá de ocuparse separadamente la CDI, tal como lo señaláramos, en 2004.

Las aguas subterráneas a que hace referencia la CAIFDN reúnen cinco características básicas:

- a)-forman parte de un sistema juntamente con las aguas superficiales, unitario e intradependiente;
- b)- fluyen hacia una desembocadura común al igual que las aguas superficiales;
- c)-atento al trazado de las fronteras, el sistema pertenece parcialmente a distintos Estados;
- d)-por su condición de sistema transfronterizo, su utilización debe estar sujeta a estándares internacionales.

Por su parte, las aguas subterráneas confinadas transfronterizas muestran la siguientes particularidades:

- :
- a)-constituyen acuíferos desconectados de un sistema de superficie;
- b)-pertenecen a dos o más Estados atento a que son cruzadas por una o más fronteras;
- c)-no forman parte del ciclo hidrológico;
- d)-poseen una antigüedad puede variar entre miles y millones de años;
- e)-son consideradas recursos no renovables como el petróleo y el gas;
- f)-requieren estándares de utilización y prevención de contaminación en la extracción más altos que los acuíferos de superficie⁴⁹, dada la agotabilidad del recurso y dificultad de descontaminación en caso de que la misma se produzca.

⁴⁹ Los acuíferos confinados son menos vulnerables a la contaminación que los no confinados, sin embargo, pueden estar contaminados por constituyentes naturales como arsénico, cadmio, cobre, fluoruro, zinc, etc. o pueden contaminarse como consecuencia de perforación, extracción, construcción de pozos de desechos u otro tipo de actividades.

Por la alta dependencia que tienen los países desérticos y semidesérticos de las provisiones provenientes de acuíferos fósiles (en su mayoría transfronterizos y no renovables), por la importancia que tienen para el equilibrio geofísico y ecológico que se sospecha poseen, su utilización conviene que responda a una adecuada planificación y regulación internacionales que complementen los acuerdos bi o plurilaterales y brinde los resguardos correspondientes a la falta de certezas suficientes en materia de riesgos que su empleo irrestricto puede acarrear⁵⁰⁻⁵¹.

La importancia de las aguas subterráneas confinadas salta a la vista si se recuerda que su cantidad asciende a 23.400.000 km³ frente a la relativamente pequeña cifra de 42.800 km³ que reúnen todos los ríos del globo terráqueo. Ello adquiere mayor relevancia cuando se tiene en cuenta que el 97% de las aguas dulces del planeta corresponde a aguas subterráneas (si se exceptúan los casquetes polares y los glaciares) y que, además, cada vez es mayor el número de acuíferos confinados de los que se va tomando conocimiento⁵²,

⁵⁰ Bajo los auspicios de la UNESCO y de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, en cooperación con la FAO y la Comisión Económica para Europa se ha preparado una propuesta de programa para una iniciativa internacional sobre la ordenación de los recursos acuíferos internacionales. El programa busca apoyar la cooperación de los Estados, desarrollar sus conocimientos científicos, ofrecer capacitación, educación, información, aportar a la formulación de políticas y adopción de decisiones en materia de gestión de acuíferos sobre la base de una buena comprensión técnica y científica (V. Recursos Naturales Compartidos; Primer Informe sobre el Esbozo del Tema. A/CN.4/ 533).

⁵¹ Es de observar la creciente tendencia en la práctica estatal de adopción de medidas legislativas reguladoras de la extracciones de todo tipo de aguas subterráneas. Numerosos países dictan leyes básicas para la gestión de los recursos hídricos subterráneos u otro tipo de normas (vg.: China, Egipto, España, EE.UU., Finlandia, Francia, Holanda, India, Israel, Italia, Méjico, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Turquía).

