



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

yo... Celeste Liz Cortez Casas

autor/a de la tesis titulada:

FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DEL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO, ART. 7 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

mediante el presente documento, declaro que la obra mencionada es de mi exclusiva autoría y producción. Esta tesis ha sido elaborada como uno de los requisitos previos para la obtención del título de: **“Magíster en Derecho Internacional e Integración”** en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Central Sucre.

Cesión de Derechos:

1. **Derechos Cedidos:** A partir de la fecha de la defensa de grado, cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Central Sucre, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación de la obra. La Universidad está autorizada a utilizar esta obra por cualquier medio, actualmente conocido o que se desarrolle en el futuro, siempre y cuando dicha utilización no se realice con fines de lucro. Esta cesión incluye la reproducción total o parcial en formatos virtual, electrónico, digital, u óptico, así como su uso en red local e Internet.
2. **Responsabilidades del Autor:** Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación o demanda por parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra mencionada, asumiré toda la responsabilidad legal frente a dichos terceros y frente a la Universidad, incluyendo, sin limitación, la defensa de tales reclamaciones y el mantenimiento de la Universidad indemne frente a las mismas.
3. **Entrega de Ejemplares:** En esta fecha, entrego a la biblioteca de la Universidad un ejemplar de la obra y sus anexos, en formatos impreso y digital o electrónico.

Fecha. 21-03-2025

Firma:



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN

**FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DEL
ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO, ART. 7 DE LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Internacional e Integración

MAESTRANTE: CELESTE LIZ CORTEZ CASAS

La Paz – Bolivia

2025



UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE CENTRAL
Sucre – Bolivia

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN

**FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DEL
ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA DEL ESTADO, ART. 7 DE LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

Tesis presentada para optar al Grado
Académico de Magíster en Derecho
Internacional e Integración

MAESTRANTE: CELESTE LIZ CORTEZ CASAS
TUTORA: MARIELA CASTELLANOS MACHICAO

La Paz – Bolivia

2025

DEDICATORIA

A mi querida madre Nancy Casas y mi hermana Sharon Cortez por el apoyo brindado.

ABREVIATURAS

C.D.I./I.L.C.	Comisión de Derecho Internacional
UN/NUU	Naciones Unidas
CVDT	Convención de Viena del Derecho de los Tratados
CIJ/ ICJ	Corte Internacional de Justicia
RES	Resolución
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	vi
EXECUTIVE OVERVIEW	vii
CAPÍTULO I. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1 Situación problemática	1
1.2 Planteamiento del problema	2
1.3 Justificación de la investigación	2
1.4 Objetivo general	4
1.5 Objetivos específicos	4
1.6 Hipótesis	4
1.7 Variables	4
1.7.1 Variable independiente	4
1.7.2 Variable dependiente	4
1.8 Operacionalización de variables.....	5
1.9 Metodología	13
1.10 Técnicas de investigación.....	13
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	14
2.1 Derecho internacional público	15
2.2 Las fuentes del derecho internacional público	15
2.2.1 Los Tratados Internacionales (o convenciones internacionales).....	16
2.2.2 La Costumbre Internacional	18
2.2.3 Los Principios Generales del Derecho	19
2.2.4 La doctrina y jurisprudencia.....	20
2.2.5 Los Actos Unilaterales	21
2.3 El derecho de los usos de los cursos de las aguas internacionales para fines distintos a la navegación	21
2.3.1 La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	21

2.4	El estándar de debida diligencia en el derecho internacional.....	23
2.4.1	El origen del estándar.....	23
CAPÍTULO III. LA OBLIGACIÓN DE NO CAUSAR DAÑO SIGNIFICATIVO ART. 7 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK		55
3.1	La obligación de no causar daño significativo.....	55
3.2	La codificación de la obligación de no causar daño significativo en la Convención de Nueva York	62
3.3	La relación entre la obligación de no causar daño sensible y el principio de uso equitativo y razonable.....	74
CAPÍTULO IV. APROBACIÓN O DESAPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS		77
4.1	Introducción.....	77
4.2	El alcance de la obligación de debida diligencia en su tarea de prevención del daño en el marco de lo previsto en el artículo 7 de la Convención de Nueva York.....	78
4.2.1	La influencia de la debida diligencia en las obligaciones sustantivas de la Convención de Nueva York.....	78
4.2.2	El estándar de debida diligencia aplicado a las obligaciones procedimentales.....	80
4.2.3	El estándar de debida diligencia aplicado a otras obligaciones	82
4.3	Las observaciones de algunos miembros de la comisión de derecho internacional respecto a la debida diligencia como estándar de conducta para establecer la responsabilidad de no causar daño	86
4.3.1	El estándar de debida diligencia deja al arbitrio de cada estado la cuestión de la responsabilidad.....	87
4.3.2	Constituiría una carga demasiado pesada para el estado perjudicado, habida cuenta de que sólo el estado de origen tendría la posibilidad de demostrar si había obrado con la diligencia debida	89
4.3.3	Hacia descansar la responsabilidad en la ilicitud en vez del riesgo.....	92
4.3.4	Los Estados se sentirían tentados de eludir su responsabilidad tratando simplemente de probar que habían cumplido su obligación de debida diligencia	93
4.4	El significado y alcance de la flexibilidad del estándar	94

4.5	Análisis práctico de la aplicación del estándar de debida diligencia en su contribución al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo.	97
	97
CONCLUSIONES	111
RECOMENDACIÓN Y PROPUESTA	113
BIBLIOGRAFÍA	114

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de tesis se enfoca en establecer si los fundamentos normativos del estándar de debida diligencia del Estado en los que se basa el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación (Convención de Nueva York) contribuyen al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo, teniendo en cuenta que el cumplimiento de dicha obligación por parte de los Estados de un curso de agua, depende de todas las medidas apropiadas que estos ejerzan durante su uso del curso, es decir, del estándar debida diligencia.

Los fundamentos normativos y alcance de lo que determina el Artículo 7 de la Convención respecto al estándar debida diligencia, no han sido del todo estudiados o dilucidados a efectos de dilucidar su alcance. A esto se suma que durante el proceso de codificación del derecho de los cursos de agua internacionales, los propios miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI, órgano dependiente de Naciones Unidas), desarrollaron observaciones respecto a dicho estándar de conducta calificándolo como demasiado vago y subjetivo por su alcance flexible, lo que daba lugar a que la responsabilidad por el supuesto incumplimiento de dicha obligación estuviera al arbitrio de los Estados de origen del daño, constituía una carga demasiado pesada para el Estado perjudicado la carga de la prueba de dicha responsabilidad, hacía descansar la responsabilidad en la ilicitud en vez del riesgo y los Estados se sentirían tentados de eludir su responsabilidad tratando simplemente de probar que habían cumplido su obligación de diligencia.

Para el efecto, la presente investigación ha implicado el análisis introspectivo, conceptual y significativo de los fundamentos normativos del estándar debida diligencia y obligación de no causar daño significativo previstos en la Convención de Nueva York de 1997, para luego determinar a través de un análisis y evaluación si dichos parámetros contribuyen al cumplimiento de esta última obligación y superan las observaciones realizadas por los miembros de la Comisión de Derecho Internacional.

Como resultado de dicho análisis se ha concluido que la Convención contiene elementos tales como los umbrales, factores y obligaciones conexas que disminuyen la flexibilidad arraigada en el estándar debida diligencia mismos que, contribuyen a la prevención y cumplimiento de la obligación de no causar daño significativo, haciendo que dicho estándar sea efectivo, lo cual también se advirtió en la práctica.

EXECUTIVE OVERVIEW

The present thesis work focuses on establishing whether the normative foundations of the State due diligence standard underlying Article 7 of the Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses (New York Convention) contribute to the fulfillment of the obligation not to cause significant transboundary harm, taking into account that the fulfillment of this obligation by watercourse States depends on all appropriate measures exercised by them during their use of the watercourse, i.e. the due diligence standard.

The normative foundations and scope of what Article 7 of the Convention determines with respect to the due diligence standard have not been fully studied or elucidated for the purpose of clarifying its scope. In addition, during the process of codification of the law of international watercourses, the members of the International Law Commission (ILC, an organ of the United Nations) themselves made observations on this standard of conduct, describing it as too vague and subjective due to its flexible scope. This meant that liability for the alleged breach of this obligation was left to the discretion of the States of origin of the damage, placed too heavy a burden of proof on the injured State, made liability rest on wrongfulness instead of risk, and tempted States to evade their responsibility by simply trying to prove that they had fulfilled their duty of care.

To this end, this research has involved an introspective, conceptual and meaningful analysis of the normative foundations of the due diligence standard and the obligation not to cause significant harm provided in the 1997 New York Convention, in order to then determine through an analysis and evaluation whether these parameters contribute to compliance with the latter obligation and go beyond the observations made by the members of the International Law Commission.

As a result of this analysis, it has been concluded that the Convention contains elements such as thresholds, factors and related obligations that reduce the flexibility rooted in the due diligence standard, which contribute to the prevention and fulfillment of the obligation not to cause significant harm, making this standard effective, which has also been noted in practice.

CAPÍTULO I. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.1 Situación problemática

La obligación de debida diligencia, es un estándar de conducta acuñado en el Derecho Internacional General y considerado por la Comisión de Derecho Internacional¹ en su codificación del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, realizada entre 1974 y 1994 y que derivó en la adopción de la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación (Convención de Nueva York). Esta Convención fue aprobada en 1997 y que entró en vigor desde el año 2014².

Los miembros de la Comisión pretendieron que este estándar de conducta contribuya a regular la responsabilidad de los Estados a efectos de evitar un daño transfronterizo significativo, obligación (la de no daño) que ha sido prevista en el artículo 7 de la Convención de Nueva York.

No obstante, cabe considerar que durante dicha compilación, este estándar como uno que regule la conducta de los Estados, fue cuestionado por algunos miembros de la propia Comisión de Derecho Internacional quienes lo consideraron como demasiado frágil y subjetivo por tratarse de una obligación de conducta y no de resultado³ lo que podría implicar que al final de cuentas, dejaba al arbitrio de cada Estado la cuestión de la responsabilidad, constituiría una carga demasiado pesada para el Estado perjudicado, habida cuenta de que sólo el Estado de origen tendría la posibilidad de demostrar si había obrado con la diligencia debida, hacía descansar la responsabilidad en la ilicitud en vez del riesgo y los Estados se sentirían tentados de eludir su responsabilidad tratando simplemente de probar que habían cumplido su obligación de diligencia, por lo que podría decirse que no cumplía exactamente con su tarea de estándar de conducta.

Otro factor que ha permitido dudar un poco de la efectividad de dicho estándar es su carácter flexible, teniendo en cuenta que abre mucho la interpretación respecto a cuál debería ser el accionar del Estado de origen del daño en una determinada situación, a pesar de que este carácter flexible ha constituido también su mayor ventaja, puesto que se subsume a la

¹ La Comisión de Derecho Internacional es un órgano de Naciones Unidas compuesto por expertos, integrado por "personas de reconocida competencia en derecho internacional", cuya misión es favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

² Convention on The Law Of The Non-Navigational Uses Of International Watercourses, Adopted By The General Assembly Of The United Nations on 21 May 1997. Entered into force on 17 August 2014.

³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1988), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1988, Sesión. 2070, pp.33-34

situación y circunstancias particulares de cada curso de agua y cada situación que implique daño en sí.

En ese sentido, la discusión que se plantea en la presente investigación es si dicho estándar, según los propios parámetros considerados por la CDI e incluidos en el artículo 7 de la Convención de Nueva York, contribuyen al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo, considerando que es la propia norma objetiva Convención de Nueva York, la que en teoría debería proporcionar los parámetros mínimos del accionar del Estado cuando se procure evitar el daño transfronterizo significativo.

1.2 Planteamiento del problema

¿Cuáles son los fundamentos normativos del estándar de debida diligencia que contribuyen al cumplimiento de la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo previsto en el artículo 7 de la Convención de Nueva York?

1.3 Justificación de la investigación

La presente investigación se enfoca en estudiar los “fundamentos normativos del estándar de debida diligencia que deben cumplir los Estados ribereños de un curso de agua internacional”, para prevenir el daño transfronterizo significativo previstos en la Convención de Nueva York, con el objeto de establecer los parámetros que dicha norma primaria señala, teniendo cuenta que los mismos probablemente permitieron superar las observaciones realizadas a dicho estándar por parte de los miembros de la Comisión y la flexibilidad arraigada en la misma.

Como se señaló anteriormente, el estándar debida diligencia es el que fija el umbral de accionar legítimo de los Estados respecto a sus usos sobre un curso de agua a efectos de evitar el daño transfronterizo significativo. En ese sentido, el análisis del alcance que la norma primaria Convención de Nueva York establece al respecto, debe ser dilucidada con mayor profundidad.

A momento de la codificación de la Convención de Nueva York, la CDI asumió la definición de debida diligencia establecida por el Tribunal Arbitral en el Asunto de *Alabama* que la define como “la diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce [los Estados]” y “el cuidado que los gobiernos ordinariamente ponen en los asuntos que se refieren tanto a su seguridad como a la de sus

nacionales”⁴. Esta definición proporciona un amplio margen de actividad del Estado a efectos de incurrir en responsabilidad, lo cual según los que no conciben con que dicho estándar se aplique a la obligación de no dañar, ocasiona que los Estados se sientan tentados a eludir su responsabilidad, por lo que dicha cuestión debe ser superada de alguna manera.

La Comisión asumió este estándar de conducta como un umbral para medir la responsabilidad de los Estados del curso de agua respecto a la obligación de no causar daño transfronterizo significativo. El artículo 7 de la Convención de Nueva York señala al respecto: “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”⁵. Como se puede advertir de la lectura de dicho artículo, el cumplimiento de la obligación de no causar daño depende de la debida diligencia que adopten los Estados respecto a sus usos de un curso de agua internacional, consiguientemente, resulta importante al menos conceptualmente hablando conocer los parámetros y alcance que dicha convención establece.

A pesar de que una de las principales características del estándar (flexibilidad) ha ameritado que se observe la aplicación de dicho estándar en cuanto a la obligación de no causar daño transfronterizo se refiere, esto no significa que los deberes tanto sustantivos como procedimentales previstos en la norma primaria “Convención de Nueva York”, no puedan objetivar el contenido de ciertas obligaciones primarias de debida diligencia, reduciendo así la “flexibilidad tradicionalmente arraigada” y permitan obtener una noción más clara de las acciones que el Estado debe realizar a efectos de evitar el daño transfronterizo significativo.

Así, la identificación y análisis de los parámetros previstos para el estándar de debida diligencia, permitirá contar con mayores conocimientos respecto al fundamento legal que la Convención establece a fin de no incumplir con la obligación de no causar daño apreciable a

⁴Fue un prolongado conflicto entre Estados Unidos y Gran Bretaña debido a los daños ocasionados por los Estados sureños de Estados Unidos durante la Guerra de secesión, considerando que el crucero CSS Alabama había sido equipado con armamento por Gran Bretaña y renovado en puertos de las colonias británicas durante la guerra. La disputa fue resuelta por un Tribunal Arbitral Internacional el 14 de septiembre de 1871 constituido al efecto por ambos contendientes, dicho tribunal emitió un Laudo a favor de Estados Unidos determinando que Gran Bretaña debía compensarle. Ver también: Anuario de La Comisión De Derecho Internacional (1994), Volumen II, Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2), p.110.

⁵ Convención de Viena sobre el Derecho De Los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) [Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Documentos de la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311], artículo. 7.

los Estados del curso de agua, para que se pueda realizar una interpretación adecuada de la obligación.

1.4 Objetivo general

Establecer si los fundamentos normativos del estándar de debida diligencia del Estado en los que se basa el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación vigente desde el año 2014 contribuyen al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo.

1.5 Objetivos específicos

- Determinar los fundamentos normativos y conceptuales del estándar de debida diligencia del Estado que se han considerado en el artículo 7 de la Convención de Nueva York para cualificar el cumplimiento de la obligación de no causar daño significativo a los cursos de agua internacionales.
- Establecer los parámetros y fundamentos teórico conceptuales de la obligación de no causar daño significativo, previstos en el artículo 7 de la Convención de Nueva York y la inclusión del estándar de debida diligencia como fundamento del cumplimiento de esta obligación.
- Determinar a partir de un análisis teórico conceptual y práctico que los parámetros normativos y jurisprudenciales del estándar de debida diligencia del Estado en los que se funda el artículo 7 de la Convención de Nueva York, contribuyen al cumplimiento de la obligación de no causar daño significativo.

1.6 Hipótesis

El estándar de conducta de debida diligencia contribuye al cumplimiento de la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo previsto en el Art. 7 de la Convención de Nueva York.

1.7 Variables

1.7.1 Variable independiente

Debida diligencia

1.7.2 Variable dependiente

Daño Significativo

1.8 Operacionalización de variables

Concepto	Definición conceptual de variable	Definición operacional de Variable	Dimensiones de la variable	Indicadores de la variable	Fuentes
Debida diligencia	Debida diligencia. - En el desarrollo de su trabajo, la comisión de Derecho Internacional se ha basado en la definición establecida por la Tribunal Arbitral asumió en el caso Alabama (USA c. Gran Bretaña), siendo esta “Diligencia debida» se ha definido como sigue: «... una diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce...»; y «el cuidado que los gobiernos ordinariamente ponen en los asuntos que se refieren tanto a su	Variable Independiente Es un estándar de conducta destinado a evitar el daño sensible. No se trata de una obligación de resultado sino de medio, lo cual implica según la CDI que “un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su	<ul style="list-style-type: none"> • Actividad legítima del Estado. • Los intereses del otro Estado ribereño. • Medidas de mitigación del daño. 	<ul style="list-style-type: none"> • Recuperación y análisis de normativa y jurisprudencia respecto al estándar de conducta. • Parámetros de interpretación normativa y jurisprudencial • Interpretación valorativa del alcance del estándar de conducta 	<p>Libros</p> <p>McIntyre. O. (2016). <i>Environmental Protection of International Watercourses under International Law</i>. New York. Published September 30, 2016 by Routledge</p> <p>448 Pages.</p> <p>McCaffrey. S. C. (2007) <i>The Law of International Watercourses</i>. London. Oxford International Law Library.</p> <p>Acuerdos Internacionales</p>

	seguridad como a la de sus nacionales”	territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos”.			<p>Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Rio de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). <i>Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques</i>. Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.</p> <p>ILA, Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Report of the Fifty-Second Conference of the International Law Association (1966).</p> <p>United Nations Convention on the Law of the Non-</p>
--	--	---	--	--	--

					<p>Navigational Uses of International Watercourses, (New York, 21 May 1997), (1997) 36 ILM 700</p> <p>ONU, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.</p> <p>Documentos de Naciones Unidas</p> <p>ONU, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.</p>
--	--	--	--	--	--

					Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. (1994). V. II (Segunda Parte) Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2)-
Daño significativo	<p>Daño significativo (apreciable, sensible)</p> <p>Respecto a la definición de daño McCaffrey presenta una visión de la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional al respecto, así señala:</p> <p>“Al explicar el significado del adjetivo “apreciable”, utilizado para modificar “daño” en la versión de 1991 de su proyecto de</p>	<p>Variable dependiente</p> <p>Daño significativo</p> <p>Es un principio general de Derecho Internacional que se funda en la máxima sic utere tuo ut alienum non laedas (usa lo tuyo de una forma que no dañe lo que pertenece a otros), que ha sido llamado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Debida diligencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Recuperación y análisis de normativa y jurisprudencia respecto al principio sic utere • Valoración del alcance normativo del principio de no causar daño significativo, previsto en la Convención sobre los usos de los cursos de agua internacionales. 	<p>Libros</p> <p>McIntyre. O. (2016). <i>Environmental Protection of International Watercourses under International Law</i>. New York. Published September 30, 2016 by Routledge</p> <p>448 Pages.</p> <p>McCaffrey. S. C. (2007) <i>The Law of International Watercourses</i>. London.</p>

	<p>artículos, la CDI declaró que: “Debe haber un impedimento real al uso, es decir, un impacto perjudicial de ciertas consecuencias sobre, por ejemplo, la salud pública, la industria, la propiedad, la agricultura o el medio ambiente en el Estado afectado.” También podría “puede tomar la forma de una disminución en la cantidad de agua, debido, por ejemplo, a nuevas obras aguas arriba o al bombeo de aguas subterráneas”</p>				<p>Oxford International Law Library.</p> <p>Lorenzetii. R.L. (2008) <i>Teoría del Derecho Ambiental.</i> Mexico. Ed. Porrúa.</p> <p>Acuerdos Internacionales</p> <p>Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Rio de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). <i>Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques.</i> Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.</p>
--	--	--	--	--	---

					<p>ILA, Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Report of the Fifty-Second Conference of the International Law Association (1966).</p> <p>United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, (New York, 21 May 1997), (1997) 36 ILM 700</p> <p>ONU, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972.</p>
--	--	--	--	--	---

					<p>Documentos de Naciones Unidas</p> <p>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. (1994). V. II (Segunda Parte) Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2).</p> <p>Schwebel. S. Second Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, UN Doc. A/CN.4/332 and Add. 1 (1980), reprinted in [1980] 2(1) Yearbook of the International Law Commission 159, at 180–97. Indeed, Fitzmaurice and Elias, supra, n. 23, at 10–11, point out that,</p>
--	--	--	--	--	--

					<p>although the ILC subsequently abandoned the concept in the 1980s.</p> <p>Jurisprudencia</p> <p><i>Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665</i></p> <p><i>Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14</i></p> <p>Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7</p>
--	--	--	--	--	--

1.9 Metodología

Método de Interpretación teleológico, porque la investigación implicará un análisis del fin que persiguen los parámetros normativos del estándar de la obligación de debida diligencia previstos en el artículo 7 de la Convención, a efectos de considerar que la actividad del Estado fue legítima en cuanto al uso del curso de agua para no implicar una vulneración del principio de no causar daño significativo.

Método histórico jurídico. - Porque se desarrollará un análisis de la evolución de los fundamentos jurídicos respecto al estándar de la obligación de debida diligencia rescatados por la CDI en su compilación sobre el derecho de los cursos de agua, así como los parámetros jurisprudenciales establecidos por tribunales internacionales.

Método subjetivo. - Porque se buscará establecer el alcance normativo respecto a la obligación de no causar daño significativo, previsto en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, analizando para ello los trabajos preparatorios del acuerdo.

1.10 Técnicas de investigación

Para el desarrollo de la presente investigación, se utilizaron las siguientes técnicas:

Técnica documental o archivística. - La presente investigación se valió de la recolección del material bibliográfico y documental en bibliotecas y medios informáticos como internet (en los que se consultó páginas oficiales relacionadas al Derecho Internacional), en los que se encontró información relacionada a la temática de investigación.

Técnica de investigación legislativa.- A través de esta técnica se obtuvo información de normas internacionales como convenios, Tratados, reglamentos y demás disposiciones normativas relacionadas a la temática de investigación.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES TEÓRICOS-DOCTRINALES-CONCEPTUALES RESPECTO AL ESTÁNDAR DEBIDA DILIGENCIA

El “desarrollo sostenible” constituye el criterio clave del Derecho Internacional Ambiental. Ha sido concebido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo Nagymaros* como un concepto que implica que el desarrollo económico debe ir de la mano con la protección del medio ambiente⁶. Aunque, también es considerado como un objetivo del Derecho Internacional del Medio Ambiente y en ese marco, desempeña en este un rol técnico y judicial. Al efecto, Lorenzetti lo describe como un bien colectivo que genera derechos-deberes así como límites y nuevos derechos fundamentales, el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁷

El informe Burtland lo define como “el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁸. Obviamente también se refiere a la protección del medio ambiente. Este enfoque también fue recogido por el Derecho Internacional Ambiental al referirse al estándar de debida diligencia, aunque la noción en este caso, va un poco más allá por ejemplo al procurar evitar que un Estado dañe los intereses de otros Estados como se verá más adelante.

En ese ámbito, el presente capítulo tiene como principal objetivo establecer los parámetros teórico conceptuales del estándar de debida diligencia como una obligación de conducta. Para el efecto, se desarrolla un análisis del origen en que se sustenta la obligación, para posteriormente proseguir con el análisis de su desarrollo en el derecho internacional y su correspondiente codificación en la Convención de Nueva York, a partir del proceso iniciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

Este análisis, permitirá conocer los antecedentes teóricos-doctrinales y conceptuales del estándar de debida diligencia permitiendo establecer el alcance jurídico del mismo, así como su aplicación específica en el marco del derecho sobre los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos a la navegación, previsto en el marco de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales (en adelante Convención de Nueva York).

⁶ *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, para. 140.*

⁷ R.L. Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental*, 2008, Ed. Prorrúa, pp. 14 y 80.

⁸ Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, párr. 27.

Sin embargo, antes de ingresar a dicho análisis, se desarrollan algunos conceptos básicos que hacen de introducción al área del derecho en que el que se realiza el presente trabajo de investigación.

2.1 Derecho internacional público

Alfred Verdros en su Libro “Derecho Internacional Público” toma en cuenta la definición de Derecho Internacional desde dos sentidos: a) una en sentido estricto el cual según el autor “regula las relaciones entre los Estados y otras comunidades soberanas” y b) otra en sentido amplio según el cual abarca otras realidades jurídicas que no se refiere a las relaciones de los Estados sino organizaciones que se forman a nivel internacional, tales como insurrectos, beligerantes, etc.⁹

Por otro lado, Santiago Benadava lo define como “el orden jurídico de la comunidad de Estados, es decir, el conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los Estados”¹⁰.

2.2 Las fuentes del derecho internacional público

Se entiende por fuentes del Derecho “los procedimientos o medios a través de los cuales se crean, modifican o extinguen normas jurídicas”¹¹. En el derecho generalmente se distingue entre fuentes formales y nos referimos al derecho con el que se alude a los mecanismos de producción jurídica o procedimientos mediante los cuales se crean las normas de un determinado sistema legal. Por otro lado, están las fuentes materiales que aluden a las condiciones sociales, políticas, económicas o culturales que están en el origen de las normas. Por último, no referimos a las fuentes de conocimiento o los medios mediante los que es posible conocer las normas¹².

En el caso del Derecho Internacional, la doctrina ha consagrado como Fuentes del Derecho Internacional Público las que están reconocidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que refiere lo siguiente:

1. “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

⁹ Verdros A. (1980). Derecho Internacional Público, Ed. AGUILAR., p. 6.

¹⁰ Benadava S. (1993). Derecho Internacional Público, Ed. USA, San Francisco, p. 23.

¹¹ Reyes Heróles J., González G., (1997) Regulación del Sector Energético, [Secretaría de Energía].

¹² Oriol R., A. J. Compendio de Derecho Internacional Público, 2017, Ed. Tecnos, Madrid, p. 55, p. 55.

- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) Los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas, y
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, y
2. La presente disposición no restringe la facultad de la corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren¹³.

A continuación, se desarrolla cada una de estas fuentes de acuerdo a su aplicabilidad en el Derecho Internacional Público.

2.2.1 Los Tratados Internacionales (o convenciones internacionales)

La Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, define a los tratados de la siguiente manera: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”¹⁴. Sin duda los Tratados han sido considerados como una de las principales fuentes del Derecho Internacional porque desde que existen las comunidades políticas han contribuido al relacionamiento¹⁵.

