

PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A LOS CURSOS DE AGUA Y ACUÍFEROS INTERNACIONALES*

*Zlata Drnas de Clément***

INTRODUCCIÓN

Tanto la Convención sobre el derecho de los usos los cursos de agua para fines distintos de la navegación (CCAIFDN) de 1997¹ como el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (PDAT) de 2008² hacen referencia a “principios generales”, concebidos como básicos para la regulación del aprovechamiento de esos recursos.

Debemos tener en cuenta que los cursos de agua³ y los acuíferos internacionales⁴ -⁵ constituyen recursos naturales compartidos⁶. Schwebel, en su segundo Informe en el Proyecto de la CDI sobre el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación había señalado que “las aguas de un curso de agua internacional son el arquetipo de un recurso natural compartido”⁷ ⁸. Esta idea está

*Trabajo preparado para el libro homenaje al Profesor José Manuel Peláez Marón (2011).

**Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro de Número de la misma entidad.

¹ La Convención es fruto de las labores de la CDI, la que inició sus labores en el tema a partir de 1970 [Res. AG UN 2669 (XXV)], habiendo actuado como relatores especiales Kearney, Schwebel, Evensen, McCaffrey y Rosenstock.

² En 1994, la CDI adoptó una Resolución sobre las aguas subterráneas transfronterizas confinadas (que no cubre la Convención de 1997), señalando la conveniencia de aplicar a esas aguas los mismos principios de los cursos de agua considerados en la Convención. A partir de 2002, las aguas subterráneas confinadas han sido objeto de trabajo por la CDI bajo el proyecto más amplio denominado “Recursos naturales compartidos”. En el tema acuíferos, fue nombrado relator especial Chusei Yamada y presidente de los Grupos de trabajo Enrique Candiotti.

³ El Informe de la CDI de 1994 en p. 92 se refiere a los “cursos de agua”, señalando: “The expression has long been used in international agreements to refer to a river, its tributaries and related canals”. La CCAIFDN, siguiendo el referido proyecto ha de conceptualizado en su art. 2 a) que por curso de agua se entenderá “un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”.

⁴ El Proyecto de la CDI de 2008, en el art. 2 define al acuífero como “una formación geológica permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación”. En el mismo artículo entiende por “sistema acuífero” una serie de dos o más acuíferos que están conectados hidráulicamente.

⁵ La importancia de las aguas subterráneas confinadas o semiconfinadas 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).

⁶ La resolución de la CDI sobre acuíferos transfronterizos confinados de 1994, adoptada tras la el completamiento del tópico relativo al derecho de los usos de los cursos de agua transfronterizos para fines distintos de la navegación, expresa que ambos son recursos naturales de vital importancia y recomienda a los Estados se guíen en los usos de los acuíferos confinados (no relacionados con un curso de agua) por los enunciados contenidos en el proyecto sobre los cursos de agua.

⁷ SCHWEBEL, U.N. Doc. A/C. N. 4332 add.1, pp.14.

⁸ 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

asociada a los principios de soberanía e igualdad jurídica de los Estados y a la proscripción de todo uso unilateral con potencialidad para perjudicar los derechos de otros Estados de un curso de agua o un acuífero internacional. En 1980, la CDI aprobó 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 tema. El Art. 5, establecía 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 afectaba el uso de las aguas de ese sistema en el territorio de otro Estado del sistema”. El tercer Relator, Jens Evensen, en 1984, suprimió la referencia expresa a “recursos naturales compartidos”, modalidad que continuó con los dos siguientes relatores, los que pusieron en un lugar central una expresión que sólo señala comportamientos (limitaciones a la soberanía plena del Estado del curso de agua): “utilización equitativa y razonable”⁹. En 2002 la CDI retomó la referencia a “recurso natural compartido” en un nuevo proyecto específico sobre la temática, el que fructificara en una primera etapa en el Proyecto sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos que citáramos en el párrafo precedente.

Los “principios generales” a que hacen referencia la Convención y el proyecto de artículos sobre acuíferos transfronterizos representan normas consuetudinarias internacionales generales en materia de recursos naturales, las que, a su vez, tienen base en ciertos principios generales del derecho¹⁰.

En este breve trabajo compararemos los “principios generales” contenidos en la Convención sobre cursos de agua con las del proyecto sobre acuíferos transfronterizos y efectuaremos consideraciones sobre las virtudes, debilidades y carencias de esos enunciados en el contexto del derecho internacional general reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

I.-PRINCIPIOS GENERALES CONTENIDOS EN LA CCAIFDN Y EN EL PROYECTO SOBRE LOS DAT

Ambos instrumentos dedican la Parte II a “Principios Generales” y, sin bien, un segmento importante de sus contenidos es común a ambos, se observan diferencias sustantivas entre ellos que hacen a la percepción de la naturaleza misma de los recursos naturales compartidos.

Hubiese sido interesante que el ordenamiento del desarrollo de los principios se estructurara conforme lo anuncia el art. 1 de ambos instrumentos internacionales:

- usos u otras actividades con impacto en el recurso;
- medidas de protección, preservación y ordenación-gestión relacionados con los usos.

se hace. 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 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. V. *infra*.

⁹ V. *infra*.

¹⁰ No compartimos la minimización que efectúan ciertos doctrinarios del rol de los “principios generales”, entendiéndolos que constituyen meras guías de acción o estándares aconsejables. V. *infra*.

Sin embargo, en algunas formulaciones, el desarrollo se ha ido dando en forma poco jerarquizada y razonable, tanto en la CCAIFDN como en el PDAT.

1.1 Soberanía del Estado - Limitación de los derechos soberanos en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos

CCAIFDN

La CCAIFDN no hace referencia alguna a la soberanía del Estado sobre la porción del curso de agua transfronterizo que, conforme los límites internacionales fijados, a cada sujeto territorial le corresponde. Sólo hay una referencia indirecta a ese aspecto en el art. 8 (obligación general de cooperar) al expresar que “los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los *principios de la igualdad soberana, la integridad territorial (...)*”.

PDAT

Muy por el contrario a lo que sucede con la CCAIFDN, el PDAT en el primer artículo relativo a “principios generales” (art. 3), establece expresamente la soberanía del Estado sobre el acuífero transfronterizo bajo su jurisdicción:

3) Soberanía de los Estados del acuífero. Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo situada en su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el derecho internacional y el presente proyecto de artículos. (El resaltado nos pertenece).