⁵² *I.a.*: *El acuífero *Guaraní* (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) posee 40.000 km³ en una superficie de 1.200.000 km², con una profundidad entre 400 y 1800 metros. La explotación por pozos profundos permite la extracción de caudales superiores a 500.000 l/h y, en varias regiones presenta surgencia natural. En junio de 2002, el GEF aprobó un fondo destinado a la ejecución del Proyecto "Protección Ambiental y Manejo Sostenible Integrado del Acuífero Guaraní". Si bien no se ha llegado a concertar un marco institucional común para la gestión del acuífero, el proyecto de acuerdo contempla la creación de un Comité Directivo de Representantes de los cuatro Estados y un representante del MERCOSUR. *El acuífero de piedra caliza nubio, designado *Arena de Piedra* del Sahara Oriental (Egipto, Libia, Chad, Sudán) posee 457.000 km³ de agua fósil cuya antigüedad se estima en 35.000 años, época en las que la región era una sabana fértil, ubicados en una superficie aproximada de 2.200.000 km². Desde la década de los años '70, cada uno de los países del acuífero ha intentado explotar la reserva por separado. En 1991, Libia ha construido el denominado "Gran río artificial" de 3.500 km de tuberías de hormigón de 4 metros de diámetro para transportar el agua desde Fezzan a la costa. El "río" suministra medio millón de metros cúbicos diarios a las ciudades costeras del país, donde se concentra la mayoría de la población de Libia. Los cuatro Estados del acuífero han resuelto formar una autoridad conjunta para estudiar y explotar el acuífero, al mismo tiempo que han convenido solicitar asistencia técnica internacional para el proyecto conjunto. *El acuífero del *Sáhara Septentrional*, más conocido por su acrónimo en francés: SASS, es un reservorio compartido por Argelia, Libia y Túnez, con aguas a más de 1000 metros de profundidad. En los últimos treinta años ha sido expuesto por inadecuada explotación a riesgos de agotamiento, pérdida de presión artesiana y salinización. Recientemente, los países del sistema han acordado, mediante la acción de la FAO, la gestión tripartita del acuífero, la que contempla mecanismos e instituciones. *Los acuíferos de *Al-Jafer* y *Disi*, compartidos por Jordania y Arabia Saudita. *El acuífero *Terminal Continental* compartido entre Gambia y Senegal, reservorio que aún no cuenta con un acuerdo entre los países del sistema. V. KRISHNA, R. Y SALMAN, S.M.A. "International Groundwater Law

siendo los mismos, en la mayoría de los casos transfronterizos y de gran relevancia económico-social.

Es posible que la solución a la crisis mundial del agua se halle en las entrañas de la tierra, tal como lo señalara la UNESCO⁵³. No obstante, si bien, el abastecimiento de más de la mitad de la población mundial depende de las aguas subterráneas que se extraen de los acuíferos ocultos bajo la superficie terrestre, los repositorios confinados, por su condición de no renovables, plantean un problemática particular, debiendo ser tratados independientemente, tal como lo ha percibido la CDI.

Generalmente, intensos usos agrícolas e industriales que atienden los acuíferos fósiles hacen que la extracción sea mayor que la lenta o nula recarga, llevando al agotamiento del recurso, antes de que los aprovechamientos hubiesen amortizado el recurso no renovable y los costos de su extracción. A ello se agregan los peligros de contaminación (ya señalados), los que fácilmente llega a sufrir el acuíferos confinado durante el proceso de perforación y extracción.

Los Gobiernos de los acuíferos confinados suelen ser reacios a aceptar la condición de recursos naturales compartidos para tales reservas, pretendiendo efectuar aprovechamientos sin limitaciones, apareciendo una especie de carrera entre los Estados para extraer lo antes posible la mayor cantidad de líquido en detrimento de sus vecinos, transformando al bien y a sus aprovechamientos en fuente de conflictos. Ello se vuelve situación repetida, particularmente en las zonas áridas o semiáridas, donde ese tipo de aguas suele ser la única fuente de aprovisionamiento.

El rol del agua para las necesidades socioeconómicas de las generaciones actuales y venideras, hace tomar conciencia de la relevancia de la compleja problemática del aprovechamiento de las aguas confinadas. En general, expertos en Hidrogeología, Economía y Derecho justifican la utilización del agua fósil o connata cuando está dirigida al consumo humano y usos urbanos, pero consideran contrario a la ética intergeneracional y a la cooperación internacional destinar el precioso recurso no renovable al regadío. Debe tenerse en cuenta que, en las zonas áridas, donde a menudo el agua fósil es el único recurso hídrico, más de la mitad del agua puede perderse con la evaporación.

Las aguas confinadas plantean numerosas cuestiones de futuro e incertidumbres, no sólo en lo ambiental, también en relación a los cambios climáticos y magnéticos del planeta, aspectos aún no debidamente estudiados.

Veinticuatro organismos de las Naciones Unidas han aunado esfuerzos para elaborar un Informe Mundial sobre los Recursos Hídricos, asumiendo la UNESCO la coordinación del proyecto denominado “Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos”

and the World Bank Policy Projects on Transboundary Groundwater”, *Groundwaters: Legal and Policy Perspectives*, (Salman ed.), World Bank, Pars, 1999, pp- 183-184.