La Convención de Viena de Derecho de los Tratados establece el procedimiento para la formación y aprobación de un acuerdo internacional (o tratado), así como las reglas para su interpretación. Los Tratados reflejan la voluntad de las Partes que los han suscrito y no para terceros Estados sin su consentimiento¹⁶. Establecen derechos y obligaciones para las Partes y tienen valor legal en el Derecho Internacional.

Se han planteado varias definiciones en cuanto a las clases de Tratados, atendiendo a diferentes nociones y materias así se puede decir que de acuerdo al número de participantes se pueden dividir en bilaterales (en los que intervienen dos sujetos del Derecho

¹³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, adoptado por la Organización de Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 Art.38.

¹⁴ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)... , Art. 2 párrafo 1.

¹⁵ Como Brotons señala en su libro “Derecho Internacional” “Los tratados es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones (DI particular) y excelente coadyuvante en la formación de normas... Más numerosos que en cualquier tiempo pasado, sobre los tratados reposan sustancialmente la coexistencia y la cooperación en un amplio arco de materias que evidencian la interdependencia de los miembros de la sociedad internacional. Brotons Remiro A. (2007). Derecho Internacional. Ed. Tirant, Valencia, p. 313.

¹⁶ *Ibid.* Art. 34.

Internacional) y multilaterales (en los que participan más de dos participantes del Derecho Internacional). Existen también los Tratados que crean derechos como los Tratados Ley y acuerdos contractuales (que reglamentan obligaciones bilaterales). Por la materia se tienen los acuerdos comerciales, acuerdos políticos, acuerdos de paz, acuerdos de extradición, acuerdos sociales, acuerdos económicos, acuerdos culturales, acuerdos humanitarios.

La capacidad de los Estados para celebrar Tratados deviene de su personalidad internacional. El Art. 6 de la CVDT señala que “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados.”¹⁷ Asimismo, la adopción, autenticación de su texto, así como el consentimiento del Estado en obligarse por Tratado, se realiza por una persona representante del Estado que generalmente tiene “plenos poderes” o de acuerdo a la práctica se puede considerar que determinada persona ha sido considerada como representante de un Estado. También cabe considerar que, las autoridades Estatales que no requieren “plenos poderes” son el Jefe de Estado, y Ministros de Relaciones Exteriores, los jefes de de misión diplomáticas y los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional¹⁸.

La celebración de un Tratado en si cumple con las siguientes fases: negociación, redacción, firma, ratificación y canje de ratificaciones¹⁹. El consentimiento en obligarse por un Tratado, de generalmente se expresa con la ratificación y canje del mismo. Aunque también puede ser expresado con la sola firma del acuerdo²⁰, momentos en que se vuelve vinculante jurídicamente para sus suscriptores, momento en que se puede considerar que también entra en vigor. No obstante, la CVDT, en la fecha en que se disponga o que acuerden los Estados negociadores²¹.

Una vez que un Tratado entra en vigor, éste es vinculante jurídicamente para las Partes y debe ser cumplido por estas de buena fe²². Por otro lado, la CVDT señala que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado²³, ello implica que se deben cumplir sus disposiciones tal cual han sido acordadas.

¹⁷ *Ibid.* Art. 6.

¹⁸ *Ibid.* Art. 7.

¹⁹ *Ibid.* Artículos 8, 9, 10 y 16.

²⁰ *Ibid.* Artículos 16 y 12

²¹ *Ibid.* Artículo 24.

²² *Ibid.* Artículo 26.

²³ *Ibid.* Artículo 27.

La terminación de un Tratado depende de por ejemplo de la celebración de uno nueva por todas la Partes que celebraron el primer, y su duración también puede estar establecido en el mismo texto del Tratado.

Por último, cabe señalar que la interpretación auténtica de un Tratado puede ser realizada por los propios Estados contratantes. Asimismo, también pueden realizar una interpretación los órganos jurisdiccionales internacionales. La interpretación puede ser textual o exegética, no obstante, la CVDT determina que para toda interpretación se deben cumplir los siguientes principios: 1) principio del sentido ordinario y natural de los términos del Tratado 2) principio del contexto que incluye su preámbulo y anexos; 3) principio de conformidad con el objeto y fin del Tratado; 4) principio del efecto útil; 5) trabajos preparatorios y 6) derecho internacional²⁴.

2.2.2 La Costumbre Internacional

El Derecho Internacional no siempre se forma a raíz del acuerdo de los sujetos del Derecho Internacional si vale la redundancia, En la sociedad clásica internacional las normas generales se han formado mayormente producto de la vía consuetudinaria, es decir, “producto de una práctica generalizada y continuada, de comportamientos estatales uniformes (*usus o diuturnitas*), sustentada por el sentimiento de su obligatoriedad jurídica o la necesidad de mantener y desarrollar ordenadamente las relaciones internacionales (*opinio iuris sine necessitatis*)”²⁵.

El año 2012, la CDI incluyó en su programa de trabajo el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario” llegando a aprobar el 25 de mayo de 2018 -en segunda lectura- el “Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario” (en adelante el Proyecto). Dicho proyecto, tiene como alcance la “manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario”²⁶.

Entre los principales elementos constitutivos de una norma de derecho consuetudinario, el Proyecto señala que “es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)”²⁷. Aunque la CDI también se refiere a las siguientes fuentes del derecho consuetudinario: i) los textos de instrumentos internacionales; ii) las decisiones de tribunales internacionales; iii) las decisiones tribunales

²⁴ *Ibid.* Artículo 31.

²⁵ Remiro Brotons Antonio...p. 502.

²⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Capítulo 5, Documento A/73/10 p. 128.

²⁷ *Ibid.* p. 128

nacionales; iv) legislaciones nacionales; v) correspondencia diplomática; vi) opiniones de asesores jurídicos y vii) la práctica de organizaciones internacionales²⁸. En este sentido, como se puede observar, el Derecho Internacional consuetudinario es un derecho que no está escrito y deriva de la práctica aceptada como derecho y por ese mismo hecho constituye una de las fuentes importantes del Derecho Internacional.

2.2.3 Los Principios Generales del Derecho

Como se puede leer en el inciso c) del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, una de las fuentes del Derecho Internacional la constituyen los principios generales del Derecho “reconocido por las naciones civilizadas”. No obstante, existe una variedad de principios utilizados por distintos sistemas jurídicos lo que hace que sea difícil distinguirlos con precisión.

Brotons la considera como una fuente supletoria justamente porque no surge su aplicación a no ser que sea invocada por un tratado o compromiso arbitral como fuente normativa para la solución de una controversia. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, ha fundado sus fallos en varios principios generales del Derecho como el principio de uso equitativo y razonable, no causar daño y otros que se encontraban en los acuerdos que fueron interpretados por la Corte para resolver las disputas sobre cursos de agua internacionales.

Así, la práctica muestra que los tribunales internacionales pueden utilizar cualquiera de los principios generales del derecho que se hallen identificados en acuerdos internacionales o en ordenamientos estatales.

Los principios generales del derecho no deben ser confundidos con los principios generales del derecho internacional. Los últimos están directamente recogidos por el derecho internacional convencional o el consuetudinario, mientras que los primeros siempre fueron fuente²⁹. En el caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que los principios “no son sino el derecho internacional tal como está en vigor entre todas las naciones que forman parte de la comunidad internacional”³⁰.

Entre los principios más conocidos en el ámbito internacional, se tienen los siguientes: Principio de Igualdad jurídica entre los Estados, principio de prohibición de amenaza de uso de la fuerza, principio de respeto a la soberanía territorial, principio de no intervención,

²⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1950, T.II, p. 367. Citado por: De la Guardia, E.(1997) Derecho de los Tratados Internacionales, Ed. Depalma, pp. 39-40.

²⁹ *Ibid.*, p. 41.

³⁰ *Ibid.* p. 41.

solución pacífica de controversias, cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, respeto al honor de los Estados, principio de libre determinación de los pueblos, principio de uso equitativo y razonable, comunidad de interés y otros³¹.

2.2.4 La doctrina y jurisprudencia

Se entiende por doctrina “el conjunto de opiniones escritas vertidas por los estudiosos del Derecho, al reflexionar sobre la validez real, formal o intrínseca de las normas jurídicas”³², es considerada por el Estatuto de la Corte como una fuente auxiliar para la determinación de reglas de derecho, sin embargo, su función específica no es la creación de norma sino coadyuvar en la interpretación de las normas internacionales.

Sin embargo, también existe la jurisprudencia doctrinaria. Al respecto el Art. 96 de la Carta de la ONU señala que la Asamblea o Consejo de Seguridad podrán solicitar de la CIJ que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”, en ese marco, se incorpora una opinio iuris que puede calificarse de jurisprudencia³³.

El inciso e) del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, también señala a la jurisprudencia como una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Si bien la jurisprudencia internacional no es fuente del derecho internacional, la jurisprudencia de Tribunales internacionales puede servir para demostrar la existencia y contenido de la costumbre internacional³⁴.

Sin embargo, si bien la noción es que la jurisprudencia no constituye fuente, existe un debate en sentido de si cortes y los tribunales internacionales pueden o no crear derecho internacional, por un lado, están los que piensan que puede ser considerado como fuente alegan que “Considerar las sentencias de los tribunales internacionales simplemente como una interpretación de un acuerdo internacional determinado no hace justicia a su función. Cualquier interpretación de este tipo contribuye al desarrollo ulterior del acuerdo pertinente o del derecho internacional consuetudinario”.³⁵

³¹ Organización de las Naciones Unidas, Carta de Naciones Unidas, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de ese año, Art. 2. De la Guardia E.... p. 44.

³² Arellano García C. (1983). Primer Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa p.199.

³³ Organización de las Naciones Unidas, Carta de Naciones Unidas, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de ese año, Artículo 96.

³⁴ E. de la Guardia, Derecho de los Tratados Internacionales...p. 43.

³⁵ Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], Rüdiger Wolfrum, “Sources of International Law” 2011, para. 46. Rescatado de: https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/04/EPIL_Sources_of_International_Law.pdf

Por otro lado, la regla general es que no se considera que los tribunales tengan funciones de creación de normas, además que las sentencias de las cortes y tribunales internacionales obligan únicamente a las partes en esa controversia, por lo que se considera que no crearían leyes que en el fondo deben tener la noción de universales³⁶. En este sentido, se advierte que la cuestión aún no ha sido resuelta.

2.2.5 Los Actos Unilaterales

Según Manuel Diez de Velasco, un acto Unilateral es la “Manifestación de la voluntad de un solo sujeto de Derecho Internacional, cuya validez no depende *prima facie* de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos, creación de derechos y obligaciones para el sujeto que emite y para terceros en determinadas circunstancias”.³⁷

Los actos unilaterales generalmente estudiados por la doctrina son: El reconocimiento, la protesta, la renuncia, la promesa y la notificación. Dichos actos han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia como fuentes del Derecho Internacional, por ejemplo, en el caso *Ensayos Nucleares* en el cual la Corte dio como válidas las declaraciones del Ministro Francés de que cesarían los ensayos. Al respecto la Corte señaló que “está admitido que declaraciones que revistan forma de actos unilaterales y que se refiera a situaciones de hecho o de derecho pueden tener por efecto la creación de obligaciones jurídicas”.³⁸

Asimismo, cabe considerar que el año 1997 la Comisión de Derecho Internacional comenzó un proceso de codificación de los actos unilaterales, culminando su tarea el 2006, emitiendo “Principios rectores aplicables a las Declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y sus comentarios”.³⁹

2.3 El derecho de los usos de los cursos de las aguas internacionales para fines distintos a la navegación

2.3.1 La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (En adelante la Convención), es también conocida como

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Diez de Velasco M. (1973). *Instituciones del Derecho Internacional* Ed. Tecnos-p.145.

³⁸ *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 46.*

³⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 58° sesión, 2006, UN doc: A/61/10 spl.10. párr.176-177.

la Convención de Nueva York por haber sido adoptada en esa ciudad el 21 de mayo de 1997, entrando en vigencia el 17 de agosto de 2014. Es una norma internacional que regula la utilización, el aprovechamiento, la conservación, la ordenación y la protección de los cursos de agua internacionales, así como la promoción de la utilización óptima y sostenible de éstos para las generaciones presentes y futuras⁴⁰.

La Convención contiene 37 artículos relacionadas a las tareas descritas y tiene importancia general. Contiene varias normas relacionadas con el principio de no causar daño significativo y el estándar de debida diligencia establecidas en sus Artículos 5, 7, 11, 12 entre otros, normas que serán analizadas con mayor detalle posteriormente. Uno de sus objetivos principales es la cooperación internacional y la buena vecindad en la utilización de los cursos de agua internacionales, así como la sostenibilidad de los cursos de agua.

Asimismo, cabe considerar que es el resultado de todo un proceso de codificación emprendido por Naciones Unidas desde el año 1968 hasta 1994 en que se aprobó el “Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos a la Navegación” durante la 46° sesión en 1994 por la Asamblea.

Según esta norma, un “curso de agua” es “un sistema de aguas superficiales y subterráneas que constituyen, en virtud de su relación física, un todo unitario y que normalmente fluyen a una desembocadura común”⁴¹. Asimismo, un curso de agua internacional es “b) [...] un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos”⁴².

Como ya se mencionó, la Convención se funda en normas sustantivas y procedimentales para regular el uso de los cursos de aguas internacionales. Entre las normas sustantivas se tienen el principio de uso equitativo y razonable, la obligación de no causar daño significativo, la obligación de cooperar. Entre las normas procedimentales más significativas está la obligación de notificar y consultar, la obligación de informar, la obligación de desarrollar cuando corresponda una Evaluación de Impacto Ambiental. Así se evidencia un rol de la convención preventivo y proteccionista del medio ambiente pero enfocado en específico en los usos de los cursos de agua internacionales.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, Art.2.

⁴² *Ibid.*, Art.2.

2.4 El estándar de debida diligencia en el derecho internacional

2.4.1 El origen del estándar

Como operación de neutralidad

En la práctica de los estados, la debida diligencia surgió en el Siglo XIX y mediados del XX en relación con el deber de Estado Neutral en primera instancia y posteriormente relacionado a la protección de los extranjeros y su propiedad. En este acápite, nos referiremos al deber del Estado Neutral.

En el Siglo XIX comenzó a desarrollarse el deber del Estado neutral, relacionado con la noción de que, el Estado neutral debía impedir que sus súbditos presten ayuda o suministren armas y municiones a los Estados beligerantes. Uno de los ejemplos más emblemáticos de esta noción se puede advertir en el caso *Alabama* (Una demanda pecuniaria interpuesta por el Gobierno Norteamericano en contra de Gran Bretaña después de la Guerra civil).

En este caso, el Tribunal Arbitral realizó la interpretación de las Reglas del Tratado de Washington entre Estados Unidos y Gran Bretaña” un acuerdo por el que ambos Estados habían acordado someter a arbitraje una demanda presentada por Estados Unidos contra Gran Bretaña por la supuesta violación de la neutralidad durante la guerra civil estadounidense.

El Tratado de Washington establecía las siguientes reglas relacionadas con la neutralidad de los Estados:

- “1. Emplear toda la diligencia necesaria para impedir que, en su jurisdicción, se ponga en condiciones de navegar, equipar o armar cualquiera navío sobre el que tenga fundadas sospechas de estar destinado a hacer la guerra contra una Potencia con la cual se encuentra en paz, y asimismo, emplear idéntica diligencia para impedir salga de su jurisdicción todo navío destinado a la guerra como queda más arriba indicado, habiendo sido transformado en su totalidad o en parte para su uso en la guerra.
2. No permitir ni tolerar que uno de los beligerantes haga de sus puertos o de sus aguas la base de operaciones navales contra el otro, o se sirva de ellos para renovar o aumentar sus aprovisionamientos militares o sus armas, o para efectuar recluta de hombres.

3. Ejercer toda diligencia en sus puertos y aguas, y con respecto a todas las personas que se encuentran en su jurisdicción, para impedir toda violación de las obligaciones y de los deberes enunciados”⁴³.

Estados Unidos y Gran Bretaña interpretaron de manera distinta estas reglas durante los alegatos del caso. Por un lado, Gran Bretaña arguyó que un Estado solamente estaba obligado a ejercer un razonable grado de diligencia correspondiente a los efectos que el Gobierno típicamente proporcionaba en relación con sus propios asuntos. Mientras que Estados Unidos señalaba que un Estado debe proporcionar un nivel de diligencia proporcional a la talla de los intereses del conflicto del que es Parte.

El Tribunal Arbitral determinó que Gran Bretaña no había cumplido por omisión con los deberes prescritos por la segunda y tercera de las reglas del Tratado de Washington, que establecían que los Estados debían tomar las medidas necesarias para evitar o impedir que en su jurisdicción se desarrollen acciones destinadas a hacer la Guerra contra una potencia⁴⁴. El Tribunal señaló que Gran Bretaña era responsable de todos los actos cometidos por el Buque Shenandoah, por no haber tomado dichas medidas en su jurisdicción⁴⁵. Asumiendo así la visión de Estados Unidos.

Otro antecedente del deber del Estado neutral, se puede observar en la Convención sobre Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en la Guerra Marítima de 1907, dicha norma establecía el deber positivo de los Estados neutrales en guerra marítima, señalaba por ejemplo que el Gobierno está obligado a emplear “todos los medios de que disponga” para impedir que en su jurisdicción se equipe o se arme cualquier navío de que haya motivos razonables para creerlo destinado a navegar en curso o a concurrir a operaciones hostiles. También debe ejercer vigilancia y usar los medios de que disponga para impedir en sus puertos, radas y aguas toda violación de las disposiciones de la Convención”⁴⁶.

Similares determinaciones estableció la Convención de la Habana sobre Neutralidad Marítima de 20 de febrero de 1928, que señala los Estados neutrales están obligados a ejercer toda la vigilancia que le permiten los medios a su alcance, a fin de impedir en sus puertos o aguas jurisdiccionales cualquier violación de las disposiciones de dicha Convención.

⁴³ Treaty of Washington of 8 May 1871.

⁴⁴ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, p.131*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 131

⁴⁶ Convención sobre los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales En La Guerra Naval, Art.8

Asimismo, Cortes y Tribunales reconocieron que los estados tenían que actuar diligentemente para prevenir incursiones, conspiraciones y actos de propaganda hostil realizados por particulares que fueran lesivos a la soberanía de otros Estados. Un ejemplo de ello la Corte Suprema de Estados Unidos que determinó que “el derecho de las naciones requiere que cada Gobierno Nacional debe usar la debida diligencia para prevenir el daño hecho dentro de su dominio a otra nación con la que debería estar en paz”.

Asimismo, cabe considerar otro precedente también importante, como es el Laudo Arbitral del caso *Trail Smelter (Canadá contra Estados Unidos)*, en este el Tribunal Arbitral reconoció al Laudo del caso *Alabama* como una línea importante de precedentes sobre “el deber de un Estado de respetar a otros Estados y su territorio contra actos lesivos” y que este constituía un principio general, aunque cuestionó qué debe entenderse como acto lesivo⁴⁷.

En ese marco, estableció que Canadá era responsable en derecho internacional por la conducta de la Fundición Trail (que había ocasionado daño a Estados Unidos-Washington por la emisión de gases sulfurosos), en consecuencia, era deber del Gobierno del Dominio de Canadá velar por que esta conducta esté en conformidad con la obligación del dominio bajo el derecho internacional⁴⁸.

La debida diligencia como protección de los extranjeros

En el Siglo XVIII Emmeric de Vattel señaló que “el soberano no debe permitir la entrada en su Estado con el fin de atraer a los extranjeros a una trampa desde que los admite, se compromete a protegerlos como a su propio súbdito y a darles perfecta seguridad, en cuanto de él dependa”⁴⁹.

En el Siglo XIX y a comienzos del XX la práctica judicial se refirió a la debida diligencia como un umbral para medir el nivel del efecto requerido por los Estados para realizar sus obligaciones de protección. Los Tribunales Arbitrales y las Comisiones Mixtas de Reclamos reconocieron que, en caso de lesiones causadas a los extranjeros por privados individuales, los Estados podrían ser responsabilizados por mostrar debida diligencia en la protección adecuada de los extranjeros o castigar a los que les ofenden”⁵⁰.

⁴⁷ Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941, Reports Of International Arbitral Awards Volume III pp. 1905-1982, p. 1966. Emmeric de Vattel, p. 1953.

⁴⁸ *Ibid.* p. 1966.

⁴⁹ Segundo Informe de F. V. García Amador, Relator Especial sobre responsabilidad del Estado (1957), Documento: A/CN.4/106. p. 134.

⁵⁰ *Ibid.* p. 134.

Esta noción también puede identificarse en el Proyecto de Codificación de la Escuela de Derecho de Harvard, cuyo artículo 10 señala:

“Un Estado es responsable si el daño causado a un extranjero resulta del hecho de no haber empleado la diligencia debida para impedirlo y se han agotado los recursos locales sin que se dé una adecuada reparación. La diligencia indispensable puede variar según el carácter público o privado de la persona del extranjero y las circunstancias del caso”⁵¹

Dicha noción también fue rescatada por el Comité Preparatorio de Codificación de la Liga de Naciones en 1930 en sus bases de discusión 10, 17 y 18 en el que determinaba que un Estado puede ser considerado responsable de un hecho ilícito cuando no ha demostrado la protección de dicha persona extranjera⁵².

En cuanto a la protección de otros Estados involucrados, en la práctica la debida diligencia tiene que ver con un extranjero que es investido con un estatus público, por el cual el Estado tiene el deber especial de vigilancia en su favor, así fue considerado por el comité preparatorio de la Conferencia de Codificación de la Sociedad de Naciones de 1930 y por varios casos de jurisprudencia.

La debida diligencia en la protección de otros Estados

La debida diligencia también emergió como protección a los representantes de otros Estados. A principios del Siglo XX, se puede advertir en la práctica estatal que, algunas Comisiones como la Comisión General Americana-Mexicana de Reclamos, estableció que “[para] la seguridad de un funcionario consular se tendrá debidamente en cuenta su posición especial”⁵³. La misma noción fue establecida por el Comité de Juristas y fijada por el Consejo de la Liga de Naciones en el caso Tellini⁵⁴.

El Estado debe tomar todas las medidas razonables para la prevención y represión de injurias. El carácter público reconocido de un extranjero, las circunstancias en que se encuentra en el territorio, implican para el Estado un deber correspondiente de especial vigilancia sobre su nombre. Esta posición fue posteriormente reafirmada por el Comité preparatorio de la Conferencia de Codificación de la Liga de Naciones en 1930 según la que

⁵¹ *Ibid*, p. 134.

⁵²Krieger H, Peters A. And Kreuzer L. (2020) Due diligence in the international legal order, United States of America, Ed. OXFORD., p.35.

⁵³ *Ibid*., p.27

⁵⁴*Ibid*, p.27 y 28.

“el hecho de que un extranjero sea reconocido con un estatus público, impone al Estado un deber especial de vigilancia⁵⁵.

Asimismo, como se advirtió *supra* la noción de que un Estado tiene en todo momento el deber de proteger a otros Estados contra actos lesivos por parte de individuos dentro de su jurisdicción' se fue extendiendo después de Alabama en las decisiones internacionales de varios asuntos por parte de los Tribunales internacionales. En el caso Trail Smelter se encontró esta noción como una expresión de principio general⁵⁶.

La debida diligencia en la historia de la codificación de la responsabilidad de los Estados

El primer relator especial Francisco García Amador

En los años 50 posterior a la Segunda Guerra Mundial, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) comenzó un proceso de codificación sobre la responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos. En esa tarea, el primer relator especial Francisco García Amador recogió la noción general de debida diligencia como un estándar internacional de justicia⁵⁷ que debía ser considerado para medir la responsabilidad del Estado el año 1957.

García había acogido la concepción del estándar de diligencia debida desarrollada por la Escuela de Derecho de Harvard en el marco de protección a los extranjeros, la cual establecía la responsabilidad de un Estado por no haber empleado debida diligencia para impedir el daño a un extranjero⁵⁸. Analizando estas determinaciones y las de la Convención (XIII) relativa a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en Caso de Guerra Marítima, García señala que la debida diligencia implica para el Estado, un deber de ejercer una función de protección y no la diligencia en someter a los culpables de la agresión a la justicia⁵⁹.

García estaba de acuerdo con que el nivel de protección del Estado debía estar acorde con al caso concreto y las circunstancias, es decir, que no existía una definición clara y precisa que permita determinar objetiva y exactamente cuándo el Estado había sido “diligente”, por

⁵⁵ *Ibid*, p.27 y 28.

⁵⁶ Ver: Eagleton, The Responsibility 1928 (n. 6), 80. y *Ibid*.

⁵⁷ Segundo informe de F. V. García Amador... p.132.

⁵⁸ “Un Estado es responsable si el daño causado a un extranjero resulta del hecho de no haber empleado la diligencia debida para impedirlo y se han agotado los recursos locales sin que se dé una adecuada reparación. La diligencia indispensable puede variar según el carácter público o privado de la persona del extranjero y las circunstancias del caso”. “Responsabilidad internacional. *Ibid.*, p. 132.

⁵⁹ *Ibid*.

lo que esto debía determinarse conforme a las circunstancias⁶⁰. Para García el criterio de “debida diligencia” era la expresión por excelencia de la llamada teoría de la culpa”, desarrollada en el pasado por Grocio⁶¹. En sentido, consideraba que la responsabilidad del Estado no surge solo por la simple aparición del hecho lesivo sino por la inacción u omisión del responsable de evitar ese hecho, en este caso el Estado⁶².

García también rescató el hecho de que el estándar había sido acogido como un “estándar internacional de justicia” en la norma internacional, para evaluar la conducta de un Estado, considerando su vaguedad y su utilidad práctica, porque podía adecuarse al contexto y las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, cita la Convención relativa a los Derechos de Extranjería, suscrita en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México, 1902), en la cual se vinculan los derechos de nacionales y extranjeros. Por lo que, la responsabilidad surge del resultado de dos condiciones: a) conducta atribuible al Estado y b) incumplimiento de una obligación cristalizada⁶³ por la falta de acción u omisión⁶⁴.

Así, García identificó la debida diligencia como un principio de presunción contrario a la responsabilidad, es decir, los Estados no son generalmente responsables por injurias causadas por privados individuales a no ser que estos tengan una falta de diligencia en la prevención o castigo.

En ese sentido, García Amador propuso dos artículos relacionados a los actos de particulares y disturbios internos, tendientes a proteger por los daños causados al extranjero por acción o inacción de un Estado⁶⁵. Sin embargo, dichos artículos serían gradualmente removidos posteriormente como una cuestión sustantiva del proyecto de la CDI.

El segundo relator especial Roberto Ago

⁶⁰ *Ibid.*, p. 132.

⁶¹ Segundo Informe de F. V. García Amador, Relator Especial sobre responsabilidad del Estado (1957), Documento: A/CN.4/106, p.132.

⁶² *Ibid.*, p. 132.

⁶³ H. Krieger, A. Peters ... p. 46.

⁶⁴ Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936 (Washington, D.C., Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938), p. 79.

⁶⁵ Artículo 10 Actos de los simples particulares “El Estado es responsable de los daños causados al extranjero con motivo de actos de simples particulares, si sus órganos o funcionarios han mostrado una notoria negligencia en la adopción de las medidas que se toman normalmente para prevenir o reprimir tales actos.” Artículo 11 Disturbios internos en general “El Estado es responsable de los daños causados al extranjero con motivo de motines, luchas civiles u otros disturbios internos, si la autoridad constituida ha demostrado una notoria negligencia en la adopción de las medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para prevenir o reprimir los actos lesivos.” *Ibid.*

Posterior a García Amador, el relator especial Roberto Ago continuó la tarea de codificación de responsabilidad del Estado. Se conoce su labor como una revolución que tuvo impacto en el estándar de diligencia debida. Para empezar Ago realizó una distinción entre reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias están relacionadas con las normas sustantivas en diferentes campos del derecho internacional y las segundas están relacionadas con cuestiones generales de la responsabilidad del Estado⁶⁶.