No se justifica la separación que hace la formulación entre “derecho internacional” (DI) y el “proyecto de artículos” sobre derecho de los acuíferos, como si este último instrumento fuera ajeno al DI. Debemos recordar que, de conformidad a su Estatuto, la CDI tiene por objeto “impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación”. Por otra parte, resulta obvio que si el proyecto sobre acuíferos se convierte en convenio, sus disposiciones fijarán cómo ejercerá el Estado del acuífero su soberanía sobre el mismo, resultando innecesaria la inclusión de una referencia de tal naturaleza.

Adecuadamente, el PDAT destaca expresamente la soberanía que ejerce el Estado sobre su territorio, sobre los bienes bajo su jurisdicción y, -atento a que los acuíferos transfronterizos constituyen un recurso natural compartido con otro u otros Estados- a continuación, y en el mismo contenido normativo propuesto señala que esa soberanía se ejercerá bajo determinadas pautas o condiciones. El ejercicio de la soberanía sobre un recurso natural compartido está limitada conforme el DI en lo que hace al aprovechamiento, al uso del bien (recurso¹¹) y su libre disposición, aspectos que con algunas deficiencias recoge el PDAT.

Este principio está en un todo de acuerdo con lo establecido en el art. 2. 1 y otros de la *Res. 3281 (XXVIII)* de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG NU), *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, que establece:

¹¹ V. nuestro trabajo “Los Recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003, pp. 79-105.

2.1. “Todo Estado **tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas**”. (El resaltado nos pertenece).

Es de observar que la libertad enunciada en el art. 2.1 encuentra sus límites en los arts. 3 y 30 *in fine* del mismo instrumento, que expresan:

3.-“En la explotación de los **recursos naturales compartidos** entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros”. (El resaltado nos pertenece).

30.- “(...) Todos los Estados tienen la **responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional (...)**”.(El resaltado nos pertenece).

A diferencia del art. 2.1, en el que hacía referencia a los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios bienes, expresando que podían ejercer “libremente” la posesión, uso y disposición de esos bienes, aprovechamientos y riquezas, en el caso de la explotación de los recursos naturales compartidos -considerados en el art. 3-, establece el deber de “cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa”, velando por una “óptima utilización del recurso que no cause daños a los legítimos intereses de otros”.

Tal como lo señaláramos en trabajos anteriores¹², la obligación de “cooperar” aparece como una obligación sustantiva genérica que contiene principios-deberes específicos exigibles: información y consulta previa, uso no perjudicial para terceros (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), prevención (diligencia debida).

También esta visión soberanista había sido receptada en la *Res. 1803 (XVII)* de la AG UN, *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*, resolución a la que el PDAT hace referencia en su parte preambular¹³.

Este principio se halla recogido, también, *i.a.* en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), en su principio 2, en sentido concurrente a lo señalado, expresa:

¹² “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente” (Cap. 2), en SÍNDICO, F. - FERNÁNDEZ EGEA, R. – BORRÀS PETINAT, S. *Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una Visión desde Iberoamérica*, Cameron May International Law and Policy, Londres, 2010; “Derecho Internacional Ambiental como subdisciplina del Derecho Internacional Público”, *Encuentro de Academias 2010*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2011; “El Fallo de la CIJ sobre las pasteras del Río Uruguay: lejos de la concepción de recurso natural compartido”, *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, Buenos Aires, 2011.

¹³ PDAT, parte preambular: “Recordando la Resolución 1803 (XVII) de la AG, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales”. La Res. 1803 (XVII) en parte preambular se refiere a los derechos plenos de los Estados con relación a los bienes y recursos que les pertenecen en exclusividad. Así, expresa: “Teniendo presente lo dispuesto en la Res. 1515 (XV) de 15 de diciembre de 1980, en la que ha recomendado que se respete el derecho soberano de todo Estado a disponer de su riqueza y de sus recursos naturales” (para. 3); “Considerando que cualquier medida a este respecto debe basarse en el reconocimiento del derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales en conformidad con sus intereses nacionales y en el respeto a la independencia política de los Estados” (para. 4).

“Los Estados tienen el **derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que están fuera de los límites de la jurisdicción nacional**”. (El resaltado nos pertenece).

Varios convenios internacionales aceptan esta percepción soberanista, entre ellos, el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (para. 2 del Preámbulo); la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (para. 8 del Preámbulo); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países afectados por sequía grave o desertificación* (para. 15 del Preámbulo).

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, constituye una obligación general del Estado (único sujeto territorial) de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio a otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción nacional. Ello, independientemente de que se trate o no de un recurso natural compartido. El principio ha sido consagrado en numerosos pronunciamientos arbitrales y judiciales, entre ellos los *leading cases*: el dictamen arbitral de 11 de marzo de 1941 en el as. *Fundición de Trail (EEUU v. Canadá)*¹⁴; la sentencia de 9 de abril de 1949 en el as. *Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)* en la que la CIJ ha señalado que “todo Estado” “tiene la obligación” de “no permitir que su territorio sea utilizado para fines contrarios a los derechos de otros Estados”¹⁵.

Entendemos que el principio *sic utere tuo* es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados, lo que comprende los derechos de los Estados sobre su propio territorio o el que se halla bajo su jurisdicción.

1.2 Utilización y participación equitativas y razonables

Este principio es considerado por numerosos doctrinarios principio clave del derecho de los cursos de agua y acuíferos internacionales.

Ambos instrumentos bajo análisis contemplan este principio en el marco de una estructura similar de tratamiento, sin embargo, se observan diferencias entre ellos, las que iremos señalando.

CCAIFDN

El proyecto de artículo 5 (primero de la Parte II relativa a Principios Generales) tiene dos párrafos. El primero confirma el derecho del Estado a utilizar el curso de agua internacional de modo equitativo y razonable y la obligación de no excederse en su

¹⁴ “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 (...)”. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. III, pp. 1905-1982, en particular, pp. 1907, 1965 y 1966. Se recuerda que la sentencia arbitral de 16 de abril de 1938 había dispuesto indemnización por los daños causados; la de 1941, al determinar que la fundición no podía funcionar sin causar perjuicio transfronterizo, ordenó la clausura de la fundición.

¹⁵ CIJ, *Recueil* 1949, p. 22: “ (...) (E)very State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”.

derecho al uso equitativo, en otros términos, no privar a otro Estado del curso de agua de su derecho a la utilización equitativa. El segundo párrafo contempla que el Estado del uso sea capaz del más eficiente uso, no sólo en sentido económico sino ambiental. Implica la maximización de la cobertura de sus necesidades y la minimización de los perjuicios, acorde con la concepción de uso sustentable.

Artículo 5. Utilización y participación equitativas y razonables.1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate.2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención. El resaltado nos pertenece).