⁵³ <http://www.unesco.org/bpi/eng/unescopress/2002/02-39s.shtm>

(WWAP en su sigla en inglés). Dicho Programa realiza una estimación y observación exhaustivas de los recursos hidrológicos del planeta, labor que fructificó en el primer mapamundi de recursos hídricos subterráneos (abarcativo de los acuíferos confinados), recientemente realizado por la UNESCO, la Asociación Internacional de Hidrogeólogos (AIH) y la Comisión del Mapa Geológico del Mundo, el que fuera presentado oficialmente en Kyoto, en la Cumbre del Agua de 2003⁵⁴.

El relator Chusei Yamada, en documento adicional a su primer Informe, incorporó la visión de los hidrogeólogos en materia de aguas subterráneas confinadas transfronterizas, documento que se basó en los aportes de expertos de UNESCO, FAO, Comisión de Aguas Subterráneas de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, Cátedra de Aguas Subterráneas de la UNESCO-University of the Western Cape, Sudáfrica, Comisión Económica de las NU para Europa⁵⁵.

Tanto el Primer Informe como su documento adicional ponen en evidencia la complejidad de una regulación internacional en materia de aguas subterráneas confinadas, aún cuando ciertos principios de las aguas subterráneas no confinadas, tales como, *i.a.*, utilización y participación equitativa y razonable, obligación de no causar daños sensibles transfronterizos, obligación de cooperar, intercambio de datos e información, obligación de notificar medidas proyectadas, resultan aplicables a los acuíferos confinados.

Es de resaltar que el Relator Yamada -confirmando una antigua percepción nuestra⁵⁶- ha hecho mención de la necesaria interrelación⁵⁷ entre el nuevo proyecto sobre Recursos Naturales Compartidos de los Estados con los de Responsabilidad por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos⁵⁸ y con sus proyectos anexos sobre Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas y sobre Responsabilidad por las Pérdidas Causadas por el Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, los que, a su vez, enlazan con el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

Conclusiones

⁵⁴ www.unesco.org/water/wwap

⁵⁵ A/CN.4/533/Add.1.

⁵⁶ “La Diligencia Debida como Eje de Articulación entre el Ilícito Internacional y la Responsabilidad por las Consecuencias Perjudiciales Resultantes de Actos No Prohibidos”, en REY CARO, E. J. *et al. Derecho Internacional Ambiental. Nuevas Tendencias*, Lerner, Córdoba, 1998, p. 115 y ss.; “La Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, en SAVID BAS, L. (Dir.) *La Política Internacional, el Derecho y el Territorio Nacional. Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra*, Ediciones del Copista, Córdoba, p. 379 y ss.

⁵⁷ A más de la relación con la CAIFDN.

⁵⁸ Ello, en tanto el aprovechamiento de los acuíferos confinados constituye uno de los tantos usos lícitos comprendidos en el proyecto de artículos de la CDI en materia de responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos. A su vez, la falta de diligencia debida frente a los usos autorizados o realizados (no prohibidos por el derecho internacional) en el territorio bajo su jurisdicción y que causen daño transfronterizo, ha de remitir la situación a la responsabilidad por ilícito

Las aguas subterráneas confinadas, uno de los más valiosos recursos naturales para el presente y el futuro de la humanidad, por su condición de bien no renovable, por su relevancia socio-económica -particularmente notoria en regiones áridas o semiáridas-, por las consecuencias de su sobreexplotación y dificultades de descontaminación, por su contribución al equilibrio ecológico global, requiere un tratamiento particular en el contexto del complejo vinculado a los recursos naturales compartidos y las responsabilidades emergentes por las consecuencias dañosas de los usos faltos de la debida diligencia o prevención. No menos relevante resulta la necesidad de regular otros recursos naturales compartidos. Tal regulación, como lo manifestáramos en anteriores trabajos⁵⁹, corresponde sea de carácter sustantivo, descriptiva de endonormas, de comportamientos exigibles en calidad de estándares mínimos de debida diligencia de los Estados, graduados de conformidad a los riesgos que conlleva cada acción lícita.

Es de tener presente que ciertos principios ya incluidos en la Convención sobre los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, son válidos para los aprovechamientos de otros recursos naturales compartidos. Probablemente hubiese resultado útil que, siguiendo las sugerencias de Rosenstock, la CDI, se ocupara también, juntamente con el tema de los recursos naturales compartidos, de los “principios generales del derecho ambiental” para precisar cuáles de esos habrían de ser propios a la regulación de los recursos naturales compartidos y, aún más, a cada unos de los sub-tipos de tales recursos.

⁵⁹ V. *supra*.