Dicha distinción de normas, afectó a la discusión respecto al estándar de debida diligencia que se había desarrollado hasta entonces, considerando que para García Amador (primer relator), la cuestión de responsabilidad del Estado se enfocaba entre normas sustantivas y cuestiones generales, mientras que Ago, asimiló la discusión sobre responsabilidad del Estado, en las reglas secundarias.⁶⁷.

Ago también se refirió a los elementos de la responsabilidad internacional, siendo estos: 1) el hecho ilícito internacional, 2) determinación del hecho ilícito internacional, para lo cual, consideró a dos elementos diferentes: i) los elementos subjetivos relacionados al acto u omisión del Estado contrarios a una obligación internacional y ii) los elementos objetivos que tienen que ver con el sujeto de derecho internacional a quien se le puede atribuir la conducta; 3) diferentes clases de infracciones de obligaciones y 4) las circunstancias excluyentes de la responsabilidad⁶⁸. Ago terminó analizando la debida diligencia en el ámbito de los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad del Estado.

A pesar de ello, la debida diligencia fue mayormente analizada en el ámbito de los elementos subjetivos, es decir, de la conducta del Estado. En ese marco, el análisis de Ago tubo un enfoque parecido al de García Amador, puesto que señaló que “los actos de los particulares generalmente no se atribuyen al Estado”⁶⁹.

En ese mismo enfoque, Ago también analizó la responsabilidad del Estado por no prevenir o castigar ciertos actos que describe como “dos aspectos de la misma obligación de brindar protección”, a diferencia de lo que consideraba García. Para Ago era importante que el “Estado que por culpa de sus órganos en una circunstancia determinada haya faltado el respeto de esta obligación [protección a los extranjeros]a que, para cumplir su

⁶⁶ H. Krieger, A, Peters... p. 47.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁸ Primer Informe sobre Responsabilidad del Estado por Roberto Ago, relator especial, Documento: A/CN.4/217, p. 145.

⁶⁹ H. Krieger, A, Peters... p. 47.

responsabilidad, abone una indemnización correspondiente al daño causado por el particular a su víctima”⁷⁰.

El relator especial James Crawford

En 1998, el relator especial James Crawford continuó con la labor del relator Roberto Ago. No obstante, a diferencia de Ago, Crawford consideraba que la inclusión del estándar entre las reglas primarias o secundarias, hizo éste entrara en conflicto con la visión objetivada⁷¹ que se tenía de este estándar, haciéndolo insostenible en el proyecto de artículos. Esa exclusión, tiene que ver también con la eliminación gradual de los 'requisitos subjetivos' así como de las 'cuestiones sustantivas' del alcance del proyecto de la CDI como se verá a continuación⁷².

En primera instancia, Crawford defendió la necesidad de seguir contando con la distinción entre reglas primarias y secundarias desarrollada por Ago, siempre que se desarrolle un criterio de organización diferente⁷³. Su principal crítica consiste en que se redacte el proyecto de artículos de tal manera que prevea varias posibilidades en función de norma primaria aplicable. En ese marco, se debe aplicar un análisis “similar a la cuestión de si es preciso que concorra ‘algún elemento mental’ o culpa para generar la responsabilidad de un Estado, o si la responsabilidad del Estado es ‘estricta’ o aun ‘absoluta’, o depende de un ejercicio de la ‘debida diligencia’”⁷⁴.

En sus comentarios sobre el artículo 1 Crawford señala que el proyecto de artículos propuestos, no establecían ningún requisito general de culpa para consolidar la responsabilidad del Estado, al respecto indicaba “no establece ninguna condición previa general de la responsabilidad en el derecho internacional, como la “culpa” del Estado autor del hecho ilícito ni los “daños” sufridos por un Estado lesionado”⁷⁵, lo que implica que no existe una previsión sobre las posibilidades en función de norma primaria aplicable.

⁷⁰ Cuarto Informe Sobre Responsabilidad Del Estado por Roberto Ago, relator especial, Documento: A/CN.4/264 and Add.1, 30, 30 de junio de 1972... párr.67.

⁷¹ La visión objetivada según Crawford y otros, implica que respecto al papel de la culpa— “una gran carga recayó sobre la doctrina intermedia de la “diligencia debida”, que ha tendido a hacer desaparecer la distinción entre culpa y responsabilidad objetiva (**la imputación a un sujeto de los riesgos generados por su actividad, presumiéndose culposa la acción u omisión generadora del evento dañoso.**)”. H. Krieger, A, Peters...p.51.

⁷² *Ibid.*, p.51.

⁷³ Primer Informe sobre responsabilidad de los Estados (1998), por James Crawford, relator especial, Documento: A/CN.4/490 y Add, párr. 16.

⁷⁴ *Ibid.* p 16.

⁷⁵ *Ibid.* p 16.

Asimismo, considera que el proyecto de artículo 1 no identifica al Estado o Estados o personas jurídicas internacionales frente a las que se responde internacionalmente, en consecuencia, no trataba a la responsabilidad internacional como una relación jurídica entre el Estado autor del hecho ilícito con el Estado lesionado, sino que más bien, presentaba la situación de la responsabilidad como un 'correlato objetivo' de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito⁷⁶. En ese marco, para Crawford el proyecto de artículo 1 no aborda el problema real sobre como determinar la responsabilidad del Estado.

Por otro lado, respecto al artículo 3⁷⁷ Crawford señala que en el caso de que los Estados contraigan obligaciones y compromisos en los que el daño que se pueda causar a otros Estados, no es previsible o resultaría difícil de probar o no constituye lo esencial de la obligación", el sentido de esas obligaciones es que constituyen, de por sí, normas de conducta para las partes, y no se limitan a asignar el riesgo en caso de que se produzcan daños posteriores⁷⁸.

En ese marco, considera que parece muy apropiado no enunciar el daño como un requisito previo de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, teniendo en cuenta las siguientes cuestiones: i) "algunas normas de derecho internacional pueden exigir que se produzca efectivamente un daño antes de plantear cualquier cuestión relativa a la responsabilidad; ii) los artículos 1 y 3 no se pronuncian en cuanto a si existe una obligación respecto a los 'Estados no lesionados directamente', o a los Estados en general y iii) los artículos 1 y 3 no niegan, desde luego, la pertinencia del daño, moral y material, para los diversos efectos de la responsabilidad"⁷⁹.

En ese marco, Crawford considera que "parece muy apropiado, en principio, no enunciar en los artículos 1 y 3 el daño como requisito previo de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito".

También observa que resulta difícil entrar en la distinción entre normas primarias y secundarias cuando se trata de determinar si ha habido violación de una obligación internacional. En todo caso, considera que se debe "tener en cuenta la propia obligación

⁷⁶ Primer informe sobre responsabilidad de los Estados (1998), por James Crawford, relator especial, Documento: A/CN.4/490 y Add, p, 30.

⁷⁷ Artículo 3. — Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado: Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando: a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado; y b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Anuario De La Comisión De Derecho Internacional (1973), Volumen II, Documento: A/CN.4/SER.A/1973/Add.I, p.18..

⁷⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁹ *Ibid.* p. 33.

sustantiva y su formulación y sentidos precisos, todo lo cual queda claramente comprendido en el ámbito de las normas primarias⁸⁰.

Asimismo, el proyecto de artículos, abandona la noción de responsabilidad delegada, no toma en cuenta la responsabilidad de actores no estatales por parte del Estado. En su opinión el proyecto de artículo 11 (Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado)⁸¹ que se refería a la “regla de atribución negativa” tenía las siguientes observaciones:

- i) “Refleja el resultado de un cambio gradual importante del derecho internacional general por el cual se ha ido abandonando el concepto de ‘responsabilidad delegada’ del Estado por los hechos de sus nacionales en favor de una clara distinción de principio entre el sector estatal y el que no lo es”.
- ii) “proporciona a los Estados la seguridad aparente de que no se los considerará responsables de los actos de personas privadas”, siendo esta seguridad ilusa porque el artículo 11 no es autónomo”.
- iii) “El artículo sólo dice que el comportamiento de personas o grupos privados no puede atribuirse al Estado a menos que ese comportamiento sea imputable de conformidad con otras disposiciones del capítulo II. Este es un argumento circular y además posiblemente engañoso porque, en cualquier caso de daños causados por personas privadas, tiende a centrar la atención en lo que no corresponde”⁸²
- iv) “En pocas palabras, el artículo 11 no sólo no es una norma de atribución; sino que ni siquiera desde el punto de vista de la carga de la prueba tiene el más mínimo efecto en la aplicación de las demás”⁸³.

En ese contexto y considerando estos motivos, Crawford propone, la supresión provisional del artículo 11 del Proyecto de artículos⁸⁴.

⁸⁰ Segundo informe sobre responsabilidad de los Estados, por James Crawford, relator especial (1999), Documento: A/CN.4/498 y Add., p.10.

⁸¹1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado. 2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

⁸² James Crawford, Primer informe...p. 33.

⁸³ *Ibid.*, pp. 53 y 54.

⁸⁴ James Crawford, Primer Informe... pp. 53 y 54.

Crawford también se refirió a la diferenciación de Ago respecto a las obligaciones de conducta, resultado y prevención señalando que la distinción de estas obligaciones transgredía el límite entre reglas primarias y secundarias. Crawford cuestiona el enfoque del Artículo 16, en su criterio, puede surgir un problema en caso de que “el derecho internacional general [deba resolver] una contradicción entre dos o más obligaciones internacionales que están o han estado vigentes respecto de un Estado, la prevalencia de una de estas obligaciones no haya sido específicamente prevista en acuerdo internacional, considerando además que la Convención de Viena no prevé la nulidad de un Tratado por su incompatibilidad con otro, por lo que, el derecho internacional no se podía aducir como excusa para el incumplimiento de una obligación contraída⁸⁵.

Todos esos factores, habrían contribuido a la eliminación del proyecto de artículos del estándar de debida diligencia, tal como se hizo evidente en la reafirmación de la eliminación de las reglas primarias realizadas por la CDI en sus comentarios sobre el alcance del Artículo 2, en el que señala “[s]i la responsabilidad es ‘objetiva’ o ‘subjetiva’ en este sentido depende de las circunstancias, incluido el contenido de la obligación primaria en cuestión”⁸⁶.

Sin embargo, esto no significa que la noción de debida diligencia fuera eliminada por completo del proyecto de artículos, teniendo en cuenta que se la considera indirectamente en varios artículos del proyecto. Por ejemplo, en el artículo 14; en los comentarios de la CDI respecto a este artículo se determina que “[...] el Estado que presta asistencia sólo será responsable en la medida en que su propia conducta haya causado o contribuido al hecho internacionalmente ilícito”⁸⁷, es decir, que perfila una noción de diligencia debida.

La Responsabilidad de los Estados de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional

El año 1997, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que venía estudiando la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, determinó nombrar un Grupo de Trabajo que estudiara el tema y lo subdividió en dos partes: i) prevención de daños transfronterizos derivados de actividades peligrosas y ii) [responsabilidad internacional en caso de pérdidas derivadas de daños transfronterizos derivados de actividades peligrosas](#). En ese sentido, estudiamos la cuestión

⁸⁵ James Crawford, Segundo informe.... p.6.

⁸⁶ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos (2001), Documento: A/56/10, p 3.

⁸⁷ Responsabilidad de Los Estados Proyecto de Artículos, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, Documento: A/CN.4/L.600* 21 de agosto de 2000, Art.14.

Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas).

Ese mismo año, la Comisión nombro como relator especial al señor Pemmaraju Srenivasa Rao, para ver el tema. Así, entre 1998 y 2001 el relator especial presentó tres informes relacionados a esta temática que fueron analizados por la Comisión de Derecho Internacional. Finalmente, el 11 de mayo de 2001, la Comisión aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y 19 artículos. Posteriormente el proyecto de artículos fue sometido por la Comisión a la Asamblea General con la recomendación de que se elabore una convención en base a estos, sin embargo, la Asamblea General únicamente se limitó a expresar su reconocimiento por la valiosa labor realizada⁸⁸, quedando solo el proyecto.

El Proyecto de Artículos de la CDI plantea una reformulación de la obligación de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, pero no prohibidas por el derecho internacional, dicho enfoque según la Comisión tiene el objetivo de separar este tema del de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos⁸⁹.

Sus determinaciones se sustentan en la prevención. El Proyecto de Artículos también rescata la visión del principio 2 de la Declaración de Río, la opinión consultiva del asunto *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, que reconoce la prevención como parte del corpus de normas de derecho internacional, la Recomendación de la Comisión Burtland, entre otras⁹⁰.

Asimismo, el proyecto de artículos no contempla una obligación de resultado al referirse a la prevención de un acontecimiento. Al enunciar el principio de prevención, se sustenta en la máxima *sic utere tuo*, recogida de la Declaración de Estocolmo, señalando que el “El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”⁹¹.

Ese deber de conducta implica “actuar con debida diligencia”. En ese sentido, el Proyecto de Artículos es un poco más explícito que otras normas como la Convención de Nueva York al referirse a “las medidas” que debe tomar el Estado para prevenir el daño, por ejemplo, el Art. 9 señala que “Los Estados interesados **celebrarán consultas**, a petición de

⁸⁸ Resolución 56/82, del 18 de enero de 2002.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible”⁹².

Asimismo, el Artículo 10 cita una serie de factores que deben ser tomados en cuenta a fin de lograr equilibrio entre los intereses del Estado de origen y el que pueda resultar dañado⁹³, considerando por ejemplo: i) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible; ii) la importancia de la actividad; iii) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño; iv) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención; v) la viabilidad económica de la actividad y vi) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad⁹⁴.

En sus comentarios respecto al artículo 10 la CDI señala que “El objeto de este artículo es ofrecer alguna orientación a los Estados que han iniciado consultas tratando de lograr un equilibrio de intereses equitativo. Para alcanzar un equilibrio ese equilibrio “hay que determinar los hechos y sopesar todos los factores y circunstancias pertinentes...”⁹⁵

Posteriormente, explica el significado de los factores, señalando en síntesis que: a) en el primer factor “...se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o reducir al mínimo ese riesgo y la posibilidad de reparar el daño; b) en el segundo factor “se compara la importancia de la actividad en función de sus ventajas sociales, económicas y técnicas para el Estado de origen con el daño potencial para los Estados que puedan verse afectados” c) en el tercer factor, se compara...el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente; d) en el cuarto factor, se dispone que uno de los elementos que determinan la elección de medidas

⁹² *Ibid.* Art. 9.

⁹³ Artículo 10.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular: a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño; b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado; c) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente; d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención; e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad; f) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable. *Ibid.*

⁹⁴ Proyecto de artículos aprobado provisionalmente...Art. 10.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 173.

preventivas es la voluntad de los Estados que puedan resultar afectados de contribuir al costo de la prevención; e) en quinto lugar, introduce una serie de factores que han de compararse y tenerse en cuenta. La viabilidad económica de la actividad debe compararse con los costos de la prevención⁹⁶.

El costo de las medidas preventivas no debe ser tan alto que haga económicamente inviable la actividad. La viabilidad económica de la actividad debe evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento, realizarla por otros medios o sustituirla por otra actividad y f) los Estados deben tener en cuenta también las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en los Estados que puedan resultar afectados o en otras regiones⁹⁷.

Posteriormente, se refiere a las obligaciones que tiene un Estado tanto para prevenir el daño como para mitigarlo. En el caso de prevención está por ejemplo la obligación de notificar al otro Estado en caso de que la evaluación preliminar establezca que existe “riesgo de daño transfronterizo significativo” junto con la información técnica disponible, para que pueda evaluar el riesgo⁹⁸.

El Estado origen (es decir, donde se puede producir el daño), deberá suspender sus actividades por un plazo de seis meses, dando al otro Estado la facultad de pronunciarse al respecto. Posterior a este plazo, si no existiera respuesta del Estado posiblemente afectado, el Estado de origen no está obligado a seguir manteniendo en statu quo sus actividades, puesto que el otro Estado tampoco puede ejercer un derecho de veto sobre el mismo. Sin embargo, el Proyecto de artículos señala que ésta cuestión debería ser manejada en el marco de la “cooperación”, al respecto el artículo 9 especifica que los Estados deberían entrar en consultas y evaluar la situación conforme a los factores previstos en el Artículo 10 ya analizado⁹⁹.

En caso que el Estado de origen no notificara al otro Estado sobre la existencia de un riesgo porque este considerara que sus estudios preliminares no establecen la existencia del mismo, el Proyecto de Artículos prevé que el Estado posiblemente afectado, podrá solicitar al Estado de origen notificación sobre sus medidas planificadas, junto con una exposición documentada de éstas. Dicha solicitud podrá ir acompañada de una justificación de las

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 173 y 174.

⁹⁷ *Ibid.* p. 174.

⁹⁸ *Ibid.* artículos 9 y 11.

⁹⁹ *Ibid.* artículo 9.

razones en las que se funda el posible Estado afectado, pero solo en caso en que el Estado de origen se niegue a proporcionarle la notificación¹⁰⁰.

En ese caso el Estado de origen llegara a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación porque considera que sus actividades no cusan riesgo de daño, el Proyecto de Artículos señala que dicho Estado “informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclusión a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9”¹⁰¹.

Mientras esto ocurre, el Estado de origen del posible daño, deberá tomar “las medidas adecuadas y viables” para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable¹⁰². En los comentarios sobre el artículo 11, la CDI no especifica qué medidas debería adoptar el Estado de origen, sin embargo, se presume que éstas deberían estar orientadas a evitar o mitigar el riesgo de daño.

La otra obligación a que se refiere el Proyecto de Artículos es la obligación de informar. Esta obligación, sin embargo, a diferencia de la de notificar no se activa con la existencia del “riesgo de daño transfronterizo significativo”, más bien se activa después que ha iniciado la actividad planificada. No obstante, se presume que, aunque no lo refiere expresamente el Proyecto de Artículos, la medida planificada ha pasado los análisis de factibilidad sin la necesidad de que se hubiera identificado en ese proceso un “riesgo de daño”, por lo que no fue necesario notificar al otro Estado. Empero, el objetivo sigue siendo que durante la ejecución de la actividad continúe la prevención del daño o, en cualquier caso, la reducción al mínimo el riesgo de daño transfronterizo sensible¹⁰³.

En sus comentarios sobre el artículo 12 la CDI refiere que “El deber de prevención basado en el concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere un esfuerzo continuado. Ello significa que la diligencia debida no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse ésta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga. 3)

¹⁰⁰ *Ibid.*, artículos 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 171.

¹⁰² *Ibid.*, p. 171.

¹⁰³ *Ibid.*, artículo 12.

La información que se debe intercambiar, en virtud del artículo 12, será toda la que resulte útil, en el caso”¹⁰⁴.

No obstante, como se manifestó anteriormente, en sus comentarios la CDI aclara que la obligación de informar no necesariamente opera cuando exista el “riesgo de daño” sino que el Estado posiblemente afectado cuando “tenga alguna información que pueda ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen”. También señala que la información debe ser “oportuna”, es decir, que “el Estado, cuando tenga conocimiento de esa información, deberá informar rápidamente a los demás Estados a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas”¹⁰⁵.

A. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La noción de debida diligencia en las obligaciones de hacer y no hacer

Según José Lozano, la debida diligencia no tiene cabida en las obligaciones de no hacer, considerando que, en las obligaciones de este tipo, implican una abstracción de llevar a cabo determinadas acciones que de realizarse vulnerarían la propia obligación, Mientras que en el caso de las obligaciones de hacer “su cumplimiento deriva siempre de una conducta pasiva u omisión que en la práctica se concreta en un ilícito omisivo”, por ende, en estas, tiende a operar la debida diligencia¹⁰⁶.

La obligación de debida diligencia y la obligación de prevención

El proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, establecía en su artículo 23:

“Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional es la prevención, por su propia elección, de que se produzca un hecho determinado, sólo hay incumplimiento de esa obligación si, por la conducta adoptada, el Estado no logra ese resultado”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.* artículo 12.

¹⁰⁵ *Ibid.* pp.175 y176.

¹⁰⁶ Lozano Contreras J.F. (2005), La noción de la debida diligencia en la codificación y jurisprudencia internacionales, Alicante 2 Tesis Doctoral, p. 187.

¹⁰⁷ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos...Art. 23.

Como se puede advertir la naturaleza de la obligación está relacionada con que se consideren las acciones necesarias (preventivas) para procurar evitar que un determinado resultado ocurra, tal como lo ha manifestado la CDI en sus comentarios sobre el artículo 23:

*“...la indicación clave de incumplimiento de la obligación es la ocurrencia del evento, así como la no ocurrencia del evento es la indicación clave del cumplimiento de la obligación... **la no ocurrencia del evento es el resultado que el Estado está obligado a asegurar**, y es la ocurrencia del evento lo que determina que el resultado no ha sido alcanzado”¹⁰⁸.*

Crawford interpreta esta noción como, la obligación de los Estados de tomar todas las medidas razonables o necesarias para asegurar que el evento no ocurra, pero no como una garantía de que el mismo no ocurrirá. La determinación de si la “prevención” forma parte de la obligación de prevención o es del tipo de debida diligencia (que implica tomar todas las medidas apropiadas) fue discutida en el marco de la CDI, señalando, por un lado, que se trataba de una obligación de conducta mientras que otros decían que era una obligación de resultado. No obstante, el Proyecto de Artículos, no estableció si pertenece a una u otra forma, lo que derivó en que se eliminara el Proyecto de Artículo 23, y el texto final adoptado solo mencionara obligaciones de prevención en el contexto de los elementos temporales de incumplimiento¹⁰⁹.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, terminó definiendo la obligación de prevención, al señalar en su fallo del caso sobre el *Genocidio Bosnia* que:

“[E]s claro que la obligación en cuestión es de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede estar obligado a suceder, cualquiera que sean las circunstancias, en la prevención de la comisión del genocidio: la obligación de los Estados partes es más bien emplear todos los medios razonablemente a su alcance, a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque no se logra el resultado deseado; Sin embargo, se incurre en responsabilidad si el Estado manifiestamente no tomó todas las medidas para prevenir el genocidio que estaban a su alcance y que podrían haber contribuido a prevenir el genocidio”¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Ibid.* Art. 23.

¹⁰⁹ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado, Art. 14 y sus comentarios. Citado por Crawford J.(2013). *State Responsibility*, Ed. Cambridge.

¹¹⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, párr. 430.

Como se puede advertir, para la Corte un Estado solo es responsable por el incumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio, si este se cometió realmente, lo que distingue una vez más de la obligación de debida diligencia. Para la Corte en ese caso, la obligación del Estado de “prevenir” y el correspondiente deber de actuar surge cuando el Estado se entera o debió tener conocimiento de la existencia de un “riesgo grave” de que se cometería el genocidio. En ese momento está obligado a disponer los medios susceptibles para lograr un efecto disuasorio sobre los sospechosos de preparar un genocidio. No obstante, no será responsable de incumplir la obligación de prevención si no se da ese riesgo¹¹¹.

En el caso de la obligación de debida diligencia sin embargo, el Estado sería responsable por no disponer las medidas susceptibles de evitar el riesgo inclusive si hubiera o no surgido el “riesgo grave” a diferencia de la obligación de “prevención” que solo se habilita ante la existencia del riesgo. En ese marco, Crawford concluye que, si bien en este caso “la Corte reconoció que la debida diligencia es un factor importante en el cumplimiento de la obligación de prevención, esta última no puede ser catalogada como una obligación de debida diligencia per se, porque tal obligación sería incumplida por la falta de acción de un estado parte, independientemente de si el evento prohibido de hecho tuvo lugar”¹¹².

Obligaciones internacionales de represión o castigo

En este caso los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por no reprimir actos lesivos contra bienes o intereses internacionalmente protegidos. Es un principio fundamental de los deberes del Estado el “proteger los derechos humanos”, en ese marco, la Organización de Naciones Unidas con el fin de “proteger, respetar y remediar” elaboró unos principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, publicados el año 2011 y considerados por el Consejo de Derechos Humanos de acuerdo a resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Uno de los primeros principios destacados entre los redactores, está el “deber del Estado de proteger los derechos humanos” que establece lo siguiente:

“1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y

¹¹¹ *Application...* párr. 431-431.

¹¹² J. Crawford... p. 126.

*reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”*¹¹³.

En ese marco, la obligación de “proteger” conlleva dos cuestiones, por un lado, los Estados deben reprimir y por otra deben “castigar” las violaciones a derechos humanos. Asimismo, en los comentarios sobre dicho principio, Naciones Unidas señala que se trata de una obligación de conducta, teniendo en cuenta que los Estados no son responsables de las violaciones cometidas por agentes privados en si. No obstante, pueden resultar culpables cuando se les puedan atribuir esas violaciones o cuando no adopten las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados, orientando así la obligación a medir la conducta del Estado para determinar si la misma, ha sido incumplida¹¹⁴.

Con el objetivo de cumplir la obligación de protección, entre los principios rectores, Naciones Unidas también considera “principios operativos” en los que se establecen las funciones reglamentarias y normativas del Estado, siendo estas: i) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos; ii) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas; iii) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades y; iv) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”¹¹⁵.

Obligaciones de actividad y resultado

Rodríguez Carrión, divide a las obligaciones en obligaciones de conducta, es decir, aquellas que pueden implicar una acción o una omisión de una actividad específica, y obligaciones de resultado, aquellas que implican la obtención o prevención de un objetivo, teniendo el estado la opción de elegir los medios para dicho fin¹¹⁶.

Asimismo, los proyectos de artículos 20 y 21 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, hacen la distinción entre una y otra obligación. El Artículo 20 señala refiriéndose a la *obligación de conducta*, que hay responsabilidad internacional cuando no se cumple con la adopción de un determinado curso de conducta que le exige la obligación internacional. Mientras que, en el caso de la *obligación de resultado*, el Art. 21 refiere la

¹¹³ Organización de Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011), [publicado por Naciones Unidas], p.3.

¹¹⁴ *Ibid.*, p.3.

¹¹⁵ *Ibid.* p.5

¹¹⁶ Rodríguez Carrión A.J. (1998) Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.p. 353.

existencia de dos prerrogativas para la existencia de responsabilidad internacional en este tipo de obligación. Por un lado, está la noción de que hay responsabilidad si por “una violación por un Estado de una obligación internacional que le exige lograr, por su propia elección, un resultado específico si, mediante la conducta adoptada, el Estado no logra el resultado que le exige esa obligación”¹¹⁷.

Por otro lado, hay responsabilidad cuando “la conducta del Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de ella exige una obligación internacional, pero la obligación permite que ese resultado u otro equivalente pueda, no obstante, lograrse mediante la conducta ulterior del Estado, hay un incumplimiento de la obligación sólo si el Estado tampoco logra por su conducta posterior el resultado que le exige esa obligación”¹¹⁸.

Es decir, que el Estado resulta ser responsable únicamente si el Estado a pesar de haber una conducta distinta a la que establece la obligación, no logra el resultado que le exige esa obligación, con su conducta posterior.