Como puede observarse, el art. 5 halla equivalente en el art. 3 de la Res. 3281 (XXVIII) de la AG NU que citáramos precedentemente.

No estamos convencidos de la conveniencia de incluir en este artículo la referencia a cooperación en la protección y aprovechamiento del curso de agua, aspectos ajenos a la lógica del principio enunciado y que, por otra parte se retoma en el art. 8 (obligación general de cooperar) y en Parte IV (Protección, preservación y gestión). Tal vez, hubiese sido justificado regular sobre el derecho a la cooperación que tienen los otros Estados del curso del agua para asegurar la equitatividad en el uso y los beneficios, si bien, hubiese correspondido precisar los comportamientos concretos de esa cooperación.

La idea de equidad, indudablemente, no requiere una división en porciones iguales¹⁶. El uso equitativo depende de los hechos y circunstancias de cada caso, lo que se refleja en la ponderación de los factores relevantes a los que se refiere el art. 6¹⁷.

Algunos instrumentos internacionales señalan el derecho soberano, las limitaciones y el principio de uso equitativo, al que relacionan con los iguales derechos de los Estados del curso de agua. Por ejemplo, la *Declaración de Montevideo* relativa a los usos industriales y agrícolas de ríos internacionales, adoptada por la Séptima Conferencia Internacional Americana el 24 de diciembre de 1933, establece:

2. The States have the exclusive right to exploit, for industrial or agricultural purposes, the margin which is under their jurisdiction of the waters of international rivers. This right, however, is conditioned in its exercise upon the necessity of not injuring the equal right due to the neighboring State over the margin under its jurisdiction. (El resaltado nos pertenece).

¹⁶ Por ejemplo, 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 Naciones Unidas, ante la Comisión Política Especial, en 1968, India abandonó su posición, reconociendo el derecho de Pakistán a una parte equitativa de las aguas, la que se definió en el *Acuerdo sobre la Distribución de las Aguas del Ganges* de 1977 (*Annuaire de la CDI*, 1986, Vol. II, P. 1, p.123).

¹⁷ V. *infra*.

El *Acta de Asunción* sobre la utilización de ríos internacionales, adoptada por los Ministros de Relaciones Exteriores del Tratado de la Cuenca del Plata, en su cuarta sesión, celebrada entre el 1 y el 3 de junio de 1971, en sus paras. 1 y 2, ha distinguido entre los cursos de agua internacional compartidos en forma enfrentada y los en forma sucesiva, requiriendo para los primeros un acuerdo previo entre los Estados del bien compartido antes de la realización de cualquier uso y para los segundos que no haya daño apreciable para los otros Estados del curso de agua, distinción remarcable atento a la naturaleza del recurso:

1. In contiguous international rivers, which are under dual sovereignty, there must be a prior bilateral agreement between the riparian States before any use is made of the waters. (El resaltado nos pertenece).

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

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

El Informe de la CDI de 1994 en el Proyecto sobre los CAIFDN (p. 98, para. 10) señala que hay consenso en que el uso equitativo en este campo es un principio general del derecho:

(10) A survey of all available evidence of the general practice of States, accepted as law, in respect of the non-navigational uses of international watercourses -including treaty provisions, positions taken by States in specific disputes, decisions of international courts and tribunals, statements of law prepared by intergovernmental and non-governmental bodies, the views of learned commentators and decisions of municipal courts in cognate cases- reveals that there is overwhelming support for the doctrine of equitable utilization as a general rule of law for the determination of the rights and obligations of States in this field. (El resaltado nos pertenece).

El art. 6 de la CCAIFDN enuncia los “*factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable*”:

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos¹⁸ los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales¹⁹;

b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trata;

c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua²⁰;

d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;

e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua;

f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;

¹⁸ Atento a que requiere que se tengan en cuenta “todos” los factores y circunstancias pertinentes, hubiese resultado conveniente que contemplara el mayor número posible de factores.

¹⁹ Entre los factores geográficos se incluye la extensión del curso de agua en territorio de cada Estado ribereño. Los factores hidrográficos se refieren a la medición, descripción, mapeo de las aguas del curso de aguas. Los factores hidrológicos se refieren -entre otros aspectos- a las propiedades del agua, incluyendo su correntada, su distribución, la contribución de aguas al curso.

²⁰ El Informe de 1994 de la CDI hace presente que interesa tanto el número de pobladores como la intensidad de su dependencia del agua.

g) La **existencia de alternativas**, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto. (Los resaltados nos pertenecen)

El inciso d) no da la impresión de ser “un factor” sino una condición de legitimidad del uso (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), vinculada a los principios generales de prevención y precaución.

Las Reglas de Helsinki de 1966 de la International Law Association habían incluido factores pertinentes que no ha contemplado la Convención:

-g) “los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño”.

Este aspecto sólo parcialmente está implícito en el inc. f) del art. 6.1 de la CCAIFDN.

-j) “la posibilidad de que la indemnización a uno o más Estados corribereños de la cuenca sea medio de dirimir conflictos”.

Si bien, la referencia a “medio de dirimir conflictos” pone a la formulación fuera del objeto central del artículo, tal vez, sea adecuado considerar factor a la posibilidad de compensación por un uso mayor o más intensivo que el que equitativamente hubiese correspondido a un Estado del curso de agua. Por ejemplo, en el caso del *Acuerdo sobre la Disposición del Kosi*, de 1954, entre India y Nepal, observamos un ejemplo de compensación/cooperación, ya que, el acuerdo previó la construcción por parte de India de una presa, de instalaciones y otras obras sobre el río Kosi en Nepal, a tres millas arriba de la Villa de Haman Nagar. Nepal estaba autorizado a emplear el 50% de la energía hidroeléctrica producida por la presa. (Cláusulas 1 y 4. NU, *Textes Législatives*, *Traité* N° 95).

-k) *el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado ribereño sin causar perjuicio sustancial a un Estado corribereño*”.

Da la impresión que en ese texto el perjuicio sensible al corribereño fuese lícito y debiera sólo minimizarse acudiendo a la existencia de alternativas, señalada en el inc. g). del art. 6.1.

Hubiese sido interesante incluir entre los factores “la función desempeñada por el curso de agua en el ecosistema con él relacionado, como lo hace el PDAT²¹”.

Además, la CDI no ha receptado un principio consagrado por la CIJ en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria-Checoslovaquia)*: la disposición unilateral (sin información ni consulta) de un recurso natural compartido, por sí misma, constituye una privación del derecho a la división equitativa y razonable del recurso que tienen los soberanos ribereños²².

El art. 6 de la CCAIFDN, tras enunciar los factores, continúa expresando:

²¹ V. *infra*.

²² CIJ Recueil 1997, para 85: “The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube (...).”

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del presente artículo, los Estados del curso de agua de que se trate celebrarán, cuando sea necesario, **consultas con un espíritu de cooperación**.
3. El **peso que se asigne a cada factor** dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores. (El resaltado nos pertenece).

Consideramos que es en este artículo que debió incluirse el dispositivo del art. 10 de la misma Convención, aún cuando éste se refiere a los “usos”:

Artículo 10. Relaciones entre las diferentes clases de usos

1. Salvo acuerdo o costumbre en contrario, **ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos**. (El resaltado nos pertenece).
2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá sobre la base de los artículos 5 a 7, **teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales**. (El resaltado nos pertenece).

El párrafo segundo contradice al primero ya que reconoce que hay un uso que tiene prioridad sobre los otros: el dirigido a la satisfacción de las necesidades humanas vitales. Si bien, es sabido que ello abarca el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos con el fin de evitar las hambrunas, hubiese convenido precisar esas necesidades vitales y las prioridades entre ellas.

PDAT

El art. 4 tiene matices diferentes con relación al texto de CCAIFDN en tanto reconoce “expresamente” la existencia del “principio” de utilización equitativa y razonable en el Derecho internacional y que, de conformidad a él, el uso que hacen los Estados del curso de agua bajo su jurisdicción debe ser “compatible con la *distribución equitativa y razonable de los beneficios*”²³.

Artículo 4. Utilización equitativa y razonable

Los Estados del acuífero utilizarán los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos con arreglo al principio de la utilización equitativa y razonable, como sigue:

- a) *Utilizarán los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos de una manera compatible con la distribución equitativa y razonable de los beneficios obtenidos entre los Estados del acuífero involucrados;*
- b) *Tratarán de elevar al máximo los beneficios a largo plazo derivados del uso del agua contenida en ellos;*
- c) *Elaborarán, individual o conjuntamente, un plan global de aprovechamiento, teniendo en cuenta las necesidades presentes y futuras, así como las fuentes alternativas de agua, de los Estados del acuífero, y*
- d) *No utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo recargable hasta un grado que impida la continuación de su funcionamiento efectivo.*

²³ La expresión da la impresión que hubiera un derecho a compartir los beneficios que un Estado del acuífero hubiese obtenido del bien bajo su soberanía y jurisdicción por parte de los otros Estado del acuífero, como si se tratara de un bien común.

Este principio está enunciado en muchos instrumentos jurídicos, particularmente en los del área del derecho del mar. Tal como lo señala la CDI el concepto de utilización equitativa no es el mismo que el de utilización razonable ("utilización sostenible" o la "utilización óptima"), sin embargo, ambos están estrechamente interrelacionados y a menudo combinados en diversos regímenes jurídicos.

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

En lo que hace a los factores pertinentes se observa que el PDAT ha receptado prácticamente todos los enunciados de la CCAIFDN, ampliando el espectro a los que le son propios por la naturaleza del recurso.

Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con el proyecto de artículo 4 requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, entre ellos:

- a) La población que depende del acuífero o del sistema acuífero en cada Estado del acuífero;*
- b) Las necesidades económicas, sociales y de otro tipo²⁴, presentes y futuras, de los Estados del acuífero involucrados;*
- c) Las características naturales del acuífero o sistema acuífero²⁵;*
- d) La contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero²⁶;*

²⁴ El Proyecto ha agregado "y de otro tipo" a la redacción de ese factor en la CCAIFDN. Además ha agregado la referencia a necesidades "presentes y futuras" en la redacción aspecto al que se refiere también en materia de usos el inc. e) del Proyecto.

²⁵ El Comentario de la CDI al proyecto de artículo expresa que el uso de la expresión "características naturales" en vez de la enumeración de los factores de carácter natural, como en la CCAIFDN, se debe a que los factores de carácter natural no deben tenerse en cuenta individualmente, sino como características pertinentes para los acuíferos. Agrega que por características naturales se entiende las características físicas que definen y distinguen un acuífero en particular. Aplicando un enfoque sistémico, las características naturales pueden dividirse en tres categorías: variables de insumo, variables de producto y variables de sistema. Las variables de insumo son las relativas a la recarga de las aguas subterráneas procedente de las precipitaciones, los ríos y los lagos. Las variables de producto están relacionadas con la descarga de aguas subterráneas en las fuentes y los ríos. Las variables de sistema tienen que ver con la conductividad (permeabilidad) del acuífero y su capacidad de almacenamiento, que definen el estado del sistema. Se trata de la distribución del agua subterránea y de características del agua tales como la temperatura, la dureza, el pH (acidez y alcalinidad), la electroconductividad y el total de sólidos disueltos. En conjunto, estas tres variables describen las características del acuífero en lo que respecta a cantidad, calidad y dinámica. Estas características son efectivamente las mismas que las indicadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8, referente al intercambio regular de datos e información.

²⁶ Si bien en el inc. c) ha hecho referencia a las "características naturales", no contempla la cantidad de agua que porta el acuífero en el subsuelo bajo soberanía/jurisdicción del Estado, aspecto que consideramos relevante.

- e) La **utilización actual y potencial** del acuífero o sistema acuífero;
- f) Los **efectos reales y potenciales** que la utilización del acuífero o del sistema acuífero en uno de los Estados del acuífero produzca en otros Estados del acuífero involucrados²⁷;
- g) La existencia de **alternativas** respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero;
- h) El **desarrollo, protección y conservación** del acuífero o sistema acuífero y los **costos de las medidas que se hayan de adoptar a tales efectos**²⁸;
- i) La **función desempeñada por el acuífero o sistema acuífero en el ecosistema con él relacionado**²⁹. (El resaltado nos pertenece).

2. El **peso que se asigne a cada factor** será determinado en función de su importancia con respecto a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de todos esos factores. No obstante, al ponderar las diferentes clases de utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, **se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales**. (Los resaltados nos pertenecen).

El orden de la enunciación de factores ha variado en el PTAD con relación a la CCAIFDN, así, *i.a.* la referencia a la población que depende del acuífero es señalada en primer término. Entendemos que ello es adecuado atento a que el inc. 2 (al igual que lo hiciera el art. 10 de la CCAIFDC) reconoce la primacía que se adjudica a la cobertura de la necesidades vitales humanas.