¹¹⁷ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos (2001), Documento: A/56/10, Art.20 y 21.

¹¹⁸ *Ibid.*, Art.20 y 21

B. NATURALEZA Y CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA

La determinación del nivel de diligencia que el Estado debe adoptar para que no se configure su responsabilidad, es una cuestión que todavía no ha sido resuelta. Hasta el momento, no se ha podido establecer ni en la práctica ni en la doctrina cuál es ese verdadero alcance. En ese marco, la labor de determinar ese alcance en cada caso particular, la han tenido los órganos de arreglo de controversias.

Según Jose F. Lozano Contreras, existen dos formas en las que en el Derecho Internacional se le exige al Estado considerar el cumplimiento de dicha obligación: Por un lado, está la idea de que al Estado se le exija ejercitar la misma diligencia que utiliza normalmente en sus asuntos internos o frente a sus ciudadanos *diligentia quantum in suis*. Por otro lado, cabe la posibilidad de que se le exija al Estado, el cumplimiento de un estándar mínimo internacional de diligencia *due diligence*¹¹⁹.

Para analizar la primera forma de interpretar la obligación de debida diligencia, una vez más nos remitimos a la concepción desarrollada para dicho estándar en el marco de la neutralidad de los Estados en caso de guerra. Así, los artículos 8 y 25 de la Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima, establecen:

“Art. 8. Un Gobierno neutral está obligado a usar de todos los medios de que disponga para impedir que en su jurisdicción se equipe o se arme cualquier navío de que haya motivos razonables para creerlo destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles contra una potencia con la cual esté en paz. También está obligado a desplegar la misma vigilancia para impedir que parta de su jurisdicción todo navío destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles y que dentro de dicha jurisdicción haya sido adaptado en todo o en parte para los fines de la guerra”.

“Art. 25. Una potencia neutral está obligada a ejercer la vigilancia que le permitan los medios de que disponga para impedir en sus puertos, radas y aguas toda violación de las disposiciones precedente”.

De la lectura de estos artículos se puede advertir que el grado de diligencia requerido, está vinculado a los medios de los que el Estado dispone, a diferencia de la noción de “debida diligencia” que analizaremos *infra*, en la que las circunstancias del caso particular toman relevancia.

¹¹⁹J.F. Lozano Contreras, “La noción de la debida diligencia.....p. 227.

Esta noción ha sido refrendada por jueces y Tribunales, así por ejemplo el Juez Max Huber trasladó su aplicación a la protección de la persona y bienes de los extranjeros. En el caso *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español (1925)* señaló que:

“...el problema de la negligencia del Estado para prevenir actos que puedan entrar en conflicto con él, a saber, el ámbito de la neutralidad en tiempo de guerra marítima, se ha terminado al reconocer que el Estado sólo está obligado a ejercer el grado de vigilancia que corresponda a los medios de que disponga. Requerir que estos medios estén a la altura de las circunstancias, estaría imponiendo al Estado cargas que a menudo no podría cumplir. Tampoco podía imponerse la tesis de que la vigilancia a ejercer debe corresponder a la importancia de los intereses en juego. La vigilancia que, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado está obligado a garantizar, puede caracterizarse aplicando por analogía un término del derecho romano, como es el de diligencia quam in suis”¹²⁰.

Asimismo, señala:

“...la responsabilidad del Estado puede verse comprometida en las situaciones de que se trata, no sólo por la falta de vigilancia en la prevención de los actos lesivos, sino también por la falta de diligencia en la persecución penal de los perpetradores, así como en la aplicación de las sanciones civiles correspondientes...”¹²¹.

Es decir, que la jurisprudencia en este caso no solo determinó que el estándar de debida diligencia no solo debía interpretarse de acuerdo a los medios que el Estado disponga, sino que, la misma lógica ahora debía aplicarse a los supuestos relacionados con la obligación internacional de reprimir los hechos lesivos objetos de juicio¹²² y ya no solo en el marco de la neutralidad como antes.

Lozano Cotreras señala que esta forma de interpretación también ha sido considerada en la práctica de los Estados, aunque resalta que no fue muy acogida en la doctrina, lo que a su criterio se explica considerando que tanto en lo que se refiere a las obligaciones de prevención como de represión condiciona bastante la labor interpretativa del juez internacional¹²³.

En relación a la interpretación del estándar utilizando el criterio de “debida diligencia”, nos cabe considerar que en el análisis de la jurisprudencia se puede advertir cómo han tratado

¹²⁰ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume Uni)* párr. 4

¹²¹ *Ibid.* párr. 6

¹²² J.F. Lozano Contreras, “La noción de la debida p. 231

¹²³ *Ibid.*, p. 231.

esta noción algunos Tribunales Internacionales como, por ejemplo, en el caso *Alabama*, el Tribunal arbitral estableció que:

“La “debida diligencia” a que se refieren la primera y la tercera de dichas normas debe emplearse por los gobiernos neutrales en razón directa de los riesgos a los cuales puede estar expuesto cualquiera de los beligerantes, a consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones de la neutralidad por aquéllos”¹²⁴.

Es decir, que para el Tribunal, los Estados deben cumplir una diligencia específica, orientada a evitar que determinada circunstancia concorra, aunque ello dependerá del objeto de la controversia que se debe concretar la conducta del Estado. Así el Tribunal estableció que el nivel de diligencia debía estar acorde a los riesgos a los que los Estados beligerantes podrían estar expuestos.

C. LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Origen

La noción de protección del medio ambiente surgió con mayor fuerza en la década de 1990, y es en ese marco, donde más se desarrolló también el estándar de debida diligencia en el ámbito medioambiental. Sin embargo, existen algunos antecedentes pasados que han contribuido a su desarrollo, como ser precedentes judiciales, práctica estatal y normas internacionales. En este acápite nos referiremos brevemente a dichos antecedentes, empero, enfocaremos más el análisis en el desarrollo del estándar de diligencia en el marco de la noción de protección del medio ambiente.

En un principio, el deber de diligencia surgió como una salvaguardia legal contra la posibilidad de que un ejercicio negligente de la soberanía pudiera resultar en daño a los intereses de otros estados, como se pudo advertir en el análisis del caso *Alabama*.. Sin embargo, esa noción se transformó con el tiempo, adoptándose el enfoque de “protección al medio ambiente”.

Un antecedente de esa transformación aunque todavía no consolidada, lo constituye la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano que en 1972 establecía en su principio 21: “los Estados...tienen la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”¹²⁵. Esta cuestión sería

¹²⁴ *The Alabama Arbitration, Philadelphia, 1990, pp.1-38.*

¹²⁵ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, (Aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, el 16 de junio 1972), Principio 21.

por fin reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva respecto al caso *Armas nucleares* en 1996¹²⁶.

Esa transformación también puede advertirse en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que en su principio 2 señala que 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 zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”¹²⁷. Asimismo, en su principio 15 establece que los Estados “deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”¹²⁸. Como se puede ver la Declaración está orientando la debida diligencia de los Estados hacia la “protección del medio ambiente”.

Del análisis de estos antecedentes, se puede deducir cómo está formulado en la normativa medioambiental el deber de debida diligencia. Queda claro en primera instancia que, el objetivo es la “protección del medio ambiente”, no obstante, dicha protección fue enfocada en dos grandes parámetros según del Profesor Viñuales: i) la prevención y ii) la debida diligencia. La primera, prevención tiene las siguientes características: i) Solo se refiere a cierta magnitud de daño; ii) la acción/inacción que resulta en daño o riesgo, podría constituir potencialmente un incumplimiento del deber de diligencia debida¹²⁹.

Características

Por su parte el deber de debida diligencia tiene las siguientes características: i) Se aplica a varios tipos de daños y riesgos distintos del daño ambiental o el riesgo del mismo; ii) la acción/inacción que resulta en daño o riesgo para el medio ambiente pero que es por debajo del umbral de importancia requerido para desencadenar un incumplimiento del principio de prevención sigue estando regido por (y podría constituir potencialmente un incumplimiento del deber de diligencia debida; iii) se puede exigir o autorizar a un Estado,

¹²⁶ En su opinión consultiva la Corte señaló: “La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas fuera del control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional relacionado con el medio ambiente”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, párr. 29.*

¹²⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Río de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Principio 2.

¹²⁸ *Ibid.*, Principio 15.

¹²⁹ Krieger H, Peters A. And Kreuzer L. (2020) Due diligence in the international legal order, United States of America, Ed. OXFORD., p. 116.

bajo el deber de diligencia debida, a tomar medidas cautelares incluso en ausencia de certeza científica sobre la existencia de riesgo de daño significativo¹³⁰.

A pesar de estas diferencias, Viñuales considera que “la operación de la diligencia debida y la prevención en un contexto ambiental se superponen”, en ese sentido, el deber de diligencia debida se basa en el principio de prevención, que encuentra expresión en varias otras normas de derecho medioambiental¹³¹.

Titulares del deber

Son titulares del deber de debida diligencia y el deber de prevención los Estados, y todas las autoridades, también son titulares algunas organizaciones internacionales a quienes se les ha encomendado, y han asumido efectivamente, el desempeño de algunas actividades estatales (por ejemplo, la regulación de la pesca)¹³². Viñuales señala que también otros sujetos del derecho internacional son titulares del cumplimiento de estas obligaciones como ser pueblos y grupos indígenas, tribales y otros sujetos como empresas multinacionales hasta personas físicas. Sin embargo, reconoce que no hay acuerdo respecto a señalar como responsables a estos sujetos y señala que el asunto aún no está resuelto¹³³.

Titulares del derecho

Por otro lado, se debe considerar quienes son los titulares de estos derechos. Para Viñuales existen dos categorías de derechos y titulares de derechos. En la primera están los derechos derivados técnicamente del principio de prevención y en segundo lugar están aquellos otros derechos derivados del ya sea deber más amplio de diligencia debida o de otras obligaciones que presentan una simbiosis similar con el principio de prevención¹³⁴. Viñuales considera que la segunda categoría cobra mayor relevancia en la protección de los titulares de derechos ya sean sujetos (las generaciones futuras) u objetos (el medio ambiente que no es sujeto de derechos), puesto que contiene una amplia gama de derechos como por ejemplo: el acceso a la información ambiental, la participación en la toma de decisiones

¹³⁰ *Ibid.* p. 117.

¹³¹ *Ibid.* p. 121.

¹³² Por ejemplo, en el caso del derecho del mar “una organización internacional que en un asunto de su competencia, contrae una obligación, cuyo cumplimiento depende de la conducta de sus Estados miembros, puede ser considerada responsable si un Estado miembro no cumple con tal obligación y la organización no cumplió con su obligación de “debida diligencia”. *ITLOS, Solicitud de una opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca (SRFC), Opinión consultiva del 2 de abril de 2015, ITLOS Reports 2015, 4, párr. 168.*

¹³³ *Ibid.*, p.118.

¹³⁴ *Ibid.* p.119.

ambientales, el acceso a la justicia y la libertad de expresión y de asociación, porque no derivan o dependen específicamente de la obligación de prevención¹³⁵.

En cuanto a la primera categoría que abarca el principio de prevención, se debe tomar en cuenta que en la jurisprudencia los Tribunales han reconocido dos clases de derechos que tienen los titulares: i) la realización de un estudio de impacto ambiental y ii) la notificación y consulta en determinadas situaciones, convirtiéndose así en específicamente exigibles. Mientras que en el caso de la obligación de debida diligencia, no está completamente libre de restricciones, es decir, más allá de las dos medidas exigibles específicas. Ya refiriéndonos a los titulares de derechos en la primera categoría se puede decir que son los Estados¹³⁶.

Conducta cubierta

Por otra parte, debemos referirnos al tipo de conducta cubierta, siendo esta “Cualquier acción/inacción por parte del titular de la obligación (estados, organizaciones internacionales y posiblemente otros sujetos de derecho internacional) que pueda generar un daño ambiental significativo o el riesgo de causarlo en otro estado o en un área más allá de su jurisdicción nacional¹³⁷”.

También se debe considerar que se espera lograr con la obligación de debida diligencia y el principio de prevención, Viñuales señala que los parámetros del deber son los siguientes: i) el resultado no solo implica prevenir un resultado materialmente negativo ('daño') sino también el 'riesgo' del mismo, en ese sentido, la mera generación puede activar los derechos y obligaciones a los que nos referimos anteriormente; ii) en el caso del principio de prevención sólo los daños, perjuicios o riesgos de cierta magnitud (“materiales” o “significativos”)¹³⁸ se rigen por este principio; iii) la cuestión de incertidumbre sobre el riesgo, está más allá de la prevención, en consecuencia para que entre en juego ésta, se requiere

¹³⁵ *Ibid.*, p.118, 119.

¹³⁶ *Ibid.*, p.120.

¹³⁷ *Ibid.*, p.122.

¹³⁸ La noción de lo que se entiende por “significativo” ha sido considerado por ejemplo en la codificación del derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos a la navegación, entendiendo la CDI que “el término “apreciable” tiene una mayor connotación cuantitativa que el término “perceptible”, que se podría interpretar como sólo apenas detectable. “Apreciable” tiene una menor connotación cuantitativa que los términos ‘grave’ o ‘sustancial’. Asimismo, acogió la definición de la UNEP respecto a la expresión “afectar sensiblemente” que señala: “quiere decir “a todos los efectos apreciables sobre un recurso natural compartido y excluye los efectos de minimis”. Ver: Tercer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la navegación, por el Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial (1981), Documento: A/CN.4/348. p. 122. Por su parte, los Tribunales han concluido que se refieren al perjuicio que tenga cierta gravedad.

que exista una probabilidad confiable de riesgo y iv) el principio de prevención se aplica al daño ambiental en general, independientemente del lugar donde ocurra¹³⁹.

Parámetros para establecer el incumplimiento

Entre los parámetros para determinar si se incumplió la obligación tendría las siguientes etapas: i) la adopción de medidas; ii) la ejecución de medidas; y iii) la ocurrencia del resultado negativo¹⁴⁰. Respecto a la primera cuestión algunos casos de jurisprudencia de la CIJ nos dan algunas luces. En el caso *Pulp Mills*, la Corte estableció que los Estados debían “no sólo [debían] adoptar normas y medidas adecuadas, sino también un cierto grado de vigilancia en su aplicación y el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, como el seguimiento de las actividades realizadas por tales operadores, para salvaguardar los derechos de la otra parte”¹⁴¹. La ejecución de medidas debe también cumplir con otros parámetros como por ejemplo la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental para establecer el grado de riesgo de daño significativo, la información sobre los proyectos, no obstante, a pesar de todo ello, cabe la posibilidad de que el daño ocurra en cuyo caso el Estado debería tomar medidas para mitigarlo.

El grado de diligencia requerido

Respecto a este punto el profesor Viñuales se ha referido a tres corrientes: i) la que se refiere a la gravedad del resultado; ii) capacidades y iii) circunstancias históricas. La primera implica que un Estado deba actuar con debida diligencia de acuerdo con la gravedad del resultado resultante de la negligencia. La segunda está relacionada con las capacidades de desarrollo, no desarrollo, así como sus facultades económicas y políticas sobre medio ambiente, aunque la cuestión todavía no ha quedado resuelta. La tercera y última tiene que ver con el momento histórico específico en el que se evalúa, con sus circunstancias¹⁴².

¹³⁹Krieguer, A. Peters and L. Kreuzer, ... p. 123-124

¹⁴⁰ Ibid., p.123, para. 197.

¹⁴¹*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010,), para. 197

¹⁴² Krieguer, A. Peters...pp. 124,125,126.

D. LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL MACO DE LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS A LA NAVEGACION

La inclusión del estándar en la codificación del derecho de los usos de los cursos de agua

En 1993, el relator especial Robert Rosentock reemplazó al relator Stephen McCaffrey en la tarea de la codificación sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales, dicho relator, presentó su primer reporte ese mismo año. En dicho documento resalta las observaciones realizadas por la Comisión respecto a los artículos 5 y 7 donde destaca las siguientes observaciones: i) Se sugería la eliminación del Art. 7 o que se diera mayor peso al principio de utilización equitativa y razonable y se hiciera del principio equitativo y razonable prácticamente el único criterio de utilización, es decir, que se subordine el artículo 7 al artículo 5.; ii) los casos constituirían prueba de un uso implícitamente no equitativo ni razonable y, de manera tácita o expresa, subordinarían el artículo 5 al artículo 7 y, iii) El texto actual de los propios artículos no dejaba de ser ambiguo en lo que respecta a esta cuestión crucial y en lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad de los Estados en los que se origina el daño. En ese contexto, el relator especial proponía la revisión del Art. 7¹⁴³.

El resultado de dicha revisión sería según el relator especial, un régimen en el que el principio de uso equitativo y razonable sea el criterio determinante de utilización del curso de agua, no obstante, el relator proponía una excepción en caso de contaminación, en el cual el artículo 5 quedaba subordinado al artículo 7, pero dicha subordinación podría revocarse si se demostraba claramente que se dieron circunstancias extraordinarias, es decir, en la práctica, una presunción refutable¹⁴⁴.

Posteriormente, a raíz de que existían todavía algunas observaciones sobre el artículo 7, el relator especial presentó un segundo informe en el que hizo algunas modificaciones del artículo 7, manteniendo la obligación de debida diligencia y de no causar daño significativo como criterios de uso de los cursos de agua internacionales y subordinando el artículo 5 (uso equitativo y razonable) al artículo 7 (obligación de no causar daño significativo)¹⁴⁵. Dicha

¹⁴³ Primer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial (1993), Documento: A/CN.4/451. p. 206.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 206.

¹⁴⁵ En su Segundo Reporte el Relator Especial propuso el siguiente proyecto de artículo "Los Estados del curso de agua ejercerán la debida diligencia para utilizar un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo de manera que no se causen daños sensibles* a otros Estados del curso de

propuesta también fue objeto de varias observaciones en los debates de la Comisión, sin embargo, fue remitido al Comité de redacción en 1993¹⁴⁶.

El proyecto de artículos de 1994

Posteriormente, en 1994 la Comisión de Derecho Internacional emitió su proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación. En dicho Proyecto, se advierte que en el artículo 7 determina lo siguiente:

“Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles

1. Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

2. Cuando, a pesar del ejercicio de la diligencia debida, se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso cause los daños deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, consultar con el Estado que sufra dichos daños acerca de:

a) La medida en que ese uso es equitativo y razonable teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6;

b) La cuestión de los ajustes especiales de su utilización, destinados a eliminar o mitigar los daños causados, y, cuando proceda, la cuestión de la indemnización”¹⁴⁷.

Del análisis de este proyecto de artículos se advierte que contempla la debida diligencia como estándar de conducta que deben cumplir los Estados con el objeto de no causar daño sensible. En los comentarios relativos al mismo, la Comisión aclara que dicho estándar u obligación “fija el umbral de la actividad legítima del Estado. [el cual] No tiene por

agua, si no hay acuerdo entre ellos, salvo los que sean permisibles con arreglo a un uso equitativo y razonable del curso de agua o del acuífero. Se presumirá que un uso que cause daños sensibles* en forma de contaminación es un uso no equitativo ni razonable a menos que: a) Se demuestre claramente la existencia de circunstancias especiales que indiquen una necesidad perentoria de realizar un ajuste especial; y b) No haya un peligro inminente para la salud y la seguridad de las personas”.

Segundo Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial, 21 de abril de 1994, Documento: A/CN.4/462.

¹⁴⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1993), vol. I, 2316. a sesión, párr. 87.

¹⁴⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994) Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2), p.110.

objeto garantizar que al utilizar un curso de agua internacional no se produzca un daño sensible¹⁴⁸, es decir, se trata de una obligación de conducta no de resultado¹⁴⁹.

La Comisión proporciona una explicación de lo que implica esta situación al señalar que “puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando: i) de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, ii) de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos”¹⁵⁰.

La Comisión no especifica cómo se calificaría o establecería “la intención o negligencia” del Estado, aparentemente la determinación de estas cuestiones está librada a las circunstancias y el contexto particular que se presente en cada caso.

Asimismo, se puede observar que la Comisión rescató la noción general que forma parte del estándar –el que el Estado impida que otros en su territorio causen el hecho, es decir, el daño- aunque no especifica como se ha hecho en otros ámbitos del derecho, quienes son los sujetos objeto de su regulación, solo los Estados o también empresas privadas u otros, por lo menos no identifica este aspecto en el Proyecto de Artículos¹⁵¹.

Por otro lado, cabe considerar que, en sus comentarios respecto al artículo 7, la Comisión proporciona algunos parámetros sobre cuándo podría considerarse que el Estado incumplió la obligación de debida diligencia, por ejemplo, “el Estado puede ser responsable de no promulgar la legislación necesaria; de no hacer cumplir las leyes; de no impedir o poner término a una actividad ilegal, o de no castigar a la persona responsable de la misma”¹⁵². No obstante, no cierra la de que existan otras formas de configurar la responsabilidad del Estado.

Otro factor al que la comisión se refiere para que exista la responsabilidad del Estado, es el “conocimiento”. Al respecto la Comisión señala que “un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua”¹⁵³.

¹⁴⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1993), vol. I, 2316. a sesión, párr. 87.

¹⁴⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994) Document: /CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2) p.110

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵² *Ibid.* p.110.

¹⁵³ *Ibid.*, p.111.

Por otro lado, la Comisión considera que en caso de que pese a actuar con debida diligencia se produzca el daño sensible, los Estados deben entrar en consultas a objeto de eliminar o mitigar los daños causados, y, cuando proceda, la cuestión de la indemnización.

El procedimiento para ingresar en consultas se identifica en el párrafo 18 de los comentarios respecto al artículo 7, que especifica que las consultas deben realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares e incluirían, además, los factores pertinentes¹⁵⁴. No obstante, cita algunos en particular como ser: i) La medida en que los ajustes son económicamente viables, ii) la medida en que el Estado lesionado obtendría también beneficios de la actividad en cuestión; iii) el control de las inundaciones, la mejora de la navegación, entre otros¹⁵⁵.

El “daño” es considerado en el análisis de la CDI como un detrimento a los intereses de otro Estado, aunque dependiendo de la circunstancia no necesariamente califica como un acto ilícito y no necesariamente está relacionado con el daño al medio ambiente. Si el Estado de origen del daño actuó con debida diligencia y aun así se produjo este, el daño no es considerado como un acto ilícito por parte del Estado de origen. En ese caso, la “indemnización” es considerada como una forma de “equilibrio de los intereses” entre ribereños.

Dicha noción consiste en que ante la situación en que (no todos los Estados del curso de agua puedan obtener todo el provecho que razonablemente cabía esperar de su explotación del curso de agua), se genera la necesidad de realizar algunos ajustes o adaptaciones para salvaguardar la igualdad de derechos prevista por el principio de uso equitativo y razonable, por lo cual, se recomienda la celebración de consultas, negociaciones y en el mayor de los casos acuerdos¹⁵⁶. En ese entendido, la negociación y acuerdo de una “indemnización” puede ser considerada como un modo de hallar un equilibrio en el uso de los ribereños en caso de un conflicto de usos del curso de agua.

¹⁵⁴ Se refiere a los factores previstos en el artículo 6 que también coadyuvan a establecer el uso equitativo, aunque no de forma limitativa.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.112.

¹⁵⁶ La CDI señala que “Es una obligación de conducta, no de resultado. Ella implica que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos” *Ibid.*, p.110.

Su discusión por parte de la Asamblea de la ONU y la adopción de la Convención de Nueva York

Una vez emitido en 1994 el Proyecto de Artículos sobre los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación por parte de la CDI, la Segunda Parte del Proyecto que consta de los artículos 1-10, fue sometido a debate en las sesiones del Grupo Plenario de Trabajo de la Asamblea General de Naciones Unidas. En dichos debates, el artículo 7 fue bastante criticado y observado. Las observaciones se centraron principalmente en los siguientes puntos¹⁵⁷: a) el proyecto no es claro considerando que es difícil comprender cómo se puede considerar que si un acto se realizó de manera equitativa o razonable no se lo ejerció con diligencia debida; b) la noción de la diligencia debida y la norma de no causar daño, introduce un criterio subjetivo.

A pesar de los esfuerzos por subsanar estas observaciones, la Convención fue finalmente aprobada el 21 de mayo de 1997¹⁵⁸, sin considerar muy en el fondo dichas observaciones, empero, en la redacción final del artículo 7 se eliminó el término “debida diligencia” señalando sólo que los Estados deben tomar “todas las medidas apropiadas para evitar que se causen daños sensibles”

La Convención de Nueva York, considera la obligación de debida diligencia tanto para las obligaciones sustantivas como procedimentales, implicando que: a) El Estado debe abstenerse de acciones que puedan causar daño significativo, b) el daño significativo se puede dar aun cuando el Estado use el curso de agua conforme el principio de uso equitativo y razonable, c) el Estado debe haber hecho todo lo que se esperaba de el para evitar el daño significativo, d) la carga de la prueba debe recaer en el Estado de origen para demostrar que actuó con debida diligencia y c) se trata de una obligación de conducta no de resultado.

¹⁵⁷ Acta Resumida De La 16ª SESIÓN, 9 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.16; Acta Resumida de la 17ª Sesión, 1 de octubre de 1997, Documento: A/C.6/51/SR.17; Acta Resumida de la 18ª Sesión, 10 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.18; Acta Resumida de la 19ª Sesión de 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.19; Acta Resumida de la 20 Sesión de 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.20.

¹⁵⁸ Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua ..., Artículo 7.

CAPÍTULO III. LA OBLIGACIÓN DE NO CAUSAR DAÑO SIGNIFICATIVO ART. 7 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Como se pudo advertir en el capítulo II, fue el relator Rosentock quien el año 1993 introdujo dentro de la redacción del artículo 7 la debida diligencia como un estándar de conducta de los Estados del curso de agua para evitar el daño significativo. Sin embargo, la forma en que interactúa con la obligación de no causar daño, todavía no está clara del todo. En ese marco, el presente capítulo tiene objeto establecer los parámetros de la obligación de no causar daño significativo previstos en el artículo 7 de la Convención de Nueva York y la interacción del estándar de debida diligencia como fundamento del cumplimiento de esta obligación. Para el efecto, se desarrolla un análisis del origen de la norma básica (*sic utere tuo alienum non laedas*) en que se sustenta la obligación, para posteriormente proseguir con el análisis de su desarrollo en el derecho internacional y su correspondiente codificación en la Convención de Nueva York, a partir del proceso iniciado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

Este análisis, permitirá conocer el fundamento en el que la CDI sustentó su labor, para determinar el estándar de conducta respectivo que debería regir el cumplimiento de la obligación de no causar daño significativo previsto en el Artículo 7 de la Convención, así como la naturaleza de la obligación.

3.1 La obligación de no causar daño significativo

Esta obligación está contenida en el artículo 7 de la Convención de Nueva York y constituye uno de las normas sustantivas en las que se funda el uso de los cursos de agua internacionales. El artículo 7 de la Convención establece lo siguiente:

“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*¹⁵⁹.

Origen

Esta norma se funda en la máxima latina (*sic utere tuo ut alienum non laedas*- usa tu propiedad de tal manera que no perjudique a la de otro). Uno de sus orígenes más antiguos se remonta al Derecho Romano. Así, se advierte que, en las Doce Tabas, la Tabla VIII establecía que “Cuando la lluvia cae sobre la tierra de una persona en tal cantidad que hace elevarse las aguas y causar perjuicio a la propiedad de otro, el pretor designará a tres árbitros con el fin de contener las aguas y amparar contra el perjuicio a la otra parte”¹⁶⁰.

Asimismo, el libro XXXIX, título III, respecto del derecho a obligar a un vecino a ocuparse del agua y el agua de lluvia, del Digesto de Justiniano¹⁶¹. En el Digesto, libro VII, título III, sección 17 (Papirius Justus, sobre las constituciones, libro I), se dice que un rescripto de los emperadores Antonino y Vero precisa que “cuando se toma agua de un río público con el fin de regar los campos, se la debe dividir en proporción a la superficie de éstos, salvo que alguien pueda probar que, en virtud de un privilegio especial, tiene derecho a un mayor caudal”, y que “a una parte sólo se le debiera permitir conducir agua donde esto pueda hacerse sin perjuicio para otros”¹⁶².

En este marco, el significado del principio *sic utere tuo* en el Derecho Romano, muestra la noción de “protección del vecino”, basado en la equidad es decir, que la acción u omisión de un vecino no le cause perjuicio en el disfrute de su derecho propietario al otro vecino.

Por otro lado, este principio ha sido invocado en algunos casos anglo-americanos, en el derecho civil de algunas normas internas, en los sistemas de derecho común o *common law*, así como en sistemas legales del sistema islámico o de derecho judío.

Cabe considerar también que la máxima en la que se sustenta el principio básico ha sido entendida por algunos comentaristas como una protección contra el “abuso de derechos” o como “buena vecindad”, para ellos en su aplicación, la máxima aparece como la fundamentación del concepto de abuso de derechos, pero la mayor parte de las veces como

¹⁵⁹ Convention on the Law...Art. 7.

¹⁶⁰ *The Civil Law, trad, inglesa de S. P. Scott, éd., Cincinnati (Ohio), Central Trust Co., 1932, vol. 1, pág. 72.]*

¹⁶¹ *Ibid.*, vol. 9, p. 3 a 17), y el libro III, título XXXIV, del Código de Justiniano, respecto de las servidumbres y el agua, etc.

¹⁶² *Ibid.*, vol. 3, p. 295.

el concepto de buen vecino. Se cree que entendida como un “abuso de derechos” la máxima ha contribuido a restringir en parte los derechos territoriales de los Estados, pero también para garantizar la igualdad de derechos entre Estados.

En este marco, la idea principal es que el uso del territorio de los Estados está limitado por los derechos de los otros Estados a no ser perjudicados en el uso de sus territorios. No obstante, ello no implica que los Estados no deban tolerar ciertas interferencias y el deber de coexistir con sus Estados vecinos.

Desarrollo en el ámbito del derecho

Su aparición más reciente en el ámbito jurídico se remonta a la década de 1940, en la interpretación de algunos Tribunales Internacionales como por ejemplo en el caso del Arbitraje de *Trail Smelter*¹⁶³ cuando Tribunal señaló:

*“[...] conforme a los principios del derecho internacional, así como del derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho a usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que cause daño por emanaciones en o al territorio de otro o a las propiedades o personas en él, cuando el caso es de consecuencias graves y el daño está establecido por una clara y convincente evidencia”*¹⁶⁴.

Asimismo, en el caso del *Canal de Corfú*¹⁶⁵, la Corte Internacional de Justicia confirmó el principio de que un Estado tiene responsabilidad por actos contrarios al derecho Internacional que ocurrieron en el territorio de un Estado y resultaron en injuria a la otra Parte¹⁶⁶.

Por otro lado, la aplicación de esta máxima en el ámbito de los cursos de aguas, fue considerada por dos escuelas no gubernamentales de Derecho Internacional, como ser el

¹⁶³ Se refiere a las reclamaciones de Estados Unidos a Canadá por las emisiones de una fundidora de zinc y plomo ubicado en el poblado de Trail, los cuales causaron daño a un número considerable de granjas ubicadas en el Estado de Washington, conflicto por el que ambos Estados recurrieron al arbitraje por un compromiso arbitral firmado en 1935. La decisión de dicho tribunal asentó las bases del Derecho Ambiental Internacional, pues señaló que “los Estados tienen el deber de prevenir el daño transfronterizo” Ferrel Ortega G., Los primeros arbitrajes internacionales en materia ambiental, rescatado de la página: <https://www.scielo.org-mx/scielo.php?>

¹⁶⁴ *Trail Amelter Arbitration (United States v. Canada)*, 3 *United Nations, Report of the International Awards*, (1938 at 1941), p.1965.

¹⁶⁵ Este caso se originó por incidentes ocurridos en 1946 en el estrecho de Corfú: donde dos destructores británicos chocaron con minas en aguas de Albania y sufrieron daños, incluida la pérdida de vidas humanas. En ese sentido, Reino Unido presentó el caso ante el Consejo de Seguridad quien recomendó a Albania y Reino Unido someter su controversia ante la CIJ, lo cual hicieron y derivó en un Fallo.

¹⁶⁶ *ICJ, Corfú Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Judgment*, 9 April 1949, at 22.

Instituto de Derecho Internacional y la Asociación del Derecho Internacional¹⁶⁷. Por un lado, el Instituto de Derecho Internacional desarrolló un trabajo de codificación de los principios y regulaciones de los usos distintos a la navegación de las aguas internacionales que se terminó reflejando en la llamada Declaración de Madrid en 1911. Esta Declaración hace una distinción entre corrientes que forman fronteras entre dos Estados y corrientes que atraviesan sucesivamente dos Estados, la declaración señala que ningún Estado ribereño puede sin el consentimiento del otro y sin título legal especial y válido hacer o permitir que personas naturales, jurídicas, etc. realicen acciones en detrimento del otro Estado¹⁶⁸.

Es también pertinente considerar, que la Declaración prohibió todas las alteraciones nocivas para el agua como el vaciado de material nocivo en ellas por parte de fábricas, codificando así de forma estricta la obligación de no causar daño a otros ribereños. Esta prohibición estricta inspirada por la Declaración de Madrid también fue recogida por la Convención y Estatuto sobre el Régimen Internacional de los Puertos Marítimos de Ginebra en 1923, adoptada por la Liga de Naciones, más conocida como Convención de Ginebra. Dicha Convención, llama a los Estados a realizar investigación conjunta para el desarrollo razonable de la energía hidráulica, obligando a las Partes a prestar la debida atención a cualquier trabajo y a los existentes en construcción o proyecto. Si tal desarrollo causara perjuicio a otro estado, ambos Estados entrarán en negociaciones con miras concluir un acuerdo¹⁶⁹.

El Instituto de Derecho Internacional, continuó su trabajo sobre los cursos de agua internacionales adoptando más tarde la Resolución de Salzburgo en 1961. Esta Resolución reconoce los derechos de cada Estado de utilizar las aguas en su territorio, pero ese derecho está sujeto a dos limitaciones: a) Los derechos impuestos por el Derecho Internacional y b) el derecho de utilización de los otros Estados. Asimismo, estipula que, si los Estados discrepan sobre el alcance de sus derechos de uso, la diferencia será resuelta en base a la equidad. Reconoce también que un Estado no puede realizar obras o utilizar las aguas de un curso de agua o de una cuenca hidrográfica de manera que afecten gravemente las posibilidades de aprovechamiento de las mismas aguas por otros Estados¹⁷⁰.

Según la Resolución, si surgieran conflictos entre los Estados relativas a los usos o desarrollo de obras en aguas internacionales, los Estados deberán entrar en negociaciones

¹⁶⁷ El ILA es una organización dedicada al estudio y desarrollo del Derecho Internacional.

¹⁶⁸ Instituto de Derecho Internacional, Resolución de Madrid...

¹⁶⁹ Convención de Ginebra, 9 de diciembre de 1923, Artículos 2 y 3.

¹⁷⁰ Instituto de Derecho Internacional, Uso de aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación), Session de Salzbourg – 1961.

con miras a llegar a acuerdos en un plazo razonable, durante ese periodo los desarrollos estarán suspendidos¹⁷¹.

Refiriéndonos ahora a la Asociación de Derecho Internacional (la Asociación), cabe destacar su labor en los recursos de agua. Así, en 1954 llegó a establecer el “Comité de los usos de aguas de los Ríos Internacionales” que emitió en 1956 las primeras reglas sobre el uso de los ríos internacionales, en la conocida Declaración de Dubrovnik. Esta declaración establece que “Si bien cada Estado tiene control soberano sobre los ríos internacionales dentro de sus propios límites, el Estado debe ejercer este control con la debida consideración por su efecto sobre otros Estados ribereños”¹⁷². Así, “Un Estado es responsable, según el derecho internacional, de actos públicos o privados que produzcan un cambio en el régimen existente de un río en perjuicio de otro Estado, que podría haber impedido mediante diligencia razonable”¹⁷³, los desacuerdos entre Estados serán sometidos a la negociación de acuerdos.

Posteriormente, en 1966 la Asociación emitió las Reglas de Helsinki que constituyen uno de los primeros instrumentos de codificación de los derechos de los usos de los cursos de agua para fines distintos a la navegación y que contiene una serie de normas al respecto. Dichas Reglas han inspirado en gran medida la Convención sobre cursos de agua de 1997. En cuanto a lo que nos ocupa, cabe señalar que el documento contiene treinta y siete reglas en las cuales en ninguna se refiere específicamente a la obligación de no causar daño; sin embargo, hace referencia a la “*injuria sustancial*” en sus artículos V y VIII.

En el artículo V las Reglas de Helsinki, al señalar los factores que permiten determinar si un uso ha sido equitativo y razonable, determina que uno de estos factores es “k) el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado de la cuenca, sin causar un daño sustancial a un Estado co-cuenca”¹⁷⁴. Por su parte, en el Artículo VIII hace referencia a que un uso puede continuar si es razonable y si no existen otros factores que determinen que debe modificarse o terminarse para adaptarse a un uso incompatible o competitivo.

En este sentido, las Reglas de Helsinki reconocen que los Estados tienen derecho a realizar sus usos de las aguas, pero también reconoce que los Estados, están obligados a respetar los usos de los otros Estados de la cuenca si las circunstancias de dicho uso no se modifican. Por último, cabe señalar que la “obligación de causar una sustancial injuria”

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Declaración de Principios Resolución de Dubrovnik, 1956.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Asociación de Derecho Internacional, Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales – (Helsinki, agosto de 1966), Artículo V.

también ha sido reconocida en las Reglas en sus regulaciones relativas a la protección de la calidad de las aguas y a evitar su contaminación resultante de la conducta humana¹⁷⁵.

La máxima *sic utere tuo*/principio de no causar daño, ha sido reconocida también en el ámbito de protección al medio ambiente como *soft law*¹⁷⁶ incluido en tratados y declaraciones. En este ámbito, se advierte que la máxima fue reconocida por primera vez en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, dicha Declaración reconoce en el Principio 21 lo siguiente:

“[los Estados tienen] 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 zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”¹⁷⁷.

Posteriormente, la máxima también fue absorbida por la Declaración de Río que surgió a raíz de la iniciativa propuesta por Canadá en 1989, concretándose recién en Río de Janeiro en 1992, en la llamada Declaración de Río, la misma que estableció en su principio N° 2 lo siguiente:

“[...] Los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de su jurisdicción nacional”¹⁷⁸

Este principio conlleva la protección del derecho soberano de los Estados respecto a sus recursos naturales, pero también la obligación de que ese disfrute dentro de su territorio, no ocasione daño al medio ambiente de otros Estados vecinos.

Por otro lado, también cabe resaltar su inclusión en el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974 : 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

¹⁷⁵ *Ibid.* Artículo V.

¹⁷⁶ También es llamado derecho blando porque no es exigible. No obstante, de igual forma ha sido parte de las fuentes del derecho internacional y está compuesto por varias normas, principalmente encontradas hoy en el área del medio ambiente.

¹⁷⁷ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, (Aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, el 16 de junio 1972)

¹⁷⁸Declaración de Río...

obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros.

También se advierte su aplicación en algunos casos de jurisprudencia de Tribunales Internacionales como por ejemplo en el caso en el caso *del Lago Lannoux* entre Francia y España en 1957 y en Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, en el caso concerniente al proyecto *Gabčíkovo-Nagymaros* entre Hungría y Eslovaquia en 1999; y, el caso sobre las "*Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay*" entre Argentina y Uruguay en 2010.

Sin embargo, es el reconocimiento realizado por la CIJ en el caso *Armas nucleares* lo que hizo que este principio fuera incluido definitivamente en el marco del Derecho Internacional. Así, la Corte en su opinión consultiva de 1996 señaló: "La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas fuera del control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional relacionado con el medio ambiente"¹⁷⁹. Este reconocimiento ha sido refrendado en la forma en que fuera reconocido en los otros casos de jurisprudencia anteriormente citados.

Más recientemente, el año 2015, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo respecto a los casos conexos "*Ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua contra Costa Rica)*", ha determinado que la obligación de prevenir el daño es una regla de derecho internacional consuetudinario, que se requiere de un Estado en su territorio. Es "obligación de todo Estado no permitir, a sabiendas, que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados " y que esta obligación de debida diligencia sea cumplida, un Estado debe antes de emprender una actividad que tenga el potencial de afectar negativamente el medio ambiente de otro Estado, de otro Estado, determinar si existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de realizar una evaluación de impacto ambiental¹⁸⁰.

Significado de daño

En 1991, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) al explicar el término "apreciable" señaló que para que exista daño apreciable "[d]ebe haber un impedimento real

¹⁷⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, párr. 29.*

¹⁸⁰ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, párr. 104*

al uso, es decir, un impacto perjudicial de ciertas consecuencias sobre, por ejemplo, la salud pública, la industria, la propiedad, la agricultura o el medio ambiente en el Estado afectado”¹⁸¹. McCaffrey señala que el daño “puede tomar la forma de una disminución en la cantidad de agua, debido, por ejemplo, a nuevas obras aguas arriba o al bombeo de aguas subterráneas. Sin embargo, este no sería necesariamente el caso cuando el ribereño inferior no hacía uso pleno del suministro de agua disponible y el nuevo uso aguas arriba no lo afectó”¹⁸². El daño también lo podría constituir la contaminación de un curso de agua, o tomar la forma de disminución en la cantidad de agua, sedimentación y otros según la propia concepción de la Convención de Nueva York¹⁸³.

3.2 La codificación de la obligación de no causar daño significativo en la Convención de Nueva York

El trabajo del Relator Especial Stephen Schwebel (1982-1985)

Este principio fue propuesto por primera vez en 1981 por el Relator Especial Stephen Schwebel, como una norma básica que regularía el uso de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación. El Relator Especial sustentó su propuesta en normativa ambiental vigente para ese momento, práctica estatal y precedentes jurisprudenciales que denotaban que dicho principio había sido bastante aceptado por la Comunidad Internacional para la protección del medio ambiente y la regulación del comportamiento de los Estados ribereños hacia sus vecinos también ribereños.

El relator propuso la discusión 11 artículos para la regulación de los cursos entre ellos se encontraban normas respecto al principio de uso equitativo y razonable, responsabilidad por daño apreciable, obligación de intercambiar datos e información, contaminación ambiental entre otros. En su proyecto de Artículo 8 el relator se refirió a “responsabilidad por daño apreciable” como se lee de sus puntos 1 y 2 a continuación:

“1. El derecho de un Estado del sistema a aprovechar los recursos hidráulicos del sistema de un curso de agua internacional está limitado por la obligación de no causar perjuicio apreciable a los intereses de otro Estado del sistema, salvo en cuanto fuere admisible en virtud de una determinación de participación equitativa para el sistema de curso de agua internacional respectivo.

2. Cada Estado del sistema está obligado a abstenerse y a hacer que todas las personas bajo su jurisdicción o control se abstengan de emprender cualquier actividad

¹⁸¹ Informe de la CDI de 1994, p. 236.

¹⁸² McCaffrey S.. (2007) The law of international watercourses,, p. 409

¹⁸³ Convention on the Law of the Non-navigational ... (1997)

*que pueda causar perjuicio apreciable a los intereses de otro Estado del sistema, salvo en cuanto fuere admisible en virtud del párrafo 1 del presente artículo*¹⁸⁴.

Como se puede advertir de su lectura, en este proyecto de artículo se rescata la máxima *sic utere tuo* (norma básica) en su esencia, es decir, reconoce el derecho de los Estados ribereños a aprovechar sus recursos de agua en su territorio, pero también se reconoce la obligación de estos a respetar los intereses del otro Estado del sistema (del sistema de curso de agua).

El numeral 1 del artículo marca una excepción a la determinación de responsabilidad del Estado “por daño apreciable”, el Estado no será responsable si el daño fuera “admisible en virtud de una determinación de participación equitativa para el sistema de curso de agua internacional respectivo”¹⁸⁵. La norma de conducta que exige la obligación para que el Estado se libere de su responsabilidad implica un comportamiento fundado en la “equidad”, es decir, otorgar a los Estados ribereños las mismas posibilidades de tener acceso al uso del recurso, el equilibrio de intereses entre otras cosas.

Asimismo, la propuesta de artículo contiene 8 numerales que se refieren a la obligación de informar al momento de emprender proyectos si estos van a causar perjuicio apreciable, a la no interferencia en un lapso de seis meses desde que se compartió la información para que el otro Estado tenga la posibilidad del daño, a la necesidad de consultas y negociación si la evaluación determina que existe riesgo de daño para que el otro Estado modifique su proyecto, a la indemnización del Estado afectado si el Estado que desarrolla el proyecto decide continuar con el mismo a pesar del riesgo de daño y solución pacífica de controversias.

El relator especial también se refirió al alcance cuantitativo del término “apreciable” o “significativo”, señalando que esta cuestión ya no era nueva para el derecho y que se había presentado con varios criterios verbales como “diligencia razonable”, “causa probable”, “plazo razonable”, “uso razonable”, “*rebus sic stantibus*”, “nivel mínimo de justicia”, entre otros. Aclarando que, para la CDI, el término “apreciable” implicaba que el “efecto o perjuicio debía tener como mínimo un impacto de alguna consecuencia, por ejemplo, en la salud pública, la industria, la agricultura o el medio ambiente en el Estado del sistema afectado, sin ser necesariamente un efecto trascendental o grave, a fin de constituir una transgresión de un interés amparado por el derecho internacional”.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Tercer Informe sobre el derecho de los usos...por por el Sr. Stephen M. Schwebel, (1981), p. 126.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 127.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 122

Según el relator especial, el significado del término ha sido considerado en varias lenguas, implicando en español más o menos significados sinónimos de la expresión “perjuicio sensible” —es la frase que utiliza y define como “perjuicio de cierta importancia”— y las expresiones “serious magnitude”, “serious detriment” y “substantial” (magnitud grave, detrimento grave y sustancial) en inglés, “erheblich beeinträchtigen” (perjuicio importante, considerable o de consecuencia), “wesentlich benachteiligen” (perjudicar de manera sustancial o real) y “wichtige Interessen... beeinträchtigen” (causar perjuicio a intereses importantes, trascendentes y serios) en alemán; y “nuire gravement”, “sensiblement modifier”, “entraves sensible”, “changement sensible” e influence sensible en francés¹⁸⁷

El trabajo del Relator Especial Jens Evensen (1982-1985)

El señor Evensen reemplazo al relator especial Schwebel en 1982, emitiendo su primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua el año 1983. En este informe propone un total de 39 artículos divididos en seis capítulos. De estos, el Capítulo 2 de su informe se refería a los derechos y deberes de los Estados del sistema, incorporando así en el artículo 9 a la “Prohibición de actividades relativas al sistema de un curso de agua internacional que causen perjuicio apreciable a otros Estados del sistema”, tal como se lee a continuación:

“Todo Estado del sistema evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos por actividades relativos al sistema de un curso de agua que puedan causar perjuicio apreciable a los derechos o intereses de otros Estados del sistema, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo de sistema u otro acuerdo”¹⁸⁸.

De su lectura se advierte que, por sus términos, la obligación de no “causar perjuicio apreciable” una vez más se inspira en la norma básica (sic utere tuo) que podría ser interpretada como una obligación de medio (por el término que utiliza “evitará”), porque implica prevenir que un hecho se desencadene, en este caso el daño, está relacionado con precaución y no con la reparación del daño ya producido. Asimismo, una vez más en consonancia a lo propuesto por Schwebel, el señor Evensen señala que el umbral del daño debe ser alto para incumplimiento de la obligación, es decir, el daño o perjuicio deben ser “apreciables”.

Asimismo, el relator especial subordinó la obligación de no causar daño apreciable al principio de uso equitativo y razonable, lo que se puede advertir de la lectura de sus

¹⁸⁷ *Ibid.* p.120

¹⁸⁸ Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua... por el Sr. Jens Evensen..., p.184.

comentarios de introducción al capítulo II de su informe, cuando refiere que el Capítulo 9 es corolario de los artículos 6 al 8 que versaban sobre el intercambio equitativo. También se puede decir que el señor Evensen se concentró en las características cualitativas del uso dejando de lado las cuantitativas.

Además el relator especial propuso otros artículos relacionados con la protección del curso de agua y la obligación de no causar daño apreciable: Por un lado estaba el artículo relacionado a que los Estados del sistema no deben contaminar o permitir la contaminación de aguas de un curso de agua internacional cause daño apreciable a los derechos o intereses de los otros Estados del sistema y por otro lado, está la obligación de notificación por los proyectos o programas con relación a la utilización y conservación de un curso de agua internacional¹⁸⁹.

ras la discusión del primer informe en la Comisión y Sexto Comité de Naciones Unidas, el relator especial emitió un segundo informe considerando las observaciones de estos, que señalaban que el artículo “no había sido del todo exitoso en alcanzar el equilibrio entre los intereses envueltos y la obligación propiamente dicha”. En este informe, el relator hizo algunos ajustes en la terminología del curso de agua, reemplazando el término “Estado del sistema” por “Estado del curso de agua” y otras correcciones no sustanciales en la propuesta de artículo 9, quedando redactado el artículo de la siguiente manera:

“Artículo 9. — Prohibición de actividades relativas a un curso de agua internacional que causen perjuicio apreciable a otros Estados del curso de agua.

Todo Estado del curso de agua evitará y prevendrá (dentro de su jurisdicción) usos o actividades relativos a un curso de agua internacional que puedan causar perjuicio apreciable a los derechos o intereses de otros Estados del curso de agua, a menos que se prevea otra causa en un acuerdo del curso de agua u otro acuerdo o arreglo”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.195.

¹⁹⁰ Primer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, por el Sr. Jens Evensen, Relator Especial, Documento [A/CN.4/367 and Corr.1](#) p.118.

Trabajo del Relator Especial Stephen McCaffrey (1992-1994)

El señor McCaffrey reemplazó en sus labores al relator Jens Evensen en julio de 1985. McCaffrey emitió dos reportes especiales en los que se refiere a la obligación de no causar daño significativo.

En el primer reporte (también llamado reporte preliminar) el relator McCaffrey realiza un resumen de la labor de los 3 relatores anteriores. En cuanto al principio de “no causar daño apreciable”, el relator pone énfasis en la discusión de la Comisión y Sexto Comité respecto al proyecto de artículos propuestos por los anterior relator, en cuanto a la obligación de no causar daño apreciable da cuenta que el artículo 9 fue bastante comentado y controvertido, al respecto, los miembros de estos foros observaron que urgía clarificar el artículo respecto a la obligación de abstenerse a realizar una actividad que pueda causar daño apreciable teniendo en cuenta que la noción de daño apreciable es demasiado vaga para ser utilizada apropiadamente. Asimismo, algunos miembros plantearon que se podría producir un conflicto entre el derecho de uso equitativo y razonable y la prohibición de actividades que causen daño, lo cual también debía ser aclarado¹⁹¹.

En su segundo reporte el relator especial procuró aclarar las observaciones de la Comisión y el Sexto Comité, al respecto señala lo siguiente: a) Es posible que la utilización de un curso de agua cause perjuicio apreciable sin que ello implique lesión de sus derechos o pueda calificarse como acto ilegal; b) debe modificarse la redacción del Artículo 9 en armonía con el principio de uso equitativo y razonable (lo que se prohíbe es la conducta de un Estado que rebase los límites de su participación equitativa o se debe destacar la obligación de no cometer un acto ilegal mediante un uso equitativo, más que la obligación de no causar perjuicio real) para uniformar el Art. 9 con el principio de uso equitativo y razonable, en tal sentido propone tres formas de uniformarlo:

- i. *“Sugiere modificar el término “causar perjuicio” por “lesionar a los derechos o intereses del Estado”¹⁹².*
- ii. *Sustituir la referencia al perjuicio apreciable por una referencia a la conducta del Estado que rebasa los límites de su participación equitativa o priva a otro Estado de esa participación.*

¹⁹¹ Informe Preliminar sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, por el Sr. Stephen McCaffrey, Relator Especial (1985) Documento: A/CN.4/39 3.

¹⁹² Segundo Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, por el Sr. Stephen McCaffrey, Relator Especial (1986) Documento: A/CN.4/332 Y ADD.I.

- iii. *Hacer referencia expresa a la obligación de no causar perjuicios, pero poniendo claramente de relieve que, incluso en aquellos casos en que la utilización de un curso de agua por un Estado cause un perjuicio, esa obligación no se viola, en tanto en cuanto esa utilización sea equitativa en relación con el otro o los otros Estados”.*

El Relator especial se inclina por la tercera opción porque establece mayores ventajas considerando que: a) concilia, pues, perfectamente el derecho a una utilización equitativa con la obligación de no causar perjuicios, y b) corresponde mejor a los objetivos de una disposición sobre este tema, que consisten en establecer la obligación de no causar perjuicio, pero sin menoscabo del principio de la utilización equitativa¹⁹³.

Es decir, que según el relator especial la tercera fórmula, permitirá lograr el objetivo de que la conducta de un Estado que rebasa los límites de su participación equitativa o priva a otro Estado no se concrete de alguna manera.

Trabajo del relator especial Robert Rosenstock (1992-1994)

McCaffrey fue sucedido por el relator especial Robert Rosenstock en 1992, cumpliendo sus funciones hasta 1994. Con relación al artículo relacionado a la obligación de no causar daño apreciable, el relator especial -en atención a las sugerencias de la Comisión y Comité que sugerían que se elimine el artículo 7 o se dé más peso al artículo 5 y se haga de “equitativa y razonable” prácticamente el único criterio de utilización-, propuso la revisión del artículo 7, así como un nuevo texto de dicho artículo¹⁹⁴.

El relator señala que lo que “se pretende con esa revisión es un régimen en el que el uso equitativo y razonable sea el criterio determinante excepto en los casos de contaminación, tal como se define este término en el proyecto de artículo” Asimismo, considera que “[e]n caso de contaminación, el artículo 5 queda subordinado al artículo 7, pero dicha subordinación podrá revocarse si se demuestra claramente que se dieron circunstancias extraordinarias, es decir, en la práctica, una presunción refutable”¹⁹⁵.

Así el Relator Especial propuso el siguiente texto del Artículo 7:

“Los Estados del curso de agua ejercerán la debida diligencia para utilizar un curso de agua internacional de manera que no se causen daños importantes a otros Estados

¹⁹³ Segundo informe por el Sr. Stephen McCaffrey...

¹⁹⁴ Primer Informe sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la navegación, por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial (1993), Documento: A/CN.4/451.

p.206.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.206.

del curso de agua, si no hay acuerdo entre ellos, salvo los que sean permisibles con arreglo a un uso equitativo y razonable del curso de agua. Se presumirá que un uso que cause daños importantes en forma de contaminación es un uso no equitativo ni razonable, a menos que: a) se demuestre claramente la existencia de circunstancias especiales que indiquen una necesidad perentoria de realizar un ajuste especial, y b) no haya un peligro inminente para la salud y la seguridad de las personas”¹⁹⁶.