1.3 Obligación de no causar daño sensible a otros Estados (sic utere tuo ut alienum non laedas)

Este antiguo principio romano³⁰ es uno de los más aceptados en la doctrina y jurisprudencia, sin embargo hay diferencias en la concepción de su contenido. Algunos autores³¹ colocan a este principio en el plano de los principios de cortesía internacional en oposición a la percepción jurídica soberanista, poniendo el acento en la vecindad y el interés común, reduciendo la responsabilidad del que provoca un daño a su/sus corribereño/s a la mera compensación económica del perjuicio causado o, incluso ni siquiera eso, por considerarlo una mera máxima moral³². Por su parte, otros

²⁷ Tal como lo señaláramos con relación a la CCAIFDN este enunciado, más que un factor es una condición de la legitimidad del uso, más próxima al principio de diligencia debida, regulado en el art. 6 del Proyecto.

²⁸ La segunda parte del enunciado responde a la idea de factor ponderable a la hora de determinar si un uso es equitativo y razonable, no así la primera, que se encuadra en la Parte III del Proyecto, relativa a “protección, preservación y gestión”.

²⁹ Este factor creemos que es de gran relevancia, sin embargo, no ha sido contemplado en la CCAIFDN, tal como lo señaláramos oportunamente.

³⁰ Algunos adjudican el principio a Cristo “no hagas a otro lo que no quieres te hagan a ti”.

³¹ Vg. GUSTAFSON, A. “Toward An Integrated Approach to Transnational Waterbasin Pollution Control”, *Environs: Environmental Law and Policy Journal*, Vol. 15, Issue 1 (October 1991), pp. 30-38.

³² Se ha cita en auxilio de esa posición el hecho de que los Estados se hubiesen mostrado renuentes a reclamar por daños transfronterizos en el plano internacional. Tal el caso de los daños al Fukuruyu Maru (1 de marzo de 1954); los escapes de la Central Nuclear de Chernobyl (26 de abril de 1986); el incendio de Sandoz en Basilea (31 de octubre de 1986);entre otros. Sin embargo, Hungría y Checoslovaquia acudieron a al CIJ por el Proyecto *Gabčikovo-Naymaros* sobre el Danubio; Argentina demandó a Uruguay por las celulósicas instaladas sobre el río Uruguay.

doctrinarios³³ entienden que existe una norma consuetudinaria de derecho internacional general consolidada que prohíbe a los Estados usar o dejar usar su territorio de modo de causar daño o perjuicio a otros Estados, posición que compartimos.

El Informe de la CDI de 2006, en su comentario al art. 6, señala que:

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

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

CCAIFDN

El art. 7 de la CCAIFDN se ocupa del principio *sic utere tuo*, bajo la designación “obligación de no causar perjuicios sensibles”, principio conocido también como de diligencia debida –según expresiones de la propia CDI- si bien a nuestro criterio, esa identificación –tal como lo señaláramos- no es correcta:

Artículo 7. Obligación de no causar daños sensibles

1. Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización. (Los resaltados nos pertenecen).

Este proyecto de artículo, ni siquiera recepta los principios sentados en el asunto de la Fundición de Trail (EE.UU.vs. Canadá), en el que el Tribunal Arbitral, en su dictamen de 11 de marzo de 1941, concluyó que “ningún Estado tiene el derecho de usar su territorio o permitir su uso de manera (...) que cause un perjuicio en el territorio de otro Estado o a bienes o personas que allí se hallan”. Agregó que, independientemente de los compromisos que Canadá había asumido convencionalmente, el Gobierno del Dominio de Canadá tenía “el deber de velar que la referida fundición actuara conforme a la **obligación emergente del derecho internacional**”.

El art. 7 presenta una visión desarrollista a ultranza y su formulación implica la consagración de una especie de derecho a dañar. Sólo la rúbrica (título) del proyecto de artículo indica la obligación primaria, obligación que no aparece en el texto.

³³ Vg LYNHAM, G. “Sic Utere Principle as Customary International Law: A Case of Wishful Thinking?”, *James Cook University Law Review*, Vol. 2, 1995, pp. 172-189.

Es de observar que el proyecto de la CDI que fue base de la Convención, si bien tenía el mismo defecto de no coherencia entre rúbrica y contenido, difería sensiblemente del texto adoptado. Expresaba:

*Article 7. Obligation not to cause significant harm*³⁴

1. Watercourse States shall exercise due diligence to utilize an international watercourse in such a way as not to cause significant harm to other watercourse States.

2. Where, despite the exercise of due diligence, significant harm is caused to another watercourse State, the State whose use causes the harm shall, in the absence of agreement to such use, consult with the State suffering such harm over:

(a) The extent to which such use is equitable and reasonable taking into account the factors listed in article 6;

(b) The question of ad hoc adjustments to its utilization, designed to eliminate or mitigate any such harm caused and, where appropriate, the question of compensation.

(El resaltado nos pertenece).

El Comentario de la CDI al artículo señala que:

Due diligence" has been defined to mean: "a diligence proportioned to the magnitude of the subject and to the dignity and strength of the power which is to exercise it"; and "such care as governments ordinarily employ in their domestic concerns."^{(229) 35}

Bien señala Dupuy que la obligación de diligencia debida es para las actividades lícitas³⁶. La omisión de los comportamientos de diligencia debida, transforma a la omisión o insuficiente acción en ilícito. Dado que la diligencia debida no garantiza que en la utilización de un curso de agua no vaya a producirse un daño significativo, no surge responsabilidad por ilícito en caso de producirse el daño si el Estado no obró negligentemente o deliberadamente faltó a sus obligaciones de prevención. Se suele decir que se trata de una obligación de comportamiento y no de resultado. Sin embargo la obligación de no causar daño transfronterizo -tal como ya lo señaláramos- es una obligación de resultado, apareciendo la diligencia debida -a nuestro criterio- como una causal de exclusión de ilicitud.

Creemos que la Convención tenía por objetivo precisar las obligaciones concretas de prevención de daño (endonormas) a cubrir por los Estados de un curso de agua, por ejemplo, además de la *obligación de no causar daño transfronterizo*, la obligación de cada Estado de *notificar e informar* a los otros Estados del curso de agua los proyectos de uso que tengan envergadura suficiente para tener efectos sobre el curso de agua. Ello, como una obligación sustantiva y no procedimental, en tanto el co-ribereño tiene un derecho propio: que se respete la condición natural del bien/recurso que es de su

³⁴ Algunos doctrinarios distinguen entre "harm" (daño material) e "injury" (daño jurídico). Por nuestra parte consideramos que el daño material *per se* implica una lesión jurídica a los derechos de soberanía integridad territorial del estado lesionado..