Como se puede observar en dicha propuesta, el relator especial ya incluye la “debida diligencia” que deben cumplir los Estados como un medio de cumplimiento de la obligación de no causar daño significativo a otros Estados del curso de agua. Sin embargo, esta especie de medición de la conducta del Estado se hará efectiva según el proyecto de artículo solo cuando los Estados no tengan un acuerdo entre ellos para el uso del curso de agua, atribuimos esa condición a la noción de “acuerdo marco” que pretendía la Comisión darle al proyecto de Convención.

Asimismo, el relator incluye una presunción en su propuesta, “se presumirá que un uso no fue equitativo si producto de un uso se provocan daños importantes como contaminación” salvando los casos en que hayan situaciones especiales que detalla en el mismo proyecto, no obstante, es evidente que la noción específica es que el cumplimiento de la obligación de no causar daño, estaba librada al uso equitativo del curso de agua, es , estaba subordinado al principio de uso equitativo y razonable del curso de agua.

En 1994, el relator especial presentó un segundo reporte sobre los usos de los cursos de agua internacionales. En este documento, el relator propuso la inclusión de algunos aspectos para complementar el artículo, resultando el siguiente texto:

“Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles

Los Estados del curso de agua ejercerán la debida diligencia para utilizar un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua, si no hay acuerdo entre ellos, salvo los que sean permisibles con arreglo a un uso equitativo y razonable del curso de agua o del acuífero. Se presumirá que un uso que cause daños sensibles* en forma de contaminación es un uso no equitativo ni razonable a menos que:*

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 207.

- a) *Se demuestre claramente la existencia de circunstancias especiales que indiquen una necesidad perentoria de realizar un ajuste especial; y »*
- b) *No haya un peligro inminente para la salud y la seguridad de las personas.» datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua o del acuífero, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, 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 de los que razonablemente no pueda disponer hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, de la elaboración de esos datos e información.*
3. *Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que se comuniquen”.*

De la lectura de este proyecto, se advierte que el relator especial hace algunas inclusiones como “acuífero transfronterizo”, extendiendo así la obligación de debida diligencia también a estos. Por otro lado, complementa el artículo con la inclusión de una obligación que deberían cumplir los Estados, la de proporcionar datos e información.

El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional

En sus sesiones 1785.a a 1794.a del 20 de junio al 1.º de julio de 1983, la Comisión analizó el primer informe del relator especial Jens Evensen. En general los miembros de la Comisión expresaron su apoyo al texto del Artículo propuesto, no obstante algunos miembros hicieron algunas observaciones: a) estimaron que el término perjuicio apreciable era demasiado vago y que requería aclaración o su sustitución por el término o perjuicio grave, b) se subrayó la necesidad de formular una norma positiva que requiriera la cooperación entre los Estados interesados; los Estados tenían una obligación jurídica de cooperar en la solución de los problemas derivados de los usos de las aguas de los cursos, c) el vínculo, en particular, entre el artículo 9 y los problemas de la responsabilidad de los Estados, debía ser objeto de nuevo y detenido estudio cuando el esquema se examinara en detalle¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1983), V. II, Documento: A/CN.4/SER.A/1983/Add.I (Part 2) p. 80.

En 1984, la Comisión examinó el segundo informe del relator especial Jens Evensen, en su 36° periodo de sesiones. Con relación al artículo 9 propuesto, la Comisión hizo las siguientes observaciones:

- a) *El principal problema consiste en conciliar la idea del uso equitativo, tal como se establece en el artículo 7, con el deber de no causar perjuicio a otros Estados del curso de agua, enunciado en el artículo 9¹⁹⁸;*
- b) *se deben volver a examinar las actividades que causen “perjuicio apreciable”, se cuestionaron si se debían prohibir las actividades que « sobrepasen la parte equitativa correspondiente a un Estado o que priven a otro Estado de su parte equitativa¹⁹⁹;*
- c) *la palabra “perjuicio” suscita la cuestión de la relación que existe entre « perjuicio » y distribución equitativa.²⁰⁰*
- d) *Es necesario determinar que significa la expresión “causar un perjuicio”. La obligación de no causar un perjuicio es diferente de la “utilización óptima, pero en el artículo 8²⁰¹.*

Finalmente, la Comisión acordó remitir al Comité de Redacción los artículos 1 al 9 propuestos para su examen a la luz de los debates realizados.

En sus sesiones 2070.A a 2073.A. La Comisión evaluó el informe del Comité de Redacción respecto a los artículos 8 [ahora contenía la obligación de no causar daño significativo) al 21 siendo aprobados por la Comisión provisionalmente. Sin embargo, hizo las siguientes observaciones:

- a) *“El texto debería decir que los Estados del curso de agua «utilizarán el curso de agua internacional de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua”²⁰².*
- b) *En el comentario debería explicarse que el significado de la palabra “apreciables” se refiere a daños materiales basados en pruebas objetivas²⁰³.*
- c) *Queda claro que no existe contradicción entre el artículo 8 [9] y el artículo 6, sobre utilización equitativa, pues la obligación de utilización equitativa presupone que no se*

¹⁹⁸ ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, (1984), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1984, Sesión 1854. , p. 252

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 259.

²⁰⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1984)...Sesión 1855.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

causarán daños o, desde otra perspectiva, que una utilización que causara daños apreciables no sería equitativa²⁰⁴.

- d) La palabra “apreciables” suscita un problema más sustantivo. En el texto español sería más lógico sustituir las palabras «daños apreciables» por «perjuicio», eliminando la palabra “apreciables”²⁰⁵

En este sentido el artículo 8 aprobado provisionalmente por la Comisión era el siguiente:

“Artículo 8[9].—Obligación de no causar daños apreciables. Los Estados del curso de agua no utilizarán el [sistema del] curso de agua internacional de manera que se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua”²⁰⁶.

Del comentario de la Comisión sobre la significancia de este artículo, se puede rescatar los siguientes aspectos fundamentales: a) “El artículo 8 no prohíbe todos los daños, por pequeños que sean. Exige por el contrario que un Estado que utilice [el sistema de] un curso de agua internacional lo haga de manera que no cause daños “apreciables” a otros”²⁰⁷, b) el término «apreciablemente» expresa un criterio de hecho. El significado de “apreciables” son pues aquellos que no son insignificantes o meramente detectables pero tampoco necesariamente “graves”²⁰⁸, c) el daño ha de poder determinarse mediante pruebas objetivas. Debe darse un verdadero menoscabo del uso, es decir, un efecto nocivo de cierta importancia, por ejemplo, sobre la salud pública, la industria, los bienes, la agricultura o el medio en el Estado²⁰⁹.

En las sesiones 2309.a, 2311.a a 2314.a y 2316, la Comisión analizó la nueva propuesta de artículo 8 realizada por el relator especial Rosentock identificándose las siguientes observaciones: a) “la obligación de ejercer “la diligencia debida”, no la obligación de no causar daños apreciables o significativos. Así pues, cuando el uso fuese equitativo y razonable sería permisible algún daño, con el resultado de que equitativo y razonable sería la consideración suprema²¹⁰, b) los daños «apreciables» o significativos en todos los casos

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1988), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1988, Sesión. 2070.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 39.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 39.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 40.

²¹⁰ Anuario de la Comisión De Derecho Internacional (1993), Vol. I, 2316. a sesión.p. 99.

constituirían prueba de un uso implícitamente no equitativo ni razonable y, de manera tácita o expresa, subordinarían el artículo 5 al artículo 7²¹¹, c) debe eliminarse el artículo 7 o se subordinase ese artículo al artículo 5 y se hiciese de «equitativa y razonable» prácticamente el único criterio de utilización²¹² y d) En caso de contaminación, el artículo 5 quedaría subordinado al artículo 7 pero dicha subordinación podría revocarse si se demostraba claramente que se habían dado circunstancias extraordinarias; en otras palabras, en la práctica se trataría de una presunción iuris tantum²¹³.

En 1994, la Comisión adoptó un “Proyecto de Artículos sobre los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación que consignaba el artículo 7 “Obligación de no causar daños sensibles” de la siguiente manera:

“Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles

1. *Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.*
2. *Cuando, a pesar del ejercicio de la diligencia debida, se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso cause los daños deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, consultar con el Estado que sufra dichos daños acerca de:*
 - a) *La medida en que ese uso es equitativo y razonable teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6;*
 - b) *La cuestión de los ajustes especiales de su utilización, destinados a eliminar o mitigar los daños causados, y, cuando proceda, la cuestión de la indemnización*²¹⁴.

Del comentario de la Comisión sobre el contenido de este artículo se rescatan los siguientes aspectos de relevancia: a) la Comisión establece un proceso destinado a evitar el daño sensible en la medida de lo posible llegando a la vez a un resultado equitativo en cada caso concreto, b) el artículo 5 no ofrecía por sí solo suficiente orientación a los Estados en los casos en que el daño fuera un factor a tomar en cuenta, c) los Estados deben obrar con la debida diligencia para utilizar un curso de agua de manera que no cause daños sensibles,

²¹¹ *Ibid.p. 99.*

²¹² *Ibid. p. 99.*

²¹³ *Ibid. p. 99.*

²¹⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994), Volumen II, Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2). p. 110.

d) el hecho de que una actividad acarree daños sensibles no constituye necesariamente en sí una base para prohibirlo²¹⁵.

La adopción de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

En 1994 la Asamblea General de Naciones Unidas tomó nota del informe de la Comisión de Derecho Internacional y su recomendación del Proyecto de Artículos propuestos por esta. Al respecto emitió la Resolución A/RES/49/51, en la cual aparte de reconocer la labor realizada por la CDI, recomendó proseguir con sus labores del tema actual teniendo en cuenta los comentarios de los Gobiernos, también tomó nota de las intenciones de la Comisión de reanudar en su 47° período de sesiones, los trabajos sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y sobre responsabilidad, recomendó a la Comisión iniciar el debate sobre el informe de la Comisión Internacional Comisión de Derecho en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General a partir del 23 de octubre de 1995. entre otros²¹⁶.

El Sexto Comité fue convocado entre el 7 y 25 de octubre de 1996. Posteriormente el 25 de octubre de ese mismo año, el Grupo de Trabajo encargado de los cursos de agua, recibió el informe del Comité de Redacción que reportaba la redacción de varios artículos de la Convención, sin embargo, quedó pendiente la redacción del artículo 7 relativo a la “obligación de no causar daño significativo”²¹⁷.

La Asamblea General consideró entonces en su Resolución 51/206 “convocar un segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo Plenario, por un período de dos semanas, del 24 de marzo al 4 de abril de 1997, a fin de elaborar una convención marco sobre el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación”²¹⁸. Posteriormente, el 11 de abril de 1997, el presidente del Grupo de Trabajo Yamada, presentó su informe respecto a labor del Grupo de Trabajo, haciendo constar que varias propuestas de los Estados habían sido presentadas al Grupo, especialmente relacionados a la relación entre la utilización equitativa y razonable con la obligación de no causar daño significativo y sobre cual estaba subordinada.

²¹⁵ *Ibid.* p. 110.

²¹⁶ NNUU, Resolución Adoptada por la Asamblea General, Documento: A/RES/49/51, 17 de febrero de 1995.

²¹⁷ UN, Asamblea General, 51° Sesión, resumen record de la 24° Reunión, UN Doc: A/C.6/51/SR.24, 25 de octubre de 1996

²¹⁸ UN, Asamblea General, Resolución 51/206, 17 de diciembre de 1996, UN Doc: A/RES/51/206.

En este sentido y considerando las observaciones de los Estados, el artículo fue reformulado, sin afectar su esencia básica, en el nuevo artículo no se considera la referencia expresa a la “obligación de debida diligencia”, esta fue replanteada por el requerimiento de que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para prevenir causar daño significativo. Asimismo, eliminó la referencia expresa al principio de uso equitativo y razonable, remitiéndose simplemente a los artículos 5 o 6 y agregó el requisito de eliminar o mitigar el daño y, en su caso, discutir la cuestión de la compensación, como se puede advertir del texto finalmente adoptado en mayo de 1997:

“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”²¹⁹.

La Convención entro en vigor recién el 17 de agosto de 2014, tras haber transcurrido noventa días desde el depósito del 35° instrumento de ratificación con la ratificación, tal como lo había dispuesto su artículo 36²²⁰.

3.3 La relación entre la obligación de no causar daño sensible y el principio de uso equitativo y razonable

Como se pudo advertir en el anterior acápite, una de las cuestiones bastante discutidas por la Comisión de Derecho Internacional y por los Estados que opinaron sobre la propuesta de artículo relacionada a la obligación de no causar daño significativo, muestra que uno de los principales conflictos para la adopción de este artículo, fue la relación entre la obligación de no causar daño significativo y el principio de uso equitativo y razonable.

El artículo 7 de la Actual Convención de Nueva York, determina en el numeral 2 que si el Estado ocasiona daño significativo a otro Estado del curso de agua a pesar de tomar todas las medidas necesarias, y cuando no exista un acuerdo entre Estados respecto al uso

²¹⁹ UN, Asamblea General, Resolución 51/229, 21 de mayo de 1997, UN Doc: A/RES/51/229.

²²⁰ Estatus de los Tratados depositados en la Secretaría General, página web: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en

que viene desarrollando, debe adoptar todas las medidas apropiadas considerando los artículos 5 y 6 a efectos de para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización²²¹.

En este sentido, se puede advertir que la Comisión en su redacción final del artículo 7, subordinó la obligación de no causar daño significativo al principio de uso equitativo y razonable, en ese marco, se puede decir que, la obligación de no causar daño no está enmarcado en el “daño” per se sino en la conducta de los Estados.

Ello implica que la reducción de un uso existente, no necesariamente implicaría un daño al otro Estado, todo depende de si el Estado que realiza el nuevo desarrollo, lo ha realizado en el marco de la equidad y razonabilidad, es decir como señala Herber Smith a decisión se basaba esencialmente en “el principio de la ‘distribución equitativa de los beneficios’²²².

Como señala McCaffrey, lo que busca la regla de no causar daño significativo, “no es la de no causar daño significativo per se, sino la causa irrazonable de dicho daño lo que se prohíbe”. En esta lógica McCaffrey plantea dos cuestiones: a) “incluso el daño significativo—podría ser razonable bajo las circunstancias y así el daño tendría que tolerarse por parte del Estado afectado”²²³, b) “la causa de daño también podría ser irrazonable, en cuyo caso implicaría la responsabilidad de un Estado que causa daño”²²⁴.

Para seguir con la concepción de la Convención cabría anotar que en el artículo 6 se consideran como factores de medición de la utilización equitativa y razonable de un curso de agua: 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 y f) La conservación, la protección, el aprovechamiento...en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua”²²⁵.

Estos dos factores están relacionados con la “obligación de no causar daño significativo”, puesto que el inciso d) del Artículo 6 apunta a que los usos de un curso de agua internacional no afecten o perjudiquen a los usos de los Estados del curso de agua, aunque no especifica cuál debería ser el grado de esa afectación, en relación con regla de no daño, se presume que la misma debe ser significativa. Por otro lado, el inciso f) se refiere a las

²²¹ Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, Adopted by the General Assembly of the United Nations on 21 May 1997. Entered into force on 17 August 2014

²²² Citado S. McCaffrey, “The law of international watercourses”, Ed. OXFORD, Second edition, 2007, p. p.413.

²²³ S. McCaffrey, “The law of international watercourses”, Ed. OXFORD, Second edition, 2007, p. 405.

²²⁴ S. McCaffrey, “The law of international watercourses”, Ed. OXFORD, Second edition, 2007, p. 405.

²²⁵ CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1994), Documento: p. 108.

medidas adoptadas para hacer frente o vitar la degradación de la calidad del agua, sino también a las dirigidas a resolver otros problemas de los cursos de agua²²⁶.

Producto del análisis teórico conceptual desarrollado en el presente capítulo, se puede advertir que los fundamentos de la obligación de no causar daño significativo previstos en el artículo 7 de la Convención de Nueva York, no están orientados en que no se produzca el daño *per se*, sino que están enfocados en que la conducta del Estado que realiza una acción, no afecte el interés jurídicamente protegido del otro Estado del curso de agua.

En este marco, como ya mencionó anteriormente, se advierte que la CDI ha buscado subordinar la obligación de no causar daño significativo, al principio de uso equitativo y razonable, el no daño, ha sido considerado como un factor más que permite determinar si un uso del curso de agua es equitativo y razonable, jugando así un papel complementario del mismo, como bien lo dijo la CDI.

El daño puede ser considerado como un impedimento real del uso de un curso de agua, teniendo en cuenta que objetivo de la obligación, no es que no se produzca el daño como tal, sino que está orientado en el impedimento del ejercicio del derecho de los Estados ribereño sobre el curso de agua.

La obligación de debida diligencia, ha sido adoptada como una norma de conducta para determinar la violación de la obligación de debida diligencia, su efectividad en el cumplimiento de la obligación será analizada posteriormente.

²²⁶ CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1994)... pp. 95, 104 y 108.

CAPÍTULO IV. APROBACIÓN O DESAPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

LA NOCIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA EN EL MARCO DE LA OBLIGACIÓN DE NO CAUSAR DAÑO SIGNIFICATIVO

4.1 Introducción

La noción de que el cumplimiento de la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo debe ser evaluada a partir del estándar de conducta de debida diligencia, no fue acogida con agrado por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional, durante el proceso de Codificación de la Convención de Nueva York. Así, durante el análisis de los reportes y proyectos de artículos 7 y 23 de los relatores especiales, dichos miembros habían considerado al estándar de conducta “debida diligencia” como demasiado frágil y subjetivo, considerando que al final de cuentas no buscaba evitar el daño y que los Estados de destino estaban sometidos a la carga de la prueba del Estado de origen del daño.

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, se ha desarrollado a detalle el concepto, significado y alcance del estándar de debida diligencia con el objeto de entender su funcionamiento y determinar si dicho estándar efectivamente contribuye a prevenir el daño transfronterizo significativo. La primera respuesta a dicha cuestionante sería que dicho estándar no busca evitar *per se* el daño, sino que al tratarse de una norma de conducta busca resguardar –el interés real jurídicamente protegido sobre el curso de agua que tienen los Estados.

La noción prevista en la norma es que a pesar de que se haya producido el daño significativo, el estado debe haber tomado “todas las medidas apropiadas” para impedir que se causen daños sensibles o cuando a pesar de ello se haya causado el daño, el estado debe haber tomado “todas las medidas apropiadas para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización”.

No obstante, de esta clara respuesta, todavía queda dilucidar las observaciones que los miembros de la Comisión realizaron al estándar de conducta debida diligencia a efectos de analizar con mayor detalle su alcance y efectividad en correlación con el cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo. Más si se considera que el alcance y significado de la obligación de debida diligencia en cuanto al daño transfronterizo a un curso de agua internacional se refiere, es compleja. En ese sentido, la presente investigación presenta un análisis teórico de esta cuestión en el marco de lo que dispone la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación (Convención de Nueva York).

Por otro lado, en el presente capítulo se analiza por ejemplo si la norma proporciona los suficientes elementos para delimitar esa conducta diligente, si el Estado que causó el daño realmente puede defenderse solo arguyendo que actuó con debida diligencia, si el carácter flexible de la norma coadyuva a la efectividad de aplicación del estándar y como se ha aplicado en la práctica el estándar de debida diligencia. La meta de todos estos análisis es determinar si el estándar de conducta contribuye efectivamente al resguardo de los derechos e intereses de los Estados del curso de agua cuando de prevenir el daño transfronterizo significativo se trata.

4.2 El alcance de la obligación de debida diligencia en su tarea de prevención del daño en el marco de lo previsto en el artículo 7 de la Convención de Nueva York

4.2.1 La influencia de la debida diligencia en las obligaciones sustantivas de la Convención de Nueva York

El alcance y significado del estándar de conducta debida diligencia, a través de una interpretación de la norma primaria (Convención de Nueva York) es importante considerando que dicha norma, puede ‘objetivar’ el contenido de ciertas obligaciones primarias de debida diligencia, reduciendo así la flexibilidad tradicionalmente arraigada²²⁷.

En ese sentido, adentrándonos en las medidas que establece la Convención, cabe señalar que los artículos 5, 6 y 7 de la misma constituyen el corazón del principio de debida diligencia que se encuentra estipulado en dicha norma internacional. Tanto el principio de uso equitativo y razonable, los factores que determinan el uso equitativo y el principio de no daño significativo, son los principios rectores de la Convención de Nueva York por lo que se reflejan en el resto de artículos de dicha norma.

El principio de uso equitativo y razonable se refiere a que un Estado del curso de agua tiene el derecho correspondiente en su territorio, a una participación razonable y equitativa en el uso y disfrute de un curso de agua internacional. Es decir, el derecho de utilizar el curso de agua internacional de manera equitativa y razonable y la obligación de no sobrepasar los límites de su derecho de utilización equitativa. En ese contexto, se advierte que el uso de un curso de agua internacional debe lograr el disfrute máximo posible para todos los Estados del curso de agua y la máxima satisfacción posible de todas sus necesidades, con el mínimo detrimento, o el mínimo de necesidades insatisfechas, para cada uno de ellos. En ese marco, esta norma garantiza que todos los Estados ribereños de un curso de agua vean satisfechos

²²⁷Oligino A. (2022). *Due Diligence Obligations in International Law*, Ed. Cambridge.

sus intereses respecto a este, por lo cual el Estado que hace uso del curso debe tomar las acciones necesarias para garantizar que ese derecho no se vea comprometido.

Al igual que el artículo 7, esta norma exige que el Estado realice “el mejor esfuerzo” para lograr que todos los ribereños realicen una “utilización óptima y un disfrute máximo” del curso de agua, dicha noción además es complementada con la obligación de los Estados de realizar una “protección adecuada” del curso, la cual implica según la CDI tomar las “medidas relativas a la conservación, la seguridad y las enfermedades de origen hídrico, sino también las medidas de control, en el sentido técnico, hidrográfico, del término, como las adoptadas para regular la corriente, luchar contra las inundaciones, la contaminación y la erosión, aliviar la sequía y luchar contra la intrusión de agua salada”²²⁸.

Así, el artículo 5 de la Convención tampoco es tan claro en su referencia a las medidas que el Estado debe adoptar para lograr su meta que es la “utilización óptima y un disfrute máximo” del curso de agua. No obstante, en correlación con el artículo 7 dicha norma hace hincapié en algunas medidas específicas para cumplir su cometido, como por ejemplo las medidas que debe tomar el Estado para evitar enfermedades de origen hídrico, además especifica que el Estado debe tomar “medidas de control” para luchar contra la intrusión de agua salada²²⁹. Medidas que no son especificadas en el Artículo 7 de la Convención, pero que muestran un cierto grado de certidumbre que procura darle la norma a la obligación de debida diligencia.

Además, se introduce en este artículo como una medida que debe ser considerada con el uso de un curso de agua, la “participación equitativa” que implica una cooperación entre Estados “en medidas, trabajos y actividades dirigidos a lograr una utilización óptima del curso de agua internacional compatible con una protección adecuada del mismo...”²³⁰.

El artículo 6, se refiere a los factores que los Estados del curso de agua deben considerar para realizar una utilización equitativa del recurso. Entre ellos se tienen factores físicos, económicos y sociales, usos existentes y potenciales, entre otros. Dichos factores son indicativos y no exhaustivos y por ende también se relacionan con las medidas que el Estado debe considerar para su uso. Asimismo, determinarán los efectos del uso en otros Estados del curso de agua²³¹.

²²⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994)... p.104.

²²⁹ Naciones Unidas (ONU), Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)...Art.27.

²³⁰ *Ibid*, pp. 104.

²³¹ *Ibid*. Art. 6.

En el caso del Artículo 7, como señalamos anteriormente, el ejercicio de la debida diligencia también implica que los Estados del curso de agua realicen “el mejor esfuerzo” para evitar o impedir que se cause el hecho que produzca el daño y no evitar el daño per se. Al respecto, la CDI aclara en sus comentarios sobre el artículo 7 que “cuando, **de manera intencionada o negligente, ha causado** el hecho que había que evitar o, **de manera intencionada o negligente, no ha impedido** que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos”²³².

A pesar de que dicha norma no especifica “las medidas apropiadas” que debe realizar el Estado como actos de debida diligencia, la Comisión en sus comentarios sobre dicho artículo, se refiere alguna de las acciones que deben asumir los Estados del curso de agua. Por ejemplo, la Comisión aclara en sus comentarios que el artículo busca “evitar el daño sensible **en la medida de lo posible** llegando a la vez a un resultado equitativo en cada caso concreto”²³³. Así como hacer un uso óptimo del curso de agua. También considera que, pese al ejercicio de la debida diligencia en la utilización de un curso de agua internacional, un uso causa no obstante daños sensibles a otros Estados del curso de agua, los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas a efectos de mitigar estos daños. Además, señala “que, salvo que exista un acuerdo con respecto a ese uso, el Estado cuyo uso causa los daños **consulte** con los Estados del curso de agua que lo están sufriendo”²³⁴.

Es decir, que otras de las acciones que el Estado debe realizar es **consultar** a fin de determinar si un uso del curso de agua fue equitativo y razonable, teniendo en cuenta la lista de factores del artículo 6. Asimismo, los Estados del curso de agua deben negociar a efectos de resolver sus controversias respecto de un uso que pueda causar daños transfronterizos significativos²³⁵.

En ese sentido, se advierte que el propio alcance de la obligación de debida diligencia está de alguna manera delimitado en parte en la norma primaria Convención de Nueva York, lo cual contribuye a que la flexibilidad e incertidumbre que se identifica en dicho estándar sea de alguna manera superado.

4.2.2 El estándar de debida diligencia aplicado a las obligaciones procedimentales

Además de las normas sustantivas ya analizadas, el estándar de debida diligencia también se complementa con las obligaciones procedimentales previstas en la Convención

²³² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994)... , p. 110.

²³³ *Ibid.* p. 110.

²³⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994)... p. 111.

artículos 9, 11 y 12 principalmente. Dichas obligaciones también permiten dilucidar el contenido del estándar de debida diligencia puesto que establecen las medidas que deben tomar los Estados de un curso de agua, entre ellas se tienen, por ejemplo, las obligaciones de intercambio de datos e información, información de medidas proyectadas y notificar las medidas proyectadas.

La obligación de intercambiar datos e información se constituye en una de las medidas que el Estado debe tomar a efectos de cumplir con la obligación de hacer un uso equitativo de los cursos de agua internacionales. También tiene el objetivo de procurar evitar que se produzca un daño significativo que afecte el derecho e intereses de los Estados ribereños. En ese contexto, la Convención prevé que los Estados ribereños deberán intercambiar “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...”²³⁶.

Esta obligación no está ligada como el resto de las obligaciones procedimentales, a que el Estado proyecte medidas para el uso de las aguas; más bien constituye como señala la CDI un proceso continuo y sistemático. Además, que la información que comparte el Estado, es la que tiene a mano, es decir, la información que por ejemplo, hubiera obtenido para su propio uso o la que le sea fácil de obtener. La CDI considera como factores que pueden determinar la “facilidad” de la obtención de esos datos, por ejemplo: i) el esfuerzo y costo que pueda entrañar su obtención, ii) recursos humanos, técnicos, financieros y de otra índole²³⁷.