³⁵ La nota 229 del Comentario de la CDI señala la fuente de la definición: The Geneva Arbitration (The "Alabama" case) (United States of America vs. Great Britain), decision of 14 September 1872 (J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I), pp. 572-573 and 612 respectively.

³⁶ DUPUY, P.-M., *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (Paris, Pedone, 1976) y "La responsabilité internationale des États pour les dommages causés par les pollutions transfrontières", en OECD, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière* (Paris, 1977).

soberanía y se halla bajo su jurisdicción. Todo proyecto que pueda afectar ese bien/recurso, debiera serle notificado antes de ser emprendido³⁷⁻³⁸.

Oppenheim ya en la primera edición de 1905 de su *International Law: A Treatise*, expresó:

*[T]erritorial supremacy does not give a boundless liberty of action. Thus, by customary International Law (...) a State is, in spite of its territorial supremacy, not allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disadvantage of the natural conditions of a territory of a neighbouring state-for instance, to stop or divert the flow of a river which runs from its own into a neighbouring territory.*³⁹(El resaltado nos pertenece).

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

En un momento, en el PRANPDI, McCaffrey relacionó la obligación de notificar con la proscripción de daño a otros y propuso a la CDI el siguiente proyecto de artículo:

*If a State fails to provide notification (...) it shall incur liability for any harm caused to other States by the new use, whether or not such harm is in violation of article [9] (...).*⁴¹ (El resaltado nos pertenece).

Bournet⁴² recuerda que Schwebel en el Proyecto sobre CAIFDN tituló al proyecto de artículo 8 “responsibility for appreciable harm.”⁴³ Por su parte Evensen hizo del *sic utere tuo* la regla dominante, una regla que -según expresiones de Bournet- no había de

³⁷ En el Caso Lanoux/Lanós Francia arguyó que, si una actividad no tenía entidad suficiente para causar perjuicio, no daba lugar a la obligación de informar. Sin embargo, el Tribunal arbitral internacional señaló que la obligación de notificar no podía depender de la sola voluntad del interesado en realizar la utilización. Además, el Tribunal arbitral señaló *la obligación no sólo convencional* (en el caso) *sino también consuetudinaria de informar y negociar de buena fe de modo previo a la realización del proyecto, lo que no implica la necesidad de llegar a un acuerdo, ya que ello importaría otorgar un derecho de veto al consultado*. Para esa situación previó el recurso al arbitraje. (Recueil des Sentences Arbitrales, *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Sentence du 16 November 1957, Vol. XII pp. 281-317. Destacamos que el tribunal estuvo conformado por: Sture Petré (Presidente); Plinio Bolla, Paul Reuter; Fernand de Visscher, Antonio de Luna.

³⁸ Recuérdese la distinción de obligaciones de conformidad al tipo de curso de agua contemplada en el *Acta de Asunción* de 1971 en sus dispositivos 1 y 2, señalada precedentemente.

³⁹ 9 OPPENHEIM, L.F.L. *International Law: A Treatise*, Longmans, London, 1905, p. 175. (www.archive.org).

⁴⁰ CDI Informe 1981, Vol. II. Parte I, p. 123, para.40.

⁴¹ *The Law of the Non Navigational Uses of International Watercourses*, U.N. Doc. A/CN.4/406 (1987) and Add.1 and Add.2, reprinted in [1987] 2(1) Y.B. INT'L L. COMM'N 15, at 39, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1987/Add.1.

⁴² BOURNET, Ch. B “The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures”, 3 *Colo.J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* (1992), p. 65 *et seq.*

⁴³ *The Law of the Non Navigational Uses of International Watercourses*, U.N. Doc. A/CN.4/348 and Corr.1, reprinted in [1982] 2(1) Y.B. INT'L L. COMM'N 65, art. 6, 1 2, at 85, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1982/Add.1.

ceder el paso a consideraciones de equidad y razonabilidad en la distribución de los usos de las aguas⁴⁴.

Tal como lo señaláramos, la Convención debió tener por misión precisar las medidas de prevención obligatorias para los Estados del curso de agua internacionales. Por su parte, el proyecto sobre responsabilidad, debió incluir las condiciones para que un Estado pueda exonerarse de responsabilidad por ilícito en invocación de haber obrado con diligencia debida. La responsabilidad objetiva, por el daño causado -aún habiendo cumplido con la diligencia debida-, en principio, debiera recaer sobre el Estado del emprendimiento en tanto es quien modificó el *statu quo* natural del curso de agua para satisfacer su propio interés, por lo que no cabe pensar que sea razonable que el Estado o los Estados perjudicados deban hacerse cargo de los daños provocados por accidentes o imprevistos desencadenados por el desarrollador en su propio beneficio. Una percepción contraria a la señalada implicaría un desarrollismo aventurero, poco razonable y no equitativo.

Creemos que la Convención perdió la oportunidad de precisar los comportamientos concretos que hacen al obrar diligente en el uso de los cursos de aguas internacionales.

El comentario al art. 7 del Proyecto de la CDI en el *Derecho de los cursos de agua para fines distintos de la Navegación* señala que una obligación de diligencia debida, es un estándar objetivo y puede deducirse de tratados en materia de utilización de cursos de aguas internacionales⁴⁵. Pone como ejemplo el Tratado del río Indo de 1960 entre India y Pakistán, cuyo art. IV.10 expresa:

Each party declares its intention to prevent, as far as practicable, undue pollution of the waters of the Rivers which might affect adversely uses similar in nature to those to which the waters were put on the Effective Date, and agrees to take all reasonable measures to ensure that, before any sewage or industrial waste is allowed to flow into the Rivers, it will be treated, where necessary, in such a manner as not materially to affect those uses: Provided that the criterion of reasonableness shall be the customary practice to similar situations on the Rivers.

Consideran a la diligencia debida el art. 194.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; el art. 1 del Convenio sobre prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias; el art. 2 de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono; el art. 2.2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto transfronterizo; art. 2.1 de la Convención sobre la protección y uso de agua transfronterizos y lago internacionales. Por nuestra parte, recordamos la ECE Convención sobre Cursos de agua transfronterizos de 1992 que, en su art. 3.1.d), impone que las partes deben adoptar requerimientos estrictos de prevención “*llegando, incluso, a la prohibición en casos particulares, cuando la calidad de las aguas o el ecosistema lo requiera*”.