Los Estados también están obligados a intercambiar datos e información no solo respecto al Estado presente del curso de agua sino respecto a las previsiones como por ejemplo “pautas meteorológicas y sus posibles efectos en los niveles y corrientes de agua, las previsiones en materia de congelamiento, los posibles efectos a largo plazo de los usos actuales y el estado o movimiento de los recursos vivos”²³⁸.

El artículo 11 de la Convención se refiere a la obligación de informar sobre las medidas proyectadas. Dicha obligación consiste en que los Estados de un curso de agua deben informar y consultar y si es necesario negociar con el otro ribereño de un curso de agua internacional respecto a sus medidas proyectadas, es decir los proyectos que tengan respecto al curso de agua. La obligación comprende todos los efectos potenciales, tanto perjudiciales

²³⁶ Naciones Unidas (ONU), Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)..., Art. 9

²³⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994)..., p.115

²³⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994)...), p p. 116

como beneficiosos de dichas medidas y también puede ser considerada –valga la redundancia- como una medida que los Estados deben cumplir en el marco de la debida diligencia.

La CDI aclara que la palabra “medidas” “...debe entenderse en sentido amplio, puesto que abarca tanto los nuevos proyectos o programas de mayor o menor importancia como las modificaciones de los usos existentes del curso de agua internacional”²³⁹.

El Artículo 12 de la Convención se refiere a la obligación de notificar las medidas planificadas que puedan causar un efecto perjudicial, misma que también puede ser considerada como una medida de debida diligencia. Dicha obligación también está relacionada con los proyectos o programas que todo Estado de un curso de agua vaya emprender, con una particularidad, dicha obligación se activa en caso de que exista riesgo de perjuicio apreciable, que constituye un umbral menor al del “daño significativo” previsto en el artículo 7, lo que puede implicar que sea menos grave a los efectos de la prevención. Según la CDI, ello implica que no se presuma que las medidas proyectadas por los Estados ocasionarán “daño significativo”, en el sentido de lo previsto en el artículo 7.²⁴⁰

La obligación no solo se refiere a las medidas proyectadas por el Estado, sino también a las proyectadas por entidades privadas autorizadas por este. No obstante, el responsable del cumplimiento de la obligación sigue siendo el Estado, quien deberá tomar las medidas (relativas a ejercer su debida diligencia), a efectos de autorizar o no la ejecución de programas o proyectos que desee realizar la entidad privada.

La notificación debe ser oportuna, es decir, debe ser realizada antes de que el proyecto haya alcanzado una fase demasiado avanzada para que puedan celebrarse si fuera necesario. La CDI aclara que “que el Estado notificante no está obligado, en general, a realizar investigaciones adicionales a petición de un Estado potencialmente afectado, sino que sólo debe proporcionar los datos e información pertinentes que se hubieran reunido en relación con el uso proyectado y de los que pudiera disponer sin dificultad”²⁴¹.

4.2.3 El estándar de debida diligencia aplicado a otras obligaciones

A parte de las ya mencionadas, existen otras obligaciones también importantes que complementan el deber de debida diligencia previsto en la Convención como se detalla a continuación:

²³⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994), V. 2, Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2), p. 118.

²⁴⁰ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional Consuetudinario (1994)...p. 119.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 119.

Entre las obligaciones sustantivas, por ejemplo, se tiene la obligación de cooperar, que como principio del derecho internacional ha sido rescatado por parte de la Convención. Así el Artículo 8 de la Convención señala que "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 internacional²⁴². Es decir, que la cooperación entre Estados ribereños tiene el objetivo de preservar la distribución equitativa de un curso de agua y facilitar el funcionamiento de las reglas procedimentales ya citadas.

De acuerdo numeral 2 de la Convención "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"²⁴³. Aquí se advierte otra vez la flexibilidad de actuación de los Estados a efectos de determinar que modalidades de cooperación considerarán.

Por último, cabe considerar el resto de las obligaciones previstas en los artículos 20 al 26 que se refiere a las obligaciones de protección y preservación de ecosistemas, entre las que figuran la prevención reducción y control de la contaminación, introducción de especies extrañas, protección y preservación del medio marino, entre otras. Dichas obligaciones también están sujetas a la conducta de los Estados ribereños **para prevenir el daño** prevista en el artículo 7²⁴⁴.

Entre las más importantes y que analizamos a continuación se tiene la obligación de la prevención reducción y control de la contaminación. Al respecto, el artículo 21 de la Convención se refiere a la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación. De acuerdo a esta norma se entiende por contaminación de un curso de agua internacional, "toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional que sea resultado directo o indirecto de un comportamiento humano"²⁴⁵.

Como se analizará posteriormente y como ya mencionó en la parte introductoria de este capítulo, esta obligación en particular fue objeto de observaciones por parte de los miembros del Consejo quienes señalaron que la obligación de debida diligencia en el caso

²⁴² *Ibid*, Art. Art.8

²⁴³ *Ibid*, Art. Art.8

²⁴⁴ *Ibid*. Artículos 20-26.

²⁴⁵*Ibid.*, p.130.

de la contaminación es demasiado vaga y subjetiva, puesto que dejaba bastante librado al arbitrio de los Estados la cuestión de responsabilidad, lo que implicaba una carga demasiado pesada para los Estados involucrados. Esta observación como veremos en el siguiente acápite ha sido superada en parte por las propias determinaciones de la Convención, no obstante, cuando de la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación, se trata, cabe considerar algunos aspectos que se desarrollan a continuación.

La CDI realizó ciertas aclaraciones respecto al concepto de contaminación, implicando que este: i) No se refiere a ningún tipo en concreto de contaminación; ii) la definición se refiere a toda alteración nociva (es decir, no prejuzga la cuestión del umbral a partir del cual la contaminación es ilícita); iii) no menciona ningún efecto nocivo específico, como los daños a la salud humana, a los bienes o a los recursos vivos, podría ser cualquiera de estos; iv) no se refiere a los medios por los que se causa una contaminación como la intrusión de sustancias, energía, etc, solo exige que la intrusión nociva resulte de un comportamiento humano y, v) la definición no incluye las alteraciones «biológicas», estas se tratan por separado en el artículo 22²⁴⁶.

La segunda parte del artículo hace referencia a las obligaciones del Estado de prevenir, reducir y controlar la contaminación. La primera de estas tres acciones, es decir, la prevención, se refiere a la nueva contaminación de los cursos de agua internacionales, mientras que las obligaciones de “reducir” y “controlar” se refieren a la contaminación existente. Como se podrá advertir a continuación, en este artículo, para referirse a las medidas que los Estados deben desarrollar como sus obligaciones de debida diligencia, la CDI realiza una aplicación específica de los artículos 5 y 7²⁴⁷.

Al respecto en aplicación general del Artículo 7, considera en primera instancia que la obligación de “prevenir”, como señalamos anteriormente, implica la obligación de tomar las medidas necesarias a efectos de evitar que no se produzca una nueva contaminación. La CDI cita como ejemplo de dichas medidas la obligación de proteger los ecosistemas, en sentido de que el Estado tome las medidas pertinentes a efectos de prevenir el riesgo de daño a estos, especialmente con respecto a sustancias peligrosas a ser incluidas en estos como las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas²⁴⁸.

Por su parte las obligaciones de reducir y controlar responden en la práctica a los casos en los que ya existe contaminación, por lo que se espera que el Estado de origen haga

²⁴⁶ *Ibid.* p. 131.

²⁴⁷ *Ibid.* p. 130.

²⁴⁸ *Ibid.* p.130.

todo lo posible por reducir la contaminación hasta un nivel mutuamente aceptable para ambos Estados ribereños (Estado de origen y Estado donde se produjo la contaminación)²⁴⁹. Estas acciones del Estado están relacionadas con la exigencia de que disminuya inmediatamente “la contaminación existente que causa tales daños podría, en algunos casos, crear excesivas dificultades, especialmente en aquellos en que el perjuicio ocasionado al Estado del curso de agua de origen fuera manifiestamente desproporcionado en relación con el beneficio que fuese a obtener el Estado del curso de agua víctima del daño”²⁵⁰. Por ello, si el Estado origen no toma las acciones necesarias al efecto, se estaría hablando del incumplimiento de la obligación con debida diligencia.

Ya en aplicación del artículo 5, la Comisión comenta lo dispuesto en el Artículo 20 que se refiere a las medidas individuales o conjuntas que puede tomar el Estado de origen a efectos de reducir y controlar la contaminación. Por ejemplo, los Estados pueden participar en la protección del curso de agua internacional de manera equitativa y razonable o cooperar de acuerdo al Artículo 8 a fin de lograr una protección adecuada del curso de agua internacional y los Estados también pueden armonizar sus políticas, lo que implique que dichos Estados, adopten políticas similares en relación a la contaminación a efectos de evitar los problemas que surgieron cuando de contaminación se trata.

La Comisión también aclara que dicha armonización implica un proceso en dos sentidos: i) la adopción de diversas disposiciones y ii) la continuación de los esfuerzos de cooperación para mantener esa armonización a medida que cambian las circunstancias.

Por último, la Comisión se refiere a que los Estados deben celebrar consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias que, en razón de su carácter peligroso, deben ser objeto de reglamentación especial. Tales sustancias son principalmente las que son tóxicas, persistentes o bioacumulativas.

Asimismo, la Comisión comenta en el párrafo tercero respecto del artículo 21, los Estados tienen la obligación de confeccionar listas de sustancias que, en razón de su carácter peligroso, deben ser objeto de reglamentación especial, lo que no implica de acuerdo a esta dejar de lado, cualquier otra alteración nociva resultante de la conducta humana²⁵¹.

La debida diligencia que se debe desarrollar a efectos del cumplimiento de la obligación de “prevenir, reducir y controlar la contaminación” está relacionada con las obligaciones sustantivas y procedimentales que la propia convención determina, por lo que

²⁴⁹ *Ibid.* p.130.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 130

²⁵¹ *Ibid.*, p. 131.

se puede decir que, la norma primaria delimita de cierta manera las acciones que el Estados origen de la Contaminación debe asumir a efectos de su debida diligencia de forma general. Por lo que, los Estados del curso de agua tienen delimitada de cierta manera su accionar y pueden en muchos casos desarrollar el seguimiento de las acciones de su vecino ribereño a efectos de proteger sus intereses²⁵².

Por otro lado, de forma más específica la misma convención y la propia norma establecen algunas obligaciones complementarias que los Estados deben cumplir a efectos de “reducir y controlar” la contaminación, tal es el caso ya analizado entrar en consultas a efectos de confeccionar listas que puedan resultar peligrosas para los cursos de agua o uniformizar políticas respecto a la contaminación, por lo que la futura responsabilidad de los Estados por las obligaciones de “reducir y controlar” la contaminación no están del todo libradas a la voluntad del Estado de origen como observaba la Comisión²⁵³.

4.3 Las observaciones de algunos miembros de la comisión de derecho internacional respecto a la debida diligencia como estándar de conducta para establecer la responsabilidad de no causar daño

No obstante, lo analizado anteriormente, durante el proceso de codificación del derecho de los usos de los cursos de agua, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional cuestionaron en el pasado la aplicación de debida diligencia como un estándar de conducta a ser incluido en el proyecto de artículos, considerando que podría ser un inconveniente importante en el caso de la contaminación del agua, teniendo en cuenta que era demasiado vaga y subjetiva para servir como estándar de responsabilidad; en su opinión, respecto a la responsabilidad de causar daños, considerando que: 1) dejaba al arbitrio de cada Estado la cuestión de la responsabilidad, 2) constituiría una carga demasiado pesada para el Estado perjudicado, habida cuenta de que sólo el Estado de origen tendría la posibilidad de demostrar si había obrado con la diligencia debida, 3) hacía descansar la responsabilidad en la ilicitud en vez del riesgo y 4) los Estados se sentirían tentados de eludir su responsabilidad tratando simplemente de probar que habían cumplido su obligación de diligencia²⁵⁴.

A continuación, se analizan cada una de estas observaciones:

²⁵² *Ibid.* 131.

²⁵³ *Ibid.* p. 131.

²⁵⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, (1988), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1988, Sesión. 2070, pp.33-34

4.3.1 El estándar de debida diligencia deja al arbitrio de cada estado la cuestión de la responsabilidad

Anteriormente se ha demostrado que la Convención delimita de cierta manera la conducta que deben asumir los Estados del curso de agua a efectos de no causar daño significativo. En ese sentido, aunque la debida diligencia que deben asumir los Estados para prevenir este daño está librada a que se tomen “todas las medidas apropiadas”, no es del todo evidente que la responsabilidad esté librada únicamente al arbitrio de los Estados de origen, como sugirieron los miembros de la Comisión.

La tesis de los miembros de la Comisión parece basarse en que al ser la obligación de debida diligencia una “norma de conducta y no de resultado”, la determinación de la **responsabilidad internacional**, respecto al cumplimiento de la misma, estaría únicamente adscrita al poder de los Estados de demostrar que esta existió o no existió. Sin embargo, corresponde considerar lo siguiente:

La norma primaria (Convención de Nueva York) como demostramos anteriormente, delimita de cierta manera esa conducta de los Estados del curso de agua. En primera instancia las normas sustantivas previstas en la Convención de Nueva York están relacionadas con la obligación de no causar daño significativo, puesto que ofrecen una orientación a los Estados del curso de agua respecto a las medidas que deben adoptar estos a efectos de prevenir el daño. Por ejemplo, el principio de uso equitativo y razonable establece que los Estados tienen la obligación de no sobrepasar los límites de su derecho a una utilización equitativa y realizar una protección adecuada del recurso o cooperar activamente con los demás Estados del curso de agua en su protección.

La obligación de cooperar entre Estados, contribuye en la utilización equitativa de un curso de agua y es importante para la preservación y protección del mismo, teniendo en cuenta que la cooperación se hace visible al cumplimiento de otras obligaciones previstas en la misma Convención tales como la obligación de intercambiar datos e información la obligación de notificar y consultar entre otras, que tienen como uno de sus objetos la prevención del daño transfronterizo significativo.

Las obligaciones procedimentales son más específicas y no están libradas al arbitrio de los Estados, sino que conllevan determinaciones definidas a efectos de prevenir el daño transfronterizo significativo, por ejemplo, cuando existe riesgo de efecto transfronterizo significativo, los Estados tienen la obligación de notificar al otro Estado del curso de agua con sus medidas planificadas previa realización de una Evaluación de Impacto Ambiental. Estas obligaciones a parte de delimitar la conducta de los Estados para prevenir el daño, disminuyen la flexibilidad de la norma cuestionada por los miembros de la CDI.

En ese sentido, es obvio que la conducta de los Estados de un curso de agua está delimitada de alguna manera por la Convención de Nueva York y por ende la responsabilidad que de ella emerge del Estado, no depende únicamente del arbitrio de los Estados. Si bien es cierto que los Estados de origen del posible daño son los que tendrán que ejercer las acciones que consideren pertinentes a efectos de “prevenir el daño”, no es menos evidente que la norma primaria ha establecido algunos elementos como los “umbrales” de actuación, algunos actos que debe cumplir el Estado para afrontar los posibles conflictos respecto al daño significativo como las consulta antes de que este ocurra, y otras acciones como la cooperación, elementos que ya se encuentran insertos en la Convención tal como se pudo evidenciar anteriormente.

A esto se suma que en la práctica Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia, también delimitó de alguna manera la conducta del Estado al señalar por ejemplo en el caso *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* que: “Adicionalmente, la Corte concluyó en ese caso que “podría considerarse hoy un requisito bajo el derecho internacional general llevar a cabo un estudio de impacto ambiental cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial, en particular, en un recurso compartido” —ICJ Reports 2010, (I), p. 83, para. 204—. Aunque la manifestación de la Corte en el caso de las plantas de celulosa se refiere a actividades industriales, el principio subyacente aplica de manera general a posibles actividades que pueden ocasionar un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial. Entonces, **para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar adversamente el medio ambiente de otro Estado, averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental**”²⁵⁵. (el resaltado es propio)

En ese sentido, es evidente que el estándar de debida diligencia, no deja del todo librado al arbitrio de cada Estado la cuestión de la responsabilidad por el cumplimiento del mismo como sugerían los miembros de la Comisión.

²⁵⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para. 204.

4.3.2 Constituiría una carga demasiado pesada para el estado perjudicado, habida cuenta de que sólo el estado de origen tendría la posibilidad de demostrar si había obrado con la diligencia debida

Si bien es cierto que, tal como ha sido diseñada la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo, los Estados de origen son los que tienen la facultad de demostrar que obraron con debida diligencia, cabe considerar que la Convención le permite al Estado que pudiera resultar perjudicado, hacer el seguimiento de las medidas planificadas de su contraparte.

En ese sentido, la Convención prevé en su artículo 12 la obligación de notificar y consultar, una obligación procedimental que le permite al estado que pudiera resultar afectado, tomar conocimiento de los proyectos o medidas que pretende implementar el otro estado del curso de agua. En ese sentido, el “Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados”²⁵⁶.

En esa línea, el artículo 12 de la Convención reconoce a cada Estado su derecho a conocer respecto de las medidas proyectadas por su vecino ribereño a través de la notificación. Por su parte, la CDI en sus comentarios respecto al artículo 7, consideró lo previsto en el Laudo Arbitral del *Lago Lanoux* que señalaba lo siguiente:

*“Un estado que desee hacer aquello que afectará un curso de agua internacional no podrá deslindar los intereses de los otros Estados que se verán afectados, el otro Estado es el único juez para juzgar aquello y tiene el derecho a ser informado sobre las propuestas ...”*²⁵⁷

Asimismo, la CDI rescata el siguiente razonamiento respecto de este Laudo en sus comentarios respecto al artículo 12:

“c) el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios; d) existe una «íntima relación entre la obligación de tener en cuenta en el curso de las negociaciones los intereses de la

²⁵⁶ Naciones Unidas (ONU), Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) Art. 12.

²⁵⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994), p. 112.

*otra parte, por un lado, y la obligación de proteger estos intereses de forma razonable en la solución elegida, por otro*²⁵⁸

Como se puede advertir de la lectura de dicho razonamiento, lo que se busca es garantizar que los intereses del Estado ribereño que pudiera resultar afectado, sean protegidos de alguna manera por parte del Estado de origen de las medidas, sin dejar de lado sus intereses propios. Por lo que, el Estado que pudiera resultar perjudicado también tiene la posibilidad de verificar si el Estado de origen de las medidas está obrando con la diligencia debida.

En ese mismo contexto, el artículo 18 de la Convención otorga a los Estados rivereños que consideran que las medidas de su vecino ribereño les afecta y que no le fueron notificadas la facultad de solicitar notificación de las mismas, si considera y tiene el sustento de que estas le ocasionarán daño, al respecto señala:

Procedimientos aplicables a falta de notificación

*“1. El Estado del curso de agua que tenga motivos razonables para creer que otro Estado del curso de agua proyecta tomar medidas que pueden causarle un efecto perjudicial sensible podrá pedirle que aplique las disposiciones del artículo 12. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.
2. En caso de que el Estado que proyecte tomar las medidas llegue no obstante a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12, lo comunicará al otro Estado y le presentará una exposición documentada de las razones en que se funde esa conclusión. Si el otro Estado no está de acuerdo con esa conclusión, los dos Estados entablarán sin demora, a petición de ese otro Estado, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.
3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado notificante no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un período de seis meses a menos que se acuerde lo contrario, si el Estado a que se haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que se haga la comunicación”*²⁵⁹.

De esta manera, los Estados de un curso que pudieran resultar afectados por las medidas planificadas de otros Estados, tienen la posibilidad de hacer seguimiento de las medidas que el Estado que planifica está tomando a efectos de no causar daño transfronterizo

²⁵⁸ *Ibid.* p. 120.

²⁵⁹ *Ibid.*, artículo 18.

significativo, por lo que, no es solo el Estado de origen el que tiene la oportunidad de demostrar que ha obrado con debida diligencia.

Otro mecanismo que la Convención prevé es la obligación de informar, aunque dicha obligación no se encuentra en la parte III “medidas proyectadas”, tiene básicamente una noción parecida a la de la notificación que es proporcionar información a los Estados del curso de agua para que puedan cumplir con sus obligaciones sobre el curso de agua, tal como lo señala la CDI en sus comentarios respecto al artículo 9²⁶⁰:

“...que se intercambien datos e información de manera regular tiene por objeto asegurar que los Estados del curso de agua dispongan de los elementos necesarios para poder cumplir sus obligaciones en virtud de los artículos 5, 6 y 7...”²⁶¹

En su texto la Convención señala en su artículo 9, lo siguiente:

“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...”²⁶²

De la lectura del punto 1 de este artículo se advierte que, el intercambio de datos e información también constituye una forma incluso más amplia en la que el Estado de un curso de agua que pudiera resultar perjudicado, así dicho estado podría tomar conocimiento de las medidas que su vecino ribereño pretenda implementar en el marco de la cooperación entre Estados más bien voluntaria y no coercitiva.

Los Estados del curso de agua necesitan datos e información relativos al estado del curso de agua para aplicar el artículo 6, en el que se requiere que los Estados del curso de agua tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes» al cumplir la obligación de utilización equitativa establecida en el artículo 5.

Además, esta cuestión ha quedado superada de alguna manera en la práctica de algunos Tribunales como es el caso de la Corte Internacional de Justicia, la cual en el caso *Pulp Mills* frente a la solicitud de Argentina que señalaba que la carga de la prueba no debía recaer únicamente en Argentina como solicitante, porque, en su opinión, el Estatuto de 1975 impone la misma carga de persuadir a uno de que la planta es inocua y al otro de que es

²⁶⁰ *Ibid.*, Art. 9.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 115.

²⁶² *Ibid.*, artículo. 9.

dañina, mientras que Uruguay manifestó que Argentina tenía la carga de la prueba, como solicitante, de conformidad con la jurisprudencia de larga data de la Corte²⁶³.

El Tribunal señaló que “la Corte considera que, de conformidad con el Principio bien establecido del *onus probandi incumbit actori*, es deber de la parte que afirma ciertos hechos establecer la existencia de tales hechos”... es de esperar que el Solicitante, en el caso primera instancia, presentar las pruebas pertinentes para fundamentar sus pretensiones. Sin embargo, esto no significa que el demandado no deba cooperar en el suministro de las pruebas que puedan estar en su posesión y que puedan ayudar a la Corte a resolver la controversia que se le ha sometido...”²⁶⁴.

4.3.3 Hacia descansar la responsabilidad en la ilicitud en vez del riesgo

La debida diligencia prevista en la Convención de Nueva York fue concebida como el nivel de cuidado que un estado debe mostrar a efectos de equilibrar su libertad de emprender con el derecho que tiene el otro Estado. No obstante, tanto la prevención como la debida diligencia en una primera instancia no se conceptualizaron como parte del nivel primario de anticipar el riesgo, sino como parte de la obligación primaria para reparar las actividades realizadas en su territorio con el respeto de los derechos de otros Estados²⁶⁵.

Sin embargo, no se debe desconocer que la misma Convención contiene algunas obligaciones que contribuyen a lo que se denomina “prevención”, entendida bajo el enfoque de anticipar el riesgo, tal es el caso por ejemplo de los artículos 9 (intercambio regular de datos e información) y 11 (información sobre las medidas proyectadas), con el cumplimiento de estas obligaciones los Estados pueden anticipar un posible riesgo de daño transfronterizo significativo, puesto que obtienen información anticipada de la situación de un curso de agua y de las medidas planificadas que pretenda ejercer su vecino ribereño.

También se puede considerar que la obligación prevista en el artículo artículo 12 (notificación y consulta) de la Convención contribuye al mismo fin “prevención”, teniendo en cuenta que permite a los Estados obtener información sobre las medidas planificadas de las cuales ya se ha identificado un “riesgo” de efecto perjudicial sensible. En sus comentarios sobre dicha obligación la CDI señala: “Debe entenderse que el umbral establecido por esta norma es más bajo que el determinante de los ‘daños sensibles’ a los que se refiere el artículo 7. Así, un ‘efecto perjudicial sensible’ puede no alcanzar el nivel de ‘daño sensible’ en el sentido del artículo 7”. En ese sentido, a pesar de no alcanzar el umbral de daño sensible, los

²⁶³ *Pulp Mills...para.* 161.

²⁶⁴ *Ibid.,para.* 162

²⁶⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (1994...,p.110.

Estados del curso de agua están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño.

Por lo que no se puede decir *a priori* que la Convención haga descansar la responsabilidad por el incumplimiento el estándar debida diligencia únicamente en la ilicitud del acto de los Estados en vez del riesgo.

4.3.4 Los Estados se sentirían tentados de eludir su responsabilidad tratando simplemente de probar que habían cumplido su obligación de debida diligencia

En sus comentarios sobre el artículo 7 del Proyecto de Artículos de la Convención de Nueva York, la CDI señaló que al tratarse de una obligación de conducta la obligación de debida diligencia implica "...que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible, ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, **de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido** que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos".

Como se puede advertir del comentario de la CDI, la responsabilidad podría generarse por acción u omisión "negligentes", esta noción aplica al concepto básico de la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la propia convención como toda norma muestra algunas particularidades para el establecimiento de responsabilidad por conducta negligente, que analizamos a continuación:

Existen otros parámetros más específicos para establecer si efectivamente se ha cumplido con dicha obligación, tal es el caso del "umbral de acción del esfuerzo" que desarrollan los Estados a efectos de evitar el daño. Por ejemplo, según la CDI el hecho de que "...un uso que cause daños sensibles a la salud y seguridad humanas se entiende que no es, intrínsecamente, equitativo ni razonable". Asimismo, "era importante reconocer que, como mínimo, es muy improbable que cualquier otra forma de **daño extremo** pueda verse contrapesado por los beneficios derivados de la actividad...".

Por otro lado, los Estados no solo deben adoptar medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su aplicación y el ejercicio de control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados. En sus comentarios respecto al artículo 7 la CDI se refiere a que el Estado del curso de agua debe "hacer lo necesario para disminuir los efectos" de una acción o inacción que implique un daño.

Esta misma noción se ha visto reflejada en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso "*Pulp Mills*" el Tribunal señaló que la obligación de debida diligencia: "es una obligación que implica no sólo la adopción de normas y medidas apropiadas, sino

también un cierto nivel de vigilancia en su aplicación y el ejercicio de control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, como el seguimiento de las actividades realizadas por dichos operadores”.

Por último, el mecanismo que prevé la Convención para que no se genere una “negligencia” es la negociación o las consultas, con el objetivo de delimitar los derechos e intereses de ambos Estados del curso de agua.

En ese contexto, cabe señalar que si bien es cierto que la responsabilidad del estado por debida diligencia depende de la conducta de los Estados, no es menos evidente que existen algunos parámetros para mediarla, los cuales incluso están previsto en la propia Convención de Nueva York y que también han sido considerados por Tribunales Internacionales, lo cual hace que la suposición de los miembros de la Convención de que los Estados pueden eludir su responsabilidad únicamente señalando que han cumplido con su obligación de debida diligencia, no es del todo cierta.

4.4 El significado y alcance de la flexibilidad del estándar

Tal como señalamos en la parte introductoria del presente capítulo, la llamada “flexibilidad” todavía hace que la misma sea cuestionada como estándar de conducta para evitar el daño transfronterizo significativo. En ese sentido, en el presente acápite se analiza esta característica de la obligación de debida diligencia.