⁴⁴ BOURNET, Ch. B. “The International (...), *op.cit.*, p. 74. El proyecto de art. 9 que presentara en su Informe de 1984 expresaba: “*A watercourse State shall refrain from and prevent (within its jurisdiction) uses or activities with regard to an international watercourse that may cause appreciable harm to the rights or interests of other watercourse States, unless otherwise provided for in a watercourse agreement or other arrangement.*”

⁴⁵ Las medidas de diligencia debida (prevención en sentido amplio), en calidad de estándares mínimos de comportamiento interno internacionalmente exigibles, debieron ser cristalizados por la CDI en proyectos de artículos tanto para los cursos de agua como para los acuíferos, como para otros usos no prohibidos. Estándares concretos, precisos en calidad de normas primarias (no secundarias como la CDI ha manifestado en distintas oportunidades).

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

Las medidas de prevención se imponen ya que un Estado no puede considerar al proyecto de uso de un recurso natural compartido como es el agua y las consecuencias de su ejecución sólo desde la perspectiva de su territorio nacional.

Consideramos que los estándares mínimos de comportamiento diligente de los Estados comprenden medidas de prevención/precaución *ad intra*⁴⁶ y *ad extra*⁴⁷ (*ex ante* y *ex post*)⁴⁸, las que hubiese convenido que la CDI receptara en el proyecto con la mayor precisión posible, en calidad de endonormas internacionales.

PDAT

⁴⁶ Por ej. se pueden considerar medidas *ad intra*, *ex ante* que los Estados deben adoptar unilateralmente para impedir que se produzca un daño transfronterizo, *i.a.*: poseer un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, el respeto a la obligación internacional de diligencia; hacer uso eficiente de ese aparato conforme los requerimientos de las circunstancias; efectuar control de gestión racional de las actividades desarrolladas en el territorio bajo su jurisdicción; evaluar el impacto ambiental antes de autorizar actividades, clasificarlas conforme su riesgo y prohibir las actividades que puedan causar daño sensible transfronterizo; instrumentar las vías para garantizar al Estado co-ribereño y eventualmente a las víctimas de actividades riesgosas condiciones rápidas de reparación (seguros, garantías financieras, etc.) y condiciones adecuadas de acceso a reclamaciones judiciales; exigir el uso de la mejor tecnología disponible o tecnologías limpias; etc. Entre las medidas *ad intra*, *ex post* podemos citar: impedir que, una vez producido el daño, se magnifiquen los efectos perjudiciales; evitar el impacto transfronterizo del acto dañoso; revisar periódicamente las autorizaciones y licencias según el tipo y condiciones de actividad, etc.

⁴⁷ Por ejemplo, pueden considerarse medidas *ad extra*, *ex ante*: informar sobre la actividad proyectada en el curso de agua; consultar sobre alternativas al proyecto cuando se proponen actividades con potenciales efectos nocivos; negociar de buena fe las divergencias; obtener autorización en caso que las medidas proyectadas se muestren con efectos nocivos inevitables; notificar prontamente la posibilidad concreta o certeza de daño inminente. Entre las medidas *ad extra*, *ex post*, podemos citar: la pronta notificación del accidente; la provisión de información sobre el mismo, el empleo de todos los medios al alcance para minimizar el daño transfronterizo, el deber de solicitar auxilio en caso de necesidad a otros Estados y organizaciones internacionales.

⁴⁸ V. nuestro trabajo “La diligencia debida como eje de articulación entre el ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el Derecho internacional”, en REY CARO, E.J. *et al. Derecho Internacional Ambiental. Nuevas Tendencias*, Estudios de Derecho Internacional, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1998, pp. 115-134.

El art. 6 se refiere a la obligación de no causar daño sensible, entendiéndose por tal al "detectable", sin llegar al nivel de "grave" o "sustancial":

Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible

1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en su territorio, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero o a otros Estados en cuyo territorio se halle situada una zona de descarga.

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

La CDI, en el Comentario al artículo, recuerda que el umbral del "daño sensible" es un concepto flexible y relativo. En cada caso concreto hay que tener más en cuenta las consideraciones de hecho que las de carácter jurídico y también tener presente la fragilidad de los acuíferos.

Los incisos 1 y 3, con escasas modificaciones de redacción, son equivalentes a los contenidos de la CCAIFDN. Sin embargo, el inc. 2 es nuevo, una especie de derecho a causar daño sensible transfronterizo, ya que el compromiso de "adoptar todas las medidas" no es lo mismo que la obligación de no causar daño transfronterizo.

El comentario de la CDI a este artículo ha sido lacónico y, en la mayor parte de su contenido, efectúa remisiones al Proyecto aprobado en segunda lectura en materia de CAIFDN en 1994.

Es de observar que el proyecto de dispositivo no diferencia en absoluto entre la prescripción normativa del daño transfronterizo en materia ambiental general y la prescripción para el caso que se trate de un recurso natural compartido, poniendo en evidencia el alejamiento de la visión soberanista y la inclinación hacia el uso equitativo y razonable con espíritu cooperativo y desarrollista.

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

1.4 Obligación general de cooperar

La obligación de “cooperar” aparece como una obligación genérica que contiene deberes específicos exigibles. Creemos que la tanto la CCAIFDN como el PDAT han fallado en precisar esos deberes concretos propios del uso de recursos naturales compartidos..

CCAIFDN

Artículo 8. Obligación general de cooperar

1. Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

*2. Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, **podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos** que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones. (El resaltado nos pertenece).*

El Informe de la CDI de 1994 en el comentario al art. 8 del proyecto en materia de CAIFDN, señala que la cooperación entre los Estados del curso de agua permite la asignación equitativa y, al mismo tiempo acepta el funcionamiento de las reglas de procedimientos contenidas en la Parte III del proyecto. Por nuestra parte, entendemos que no todo lo señalado en la Parte III constituye mera obligación de procedimiento, particularmente, lo establecido con relación a la obligación de hacer saber del proyecto al co-ribereño. Las modalidades, plazos, vías para la notificación e información son disposiciones procedimentales pero no la obligación de poner en conocimiento del co-ribereño un uso potencialmente dañoso, particularmente, ello resulta obvio si se tiene en cuenta que se trata de un recurso natural compartido. Por otra parte, los principios en que se basa la cooperación, según la Convención: “principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe”, son demasiado abstractos y no cristalizan las normas consuetudinarias en la materia, las que hubieran dado precisión a los comportamientos esperados bajo la designación “obligación de cooperación”.

En lo que hace al segundo párrafo del art. 8, “disponer” que los Estados “pueden” hacer algo no aporta nada a la situación preexistente a la adopción del Convenio. En resumen, la CDI no realiza ningún aporte a la codificación ni al desarrollo progresivo en esta enunciación.

Artículo 9. Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico y los relativos a la calidad del agua, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no estén fácilmente disponibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación, y en su caso, el procesamiento de esos datos o información. (El resaltado nos pertenece).

Este artículo se refiere a una de las tantas manifestaciones de la cooperación. Lo hace de modo laxo. El párrafo primero se refiere a datos que ya posee el Estado y pone a disposición de los otros Estados del curso de agua, lo que presupone la necesidad de recopilar esos datos. Probablemente hubiese sido preferible establecer la obligación de

reunión de datos sobre aspectos centrales y precisados de un curso de agua y el intercambio de los mismos con los demás Estados del curso de agua. El párrafo segundo se refiere a información adicional a requerimiento y según las posibilidades del requerido. La expresión “hará lo posible por atender esa petición” pone en evidencia la debilidad del contenido normativo.

PDAT

El texto del PDAT es idéntico en este tópico al de la CCAIFDN.

Artículo 7. Obligación general de cooperar

1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos.

2. A los efectos del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

El párrafo 1 sienta las bases y los objetivos de la cooperación (ya señalados en el art. 4), reproduciendo en buena medida el texto del art. 8 de la CCAIFDN en el para. 1, si bien, de manera mucho más lacónica en el para. 2. La CDI, en sus comentarios al artículo, ha señalado que el término "desarrollo sostenible" debe distinguirse del concepto de "utilización sostenible".

En Europa, que posee comisiones fluviales centenarias, se ha colocado bajo responsabilidad de esas entidades la gestión de los acuíferos.

En América Latina, el reciente acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, en su art. 12 contempla el establecimiento de programas de cooperación y proyectos comunes y constituye, de conformidad al art. 15, una comisión en el marco de la Cuenca del Plata

Artículo 8 Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el proyecto de artículo 7, los Estados del acuífero intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre la condición de sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos, en particular los de carácter geológico⁴⁹, hidrogeológico⁵⁰, hidrológico⁵¹, meteorológico⁵² y ecológico⁵³ y los relativos a la hidroquímica⁵⁴ de los acuíferos o sistemas acuíferos, así como las previsiones correspondientes.

2. En los casos en que la naturaleza y la extensión de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo no se conozcan suficientemente, los Estados del acuífero involucrados harán todo lo posible para reunir y producir, teniendo en cuenta las prácticas y normas existentes, los

⁴⁹ Los datos geológicos describen la edad, la composición y la estructura de la matriz del acuífero.

⁵⁰ Los datos hidrogeológicos indican la capacidad del acuífero de almacenar, transmitir y descargar aguas subterráneas.

⁵¹ Los datos hidrológicos describen los elementos que no son las aguas subterráneas del ciclo hídrico, principalmente, el volumen efectivo de precipitaciones y las aguas de superficie, que son importantes para la recarga y el régimen del acuífero, el almacenamiento y la descarga.

⁵² Los datos meteorológicos proveen información sobre precipitaciones, temperatura, y la humedad.

⁵³ Los datos ecológicos proporcionan información sobre plantas, lo que es necesario para calcular la transpiración vegetal, útil para calcular el escurrimiento del acuífero.

⁵⁴ Los datos hidro-químicos brindan información sobre la composición química del agua, necesaria para definir su calidad.

datos e información más completos con relación a ese acuífero o sistema acuífero. Lo harán de manera individual o conjunta y, en los casos pertinentes, con organizaciones internacionales o por su intermedio.

3. El Estado del acuífero al que otro Estado del acuífero pida que proporcione datos e información relativos al acuífero o sistema acuífero que no estén fácilmente disponibles hará todo lo posible para atender esta petición. El Estado al que se formule la solicitud podrá condicionar su cumplimiento a que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación y, cuando proceda, el procesamiento de esos datos o información.

4. Los Estados del acuífero harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del acuífero a los que sean comunicados.

Este artículo se ha alejado de la CCAIFDN respondiendo a las características especiales de los acuíferos. Se ha entendido que el intercambio regular de datos e informaciones sobre el recurso permite asegurar la utilización equitativa y razonable del acuífero.

El párrafo segundo incorpora previsiones cautelares atento los elementos de incertidumbre de los acuíferos transfronterizos., imponiéndose la cooperación entre los Estados del acuífero y con las organizaciones internacionales competentes. El Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO compila datos e información globales en la materia que pone a disposición de los Estados.

Reflexiones finales

Debemos recordar que la CCAIFDN fue adoptada por la AG de NU el 21 de mayo de 1997 por 104 votos a favor, 3 en contra y 26 abstenciones. Ese éxito no se vio gratificado con una pronta entrada en vigor del instrumento, el que a la fecha (febrero de 2011), sólo cuenta con 21 Estados contratantes, por lo que no ha entrado en vigor, ya que, de conformidad a su art. 36 entrará en vigor el día siguiente del depósito de ratificación número 35. Probablemente, si el PDAT llega a transformarse en convención, corra similar suerte.

No resulta razonable haber confeccionado dos instrumentos internacionales tan parecidos para regular fenómenos material y jurídicamente emparentados. El último Relator del Proyecto sobre CAIDFN, Robert Rosenstock, en su primer Informe a la CDI de 1993, -a nuestro criterio acertadamente- 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 un estudio sobre el tema. Entendía conveniente el tratamiento conjunto de los dos tipos de aguas subterráneas y se manifestaba convencido de la aplicabilidad a las aguas subterráneas confinadas de la mayoría de los principios y normas ya concebidos para los cursos de agua⁵⁵, lo que resulta confirmado en este breve cotejo.

Consideramos que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, a pesar de ser un principio general del derecho ambiental, es el punto de partida de las obligaciones en materia de usos y aprovechamientos de los recursos naturales compartidos. Un aprovechamiento no equitativo o no razonable implica *per se* un daño a los otros Estados del recurso. La propia naturaleza del bien/ recurso impone la cooperación, la comunidad de intereses –como señalara la CPJI en 1929 en el as. del *Río Oder*-, la que

⁵⁵ V. Segundo Informe, *Anuario 1994*, Vol. II, Primera Parte, Doc. A/CN.4/462.

incluye la obligación de notificar e informar un emprendimiento proyectado, ya que, tal como lo señalara la CIJ en el as. *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría- Checoslovaquia)* la equidad se ve dañada si se obra unilateralmente como si el recurso no fuera compartido.

La CDI ha perdido la oportunidad de codificar y desarrollar las normas consuetudinarias internacionales largamente consagradas en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia internacional. Más aún, sorprende que al volver a tratar el tema al ocuparse de los acuíferos, casi como con ceguera, recorriera aparentemente nuevos caminos para quedar prácticamente en el mismo lugar.