Así, para los fines de la presente investigación diremos que la “flexibilidad” se trata de una categoría jurídica que se refiere principalmente al contenido de las reglas primarias a las que se aplica el concepto de debida diligencia. Fernando M. Mariño la define como “una categoría autónoma que formula el valor de la adaptación de los instrumentos convencionales en vigor, a las cambiantes exigencias de los conflictos de intereses que surgen continuamente en las relaciones interestatales ya reguladas por tratado internacional”²⁶⁶. En ese marco, se advierte que el alcance de la flexibilidad estará definido en la norma primaria que puede estar prevista en un tratado o convenio internacional, norma consuetudinaria, etc., tal es el caso de la Convención de Nueva York.

Como se advirtió en el primer capítulo de esta tesis, la obligación de debida diligencia tiene una naturaleza flexible, es una norma de conducta aplicable a un amplio rango de obligaciones internacionales, entre las que se encuentra la “obligación de no causar daño significativo” previsto en la Convención un concepto eminentemente flexible que está diseñado para tomar en cuenta los hechos y circunstancias de cada caso en particular de

²⁶⁶ Fernando M. Mariño Menéndez, *Revista española de derecho internacional*, ... pp. 1248-1250.

Nueva York y tiene gran capacidad de adaptación. Asimismo, como señala McCaffrey el concepto de debida diligencia está diseñado para tomar en cuenta los hechos y las circunstancias particulares de cada caso particular.

Cuando los miembros de la Comisión criticaron la flexibilidad como característica del estándar que se proponía, se refirieron a ella como demasiado vaga y subjetiva, considerando que a su entender la responsabilidad por causar daños debería ser más bien estricta, de modo que los Estados no puedan evadirla alegando que han ejercido la debida diligencia.

Sin embargo, la noción general es que la flexibilidad de la norma es bastante favorable a momento de considerar su aplicación puesto que, no se puede dejar de considerar los hechos y las circunstancias de cada caso particular, más si se tiene en cuenta la diversidad que caracteriza los diferentes cursos de agua y la dificultad consiguiente de generar principios básicos sobre estos. A pesar de ello, para McCaffrey “en el caso de los cursos de agua internacionales, puede resultar difícil establecer la existencia de estos estándares mínimos generalmente aceptados con respecto a un problema particular, dada la singularidad de cada curso de agua y la escasez de instrumentos globales en el campo...”.

La Comisión de Derecho Internacional ha salvaguardado esta situación incluyendo la noción de que la mejor opción de hacer frente a la diversidad que caracteriza los cursos de agua es: Primero de la formulación de un “un acuerdo marco o básico que proporcione a los Estados partes los principios y reglas generales” tal es el caso de la Convención de Nueva York y en segundo lugar a través de acuerdos específicos sobre los cursos de agua que tomen en cuenta sus características particulares.

Según Alice Oligino y el propio McCaffrey, las normas primarias, es decir, los Tratados, acuerdos, convenios, etc. reducen de cierta manera la flexibilidad del estándar considerando que establecen normas y reglas de conducta que delimitan de cierta manera el accionar del Estado, tal como se analizó anteriormente en el alcance de la obligación de debida diligencia. Sin embargo, se puede considerar como parte del presente análisis los siguientes aspectos:

El accionar del Estado del curso, en el caso de algunas obligaciones previstas en la Convención, dependerá de ciertos factores que la misma Convención establece, así por ejemplo, la determinación de si un uso del curso fue “equitativo y razonable” depende de los factores previstos en el Art. 6 de la Convención, lo cual le daría cierta certidumbre a la norma reduciendo su flexibilidad, delimitando hasta cierto punto la actuación del Estado, sin embargo, dicha lista de factores no es exhaustiva sino indicativa, por lo que, la determinación de que factores son pertinentes para evaluar un uso dependerá de las circunstancias de cada caso y de las características de cada curso de agua, advirtiéndose nuevamente la contribución del carácter flexible de la norma.

Por otro lado, considerando que la obligación de no causar daño significativo, también está circunscrita al principio de uso equitativo y razonable para equilibrar los intereses en juego, cuando se trata de evaluar el accionar del Estado cuando el daño es un factor a considerar, se advierte que la Convención no delimita a través de factores la evaluación de la conducta del Estado, estableciendo más bien, normas tanto sustantivas como procedimentales a efectos de delimitar dicha conducta. Al respecto, algunas normas procedimentales como la obligación de informar, notificar y consultar, se muestran más bien específicas y no tan ambiguas como la propia obligación sustantiva de no causar daño significativo o la cooperación y no están libradas a las circunstancias y criterio de los Estados. No obstante, otras obligaciones procedimentales como la protección y preservación de los ecosistemas, prevención, reducción y control de la contaminación, medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos, entre otras, dependen de que el Estado del curso de agua tome “todas las medidas apropiadas” para cumplir con su mandato, lo que implica que están libradas a las circunstancias particulares de cada caso, donde se advierte la flexibilidad de la norma y por ende su adaptabilidad.

En la práctica ante tribunales internacionales se ha evidenciado de alguna manera esa adaptabilidad a las circunstancias particulares propias del carácter flexible de la norma, por ejemplo en el caso *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* la Corte Internacional de Justicia estableció que existían varios factores para señalar que podría existir un riesgo de daño transfronterizo significativo, por ejemplo la extensión de la carretera a lo largo del río San Juan, su ubicación cercana al río, el que la carretera fuera construida en áreas forestadas, ya generaban el hecho que había que prevenir y por ende la obligación de actuación del Estado, en este caso de Costa Rica debió haber realizado una Evaluación de Impacto Ambiental respecto a su proyecto²⁶⁷.

En este caso la flexibilidad del estándar hizo que los jueces de la Corte consideraran los factores propios del caso, a efectos de pronunciarse sobre su obligación de ejercer debida diligencia. La Corte estableció que Costa Rica debió realizar cierta acción a efectos de “prevenir el daño transfronterizo significativo”, considerando que su Obligación de actuar había quedado habilitada desde el momento en que se advirtió la existencia de riesgo de daño significativo.

En ese sentido, si bien es evidente que la flexibilidad del estándar debida diligencia apertura bastante el nivel de acción del Estado a efectos de tomar las medidas para prevenir

²⁶⁷ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, párr. 155-156 y 162.

un daño transfronterizo significativo, no es menos evidente que, la propia Convención de Nueva York en su carácter de norma primaria delimita de cierta manera ese accionar y el mismo carácter flexible de la norma contribuye a que esta pueda regular apropiadamente la diversidad de cursos de agua que existen.

4.5 Análisis práctico de la aplicación del estándar de debida diligencia en su contribución al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo

Como resultado de la investigación empírica desarrollada, se han identificado dos casos representativos de la no noción -el estándar debida diligencia contribuye al cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo significativo-. No obstante, antes de entrar en materia cabe hacer algunas aclaraciones teniendo en cuenta el análisis realizado en los anteriores acápite:

- i. Conforme a los parámetros previstos en el artículo 7 de la Convención de Nueva York, la prevención de la obligación de no causar daño depende de la obligación de debida diligencia.
- ii. El objetivo de la obligación de no causar daño significativo no implica que no deba ocurrir el daño *per se*, sino que depende de la debida diligencia que los Estados tomen a efectos de prevenirlo.
- iii. El objetivo de la obligación de no daño implica garantizar a los Estados ribereños, su derecho al uso de los cursos de agua internacionales.
- iv. En esa lógica, si por algún motivo se determina que un Estado de un curso de agua ha omitido, por ejemplo, desarrollar ciertas actividades que debió hacer para prevenir el daño, ello no implica *per se* que exista un daño transfronterizo significativo.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, se puede advertir que la investigación empírica arroja los siguientes resultados:

1.- Varios de los argumentos de los Estados relacionados con el incumplimiento de la obligación de debida diligencia para prevenir el daño transfronterizo significativo, se fundan en obligaciones procedimentales previstos en la norma específica o *lex specialis* que rige el uso de los cursos de agua como se verá posteriormente, por ejemplo, la obligación de notificar, de informar o desarrollar una Evaluación de Impacto Ambiental.

2.- Si bien la Corte Internacional de Justicia ha establecido en muchos casos que existe un incumplimiento de la obligación procedimental de debida diligencia, ello no necesariamente ha ameritado que la Corte concluya que, por ese motivo, se produjo un daño transfronterizo significativo.

3.- La noción de que las acciones de debida diligencia (medidas apropiadas) que deben realizar los Estados del curso de agua, contribuye a la prevención del daño transfronterizo significativo (cumplimiento de dicha obligación), ha quedado cimentada en el Derecho Internacional contemporáneo.

4.- No en todos los casos en los que hubo negligencia de parte de los Estados del curso de agua, existe necesariamente un daño transfronterizo significativo, dado que la obligación constituye una conducta y no de resultado.

5.- Una buena forma de la contribución del estándar debida diligencia en la prevención del daño transfronterizo significativo (cumplimiento de la obligación), es la determinación del cumplimiento de obligaciones procedimentales de debida diligencia que ha hecho la Corte Internacional de Justicia. La misma que ha analizado de manera general el Derecho especial previsto en Acuerdos Internacionales específicos y el Derecho Internacional Consuetudinario.

Caso 1: Caso concerniente a las Plantas de Celulosa en Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)

Resumen del Caso:

El año 2002, la empresa Celulosas de M'Bopicuá SA” (en adelante “CMB”), comenzó sus gestiones ante las autoridades uruguayas para la construcción de la planta CMB. Asimismo, el mismo año informaron a la CARU (Comisión Administrativa del Río Uruguay) sobre el proyecto. En 2003, dicha empresa presentó ante autoridades uruguayas un documento denominado Estudio de Impacto Ambiental, tomando nota de este documento también la CARU. Posteriormente en octubre de 2003, Uruguay emitió una autorización para la construcción de la planta CMV (ENCE), para entonces la CARU no había terminado su evaluación técnica del proyecto.

En octubre de 2003, Uruguay transmitió a Argentina copias de la Evaluación de Impacto Ambiental, el informe de evaluación final del Ministerio de Medio Ambiente de Uruguay, y, la autorización para la construcción de la planta emitida por Uruguay. Argentina reaccionó señalando que Uruguay no había observado el artículo 7 del Estatuto de 1975 y que los documentos transmitidos no parecían adecuados, en ese contexto, ambos países comenzaron algunas reuniones de consulta.

En mayo de 2004, la CARU emitió un informe en el que elaboró un plan de monitoreo de la calidad del agua en el área de las plantas de celulosa y posteriormente en noviembre de ese año aprobó el plan.

El año 2007, comenzó la construcción de la segunda planta Orión (Botnia) en el margen izquierdo del río Uruguay. Cabe considerar que en 2003 tras informar sobre el

proyecto a Uruguay, la empresa Botnia SA había solicitado autorización ambiental inicial para la construcción de la planta la cual le fue otorgada en abril de 2004.

Posterior a ello se suscitaron varias reuniones entre la empresa, autoridades uruguayas y CARU, que derivó en la solicitud de más información por parte de CARU. En 2005 Uruguay autorizó el despeje del nuevo molino y movimientos de tierra asociados. Luego continuaron las reuniones durante las cuales Argentina mostró su preocupación por el proyecto.

En 2006, Argentina sometió la controversia de construcción de las plantas ante la Corte Internacional de Justicia, durante el cual se discutió si Uruguay había cumplido con sus obligaciones procesales bajo dicha norma al emitir las autorizaciones para la construcción de las plantas CMC (ENCE) y Orion (Botnia) y su puerto adyacente. Asimismo, trata de si Uruguay cumplió con sus obligaciones sustantivas bajo el Estatuto desde la puesta de la planta Orion en 2007.

Finalmente, tras cuatro años de litigio, la Corte emitió su Fallo determinando que Uruguay ha incumplido sus obligaciones procedimentales previstas en el artículo 7 al 12 del Estatuto de 1975, empero que no había incumplido sus obligaciones sustantivas.

Análisis de la posición de las Partes respecto a la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo.

Análisis del Fallo emitido por la Corte

Posición de las partes

Argentina

Argentina señaló durante el juicio que al no notificar a la Argentina, los proyectos de las Plantas CMB (ENCE) y Orio (Botnia), a través de la CARU, con toda la documentación necesaria, Uruguay no cumplió con lo dispuesto en el artículo 7, párrafos segundo y tercero del Estatuto de 1975²⁶⁸.

Asimismo, considera que los contactos informales que Uruguay o la CARU hayan podido tener con las empresas en cuestión, no pueden sustituir a la remisión por parte de Uruguay del asunto a la CARU y la notificación correspondiente a la Argentina de los proyectos a través de la Comisión.²⁶⁹

²⁶⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay*para.82

²⁶⁹ *Ibid.*, para. 82

Uruguay ha incumplido todas sus obligaciones procesales previstas en los artículo 7-12 del Estatuto.

Del análisis de la posición de Argentina se puede advertir que, esta se vale del supuesto incumplimiento de la obligación procedimental de informar previsto en el acuerdo internacional, Estatuto de 1975, para señalar que no hubo prevención del daño transfronterizo significativo por parte de Uruguay a raíz de que no obró con debida diligencia.

Uruguay

Para Uruguay la remisión del asunto a la CARU no impone una restricción tan grande como la que sostiene Argentina, teniendo en cuenta que, las partes pueden acordar, utilizar vías distintas, empleando otros mecanismos procesales para lograr la cooperación.²⁷⁰

En ese sentido, considera que no ha incumplido las obligaciones procesales establecida por el Estatuto de 1975, aun cuando las haya cumplido sin seguir al pie de la letra el proceso formal allí establecido²⁷¹.

Decisión de la Corte Internacional de Justicia

En este caso, la Corte señala que la obligación procedimental de informar de acuerdo a los términos del Estatuto de 1975 suscrito entre Argentina y Uruguay, debía ser ejercida por Uruguay a través de un órgano administrativo creado por las partes para eso, la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU). La Corte estableció que dicha Comisión tenía una existencia propia, además de ejercer todos los derechos y deberes y cumplir las funciones que le atribuye el Estatuto²⁷².

Así, para la Corte, la obligación del Estado de iniciar la actividad proyectada de informar a la CARU, constituye el principio del mecanismo procesal en su conjunto que permite a ambas partes alcanzar el objetivo del Estatuto de 1975, es decir, el aprovechamiento óptimo y la prevención del daño²⁷³. Osea que, para la Corte, la obligación de informar es una obligación que permite prevenir el daño transfronterizo significativo.

De acuerdo a los términos del artículo 7 del Estatuto, no se requiere de un umbral de daño para que se active la obligación de informar. En ese marco, dicha obligación está enmarcada en los términos de la norma sustantiva que la prescribe y no necesariamente coincide con lo que determina el Derecho Internacional Consuetudinario o general que refiere

²⁷⁰ *Ibid.*, para. 82.

²⁷¹ *Ibid.*, para. 82.

²⁷² *Ibid.*, para. 91.

²⁷³ *Ibid.*, para. 94.

un umbral específico, como en el caso de la Convención de Nueva York que se refiere “al riesgo efecto sensible” pero no daño significativo.

La Corte considera que, de acuerdo a los términos del Estatuto, la obligación de informar constituye el inicio del resto de un procedimiento para prevenir el daño, otorgándole a la CARU la determinación de evaluar preliminarmente si una actividad, en este caso de la de la construcción de las fábricas, podría constituir daño significativo, para luego proseguir con otras acciones orientadas a la prevención. Es decir, que la Corte considera que la acción de informar como medida de debida diligencia, contribuirá al cumplimiento de la obligación prevenir el daño, esto se hace evidente cuando la Corte señala:

“... un Estado está obligado a utilizar todos los medios a su disposición para evitar que las actividades que se realicen en su territorio o en cualquier zona bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente de otro Estado. Esta Corte ha establecido que esta obligación “forma parte ahora del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”.²⁷⁴

La Corte también resalta que pueden existir algunos perjuicios por no seguir el procedimiento adecuado para prevenir daño, como, por ejemplo, deterioro de la navegación, del régimen del río o la calidad de las aguas, lo cual no habría previsto en este caso Uruguay al no transmitir la información a la CARU conforme lo indica el artículo 7 del Estatuto²⁷⁵.

Teniendo en cuenta estos factores, la Corte concluye que, al no informar sobre las obras proyectadas antes de la emisión de las autorizaciones para el proyecto a la CARU, Uruguay ha incumplido su obligación de informar prevista en el artículo 7 del Estatuto²⁷⁶.

Obligación de Uruguay de notificar los planes a la otra parte

Uruguay

En este caso Uruguay procura justificar ante la CIJ sus acciones respecto a notificación del proyecto, señalando que había transmitido a la CARU evaluaciones de impacto ambiental desarrolladas de conformidad con su legislación en 2003 (para el proyecto CMB) y en 2005 (para el Proyecto Orion)²⁷⁷.

²⁷⁴ *Ibid.*, para. 101.

²⁷⁵ *Ibid.*, para. 105.

²⁷⁶ *Ibid.*, para. 105.

²⁷⁷ *Ibid.*, para. 117.

Asimismo, señala que no estaba obligado a transmitir (notificar) Estudios de Impacto Ambiental a Argentina antes de emitir las autorizaciones ambientales iniciales a las empresas, ya que dichas autorizaciones se adoptaron conforme a su norma interna²⁷⁸.

Argentina

Argentina señala por su parte que las Evaluaciones de Impacto Ambiental que Uruguay transmitió, eran incompletas, en particular porque no preveían sitios alternativos para las plantas y que las mismas no incluía consultas con poblaciones afectadas²⁷⁹.

Señala que las autorizaciones ambientales no deberían haber sido otorgadas a las empresas antes de que recibieran los estudios de impacto ambiental completos y que no podían ejercer sus derechos en ese contexto²⁸⁰.

Decisión de la Corte

La Corte señaló que la Evaluación de Impacto Ambiental es necesaria para llegar a una decisión sobre cualquier proyecto que sea susceptible de causar daños transfronterizos significativos a otro Estado y, que esta debía ser notificada por la parte interesada a la otra parte, a través de la CARU. Es decir, que la Corte considera que la EIA constituye una medida de debida diligencia para prevenir el daño transfronterizo significativo.

Por otro lado, según la Corte, la notificación tiene por objeto permitir a la otra parte participar en el proceso de asegurar que la evaluación sea completa y que pueda luego considerar el plan y sus efectos con pleno conocimiento de causa. Esta notificación debería ser realizada antes de que el Estado interesado se pronuncie sobre la viabilidad ambiental del plan, teniendo en cuenta la evaluación de impacto ambiental²⁸¹.

Aquí, se puede advertir que la Corte nuevamente le da un papel importante a la obligación de debida diligencia denominada “notificación”, como una acción que permite la prevención del daño transfronterizo significativo.

Asimismo, la Corte señaló que la notificación a la Argentina con los estudios de impacto ambiental de las plantas ENCE y Orion no se realizó a través de la CARU y que Uruguay sólo transmitió dichos estudios a la Argentina después de haber emitido las autorizaciones ambientales iniciales para las dos plantas en cuestión²⁸². Es decir, que

²⁷⁸ *Ibid.*, para. 117.

²⁷⁹ *Ibid.*, para. 118.

²⁸⁰ *Ibid.*, para. 118.

²⁸¹ *Ibid.*, para. 119.

²⁸² *Ibid.*, para. 121.

Uruguay no cumplió con su obligación diligentemente a efectos de prevenir el daño. Al hacerlo, la Corte considera que Uruguay dio prioridad a su propia legislación por encima de sus obligaciones procesales previstas en el Estatuto de 1975²⁸³. En ese sentido, la Corte considera que Uruguay incumplió su obligación de notificar los planes a Argentina a través de la CARU de acuerdo al artículo 7 del Estatuto de 1975²⁸⁴.

En suma, la Corte establece que Uruguay no actuó con debida diligencia a efectos de prevenir el daño por las siguientes causas: i) la notificación a la Argentina con los estudios de impacto ambiental de las plantas ENCE y Orion no se realizó a través de la CARU, ii) sólo transmitió dichos estudios a la Argentina después de haber emitido las autorizaciones ambientales iniciales para las dos plantas y iii) Uruguay dio prioridad a su propia legislación por encima de sus obligaciones procesales previstas en el Estatuto de 1975, por lo que no previno el daño transfronterizo significativo. Es decir, que al no cumplir con su obligación de debida diligencia no previno el daño transfronterizo significativo.

Obligación de llevar a cabo una Evaluación de Impacto Ambiental y otras acciones de debida diligencia

Al referirse a la EIA la Corte se funda en el análisis e interpretación de lo previsto en inicio a) artículo 41 del Estatuto del Río Uruguay que se refiere a la obligación de Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación.

Posición de las partes

Argentina

Respecto a la EIA Argentina considera que Uruguay no se aseguró de que “se hubieran realizado evaluaciones ambientales completas, antes de su decisión de autorizar la construcción; y en segundo lugar que “las decisiones de Uruguay se basaron en evaluaciones ambientales insatisfactorias porque no tuvieron en cuenta todos los impactos potenciales de la planta, a pesar de que el derecho y la práctica así lo exigen²⁸⁵.

Aquí nuevamente Argentina se vale de una obligación de debida diligencia, para argumentar que Uruguay no desarrolló acciones diligentemente para prevenir el daño transfronterizo significativo con la autorización de la construcción de la planta Botnia.

Asimismo, Argentina Argumentó lo siguiente: i) La EIA no contiene un análisis de alternativas para la elección del sitio. Asimismo, el sitio es particularmente sensible desde el

²⁸³ *Ibid.*, para. 121.

²⁸⁴ *Ibid.*, para. 122.

²⁸⁵ *Ibid.*, para. 122.

punto de vista ecológico para la dispersión de contaminantes²⁸⁶, ii) el derecho internacional señala la obligación de consultar con las poblaciones afectados, cosa que Uruguay no hizo apropiadamente²⁸⁷.

Con relación a otras medidas de prevención: i) Uruguay no adoptó todas las medidas para prevenir la contaminación al no exigir a la empresa que emplee las mejores técnicas disponibles, en especial un tratamiento terciario del efluente²⁸⁸, ii) los datos sobre vertidos en el agua eran inadecuados e incompletos en muchos aspectos²⁸⁹.

Uruguay

Dicho país acepta que, de acuerdo con la práctica internacional, era necesaria una evaluación de impacto ambiental de la planta Orion (Botnia), sin embargo, considera que el derecho internacional no impone ninguna condición al contenido de dicha evaluación, cuya preparación es un procedimiento nacional, no internacional, al menos cuando el proyecto en cuestión no es común a varios Estados²⁹⁰.

Para Uruguay los únicos requisitos que le impone el derecho internacional son que se evalúen los posibles efectos transfronterizos nocivos del proyecto sobre las personas, los bienes y el medio ambiente de otros Estados²⁹¹.

Respecto a la EIA Uruguay además argumentaba: i) el sitio fue elegido por el volumen particularmente grande de agua en el río para promover la disolución de efluentes. Además, la idoneidad del sitio fue evaluada íntegramente²⁹². ii) Las disposiciones invocadas por Argentina no pueden servir de base jurídica para una obligación de consultar. Además, las poblaciones si fueron consultadas²⁹³.

Con relación a otras medidas de prevención: i) La planta de Orion aplica las mejores técnicas disponibles y cumple con estándares en la materia, Asimismo, los expertos no consideraron la necesidad de dotar a la planta de una fase de tratamiento terciario, ii) los

²⁸⁶ *Ibid.*, para. 207.

²⁸⁷ *Ibid.*, para. 215.

²⁸⁸ *Ibid.*, para. 220.

²⁸⁹ *Ibid.*, para. 231

²⁹⁰ *Ibid.*, para.203.

²⁹¹ *Ibid.*, para. 203.

²⁹² *Ibid.*, para. 208.

²⁹³ *Ibid.*, para. 215.

datos sobre vertidos en el agua fueron utilizados por Argentina para dar su propia evaluación de la calidad del agua²⁹⁴.

Decisión de la Corte

La Corte considera que la obligación prevista en el artículo 41 a) del Estatuto, debe interpretarse a la luz de la práctica estatal que en los últimos años ha ganado aceptación de los Estados, es decir, realizar una evaluación de impacto ambiental cuando existe de impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo²⁹⁵. Es decir, que la interpretación del Derecho realizado por la Corte, no solo se fundó en lo previsto en el estatuto, sino en la práctica.

La Corte señala que no se consideraría que se ha ejercido la debida diligencia, y el deber de vigilancia y prevención que ella implica, si una parte que planea obras que puedan afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas no realiza una evaluación de impacto ambiental sobre los efectos potenciales de dichas obras²⁹⁶. Aquí la noción de que la EIA constituye una acción de debida diligencia para prevenir el daño transfronterizo significativo, es confirmada como tal

En opinión de la Corte considerando que el artículo 41 no señala los componentes básicos de una EIA señala que “corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna o en el proceso de autorización del proyecto, el contenido específico de la evaluación de impacto ambiental requerida en cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su probable impacto adverso sobre el medio ambiente, así como la necesidad de ejercer la debida diligencia al realizar dicha evaluación”²⁹⁷.

Asimismo, la Corte respecto a la EIA y otras acciones de debida diligencia que reclamaba Argentina señaló lo siguiente: i) La Corte no está convencida de que no se realizó una, ii) la Corte considera que la consulta por el impacto a poblaciones Uruguayas efectivamente se produjo²⁹⁸, iii) No se encuentran prueba concluyen que demuestre que Uruguay no actuó con el grado requerido de debida diligencia o que las descargas de la Planta hubieran tenido efectos nocivos causando daño a recursos vivos, calidad del agua o equilibrio ecológico²⁹⁹.

²⁹⁴ *Ibid.*, para. 231.

²⁹⁵ *Ibid.*, para. 204

²⁹⁶ *Ibid.*, para.204

²⁹⁷ *Ibid.*, para. 205.

²⁹⁸ *Ibid.*, para. 219.

²⁹⁹ *Ibid.*, para. 265.

Caso 2: *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) (Procedimientos acumulados)*

Resumen del caso

El 18 de octubre de 2010, Nicaragua inició el dragado (remover material del lecho del río) del río San Juan con el objeto de mejorar su navegabilidad. Asimismo, realizó trabajos en la parte norte de la Isla Portillos, excavando un canal de caño supuestamente en territorio costarricense entre el río San Juan y la Laguna Los Portillos/laguna Harbor Head. Nicaragua también envió algunas unidades militares y otro personal a la zona. Costa Rica considera que se habría introducido en parte de su territorio, mientras que Nicaragua consideraba que sólo despejaba un caño existente en territorio nicaragüense.

Por otro lado, en diciembre de 2010, Costa Rica inició trabajos para la construcción de la ruta denominada 1856 Juan Rafael Mora Porras que va por territorio costarricense y parte de su frontera con Nicaragua. La Ruta tenía 159.7 km, extendiéndose desde Los Chiles en el occidente hasta un punto más allá del Delta Colorado al Este. En ese sentido, se tiene que por 108 km sigue el curso del río San Juan. Asimismo, cabe considerar que el 22 de diciembre de 2011, Costa Rica adoptó un Decreto Ejecutivo en el que declara que el estado de emergencia en el área de frontera le eximía de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental antes de construir la ruta.

Teniendo en cuenta estos hechos y que las conversaciones entre las Partes no habían llegado a buen término, Costa Rica presentó una demanda iniciando procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia el 18 de noviembre de 2010, solicitando además la toma de medidas provisionales el marco del artículo 41 del Estatuto de la CIJ.

Por su parte, Nicaragua el 22 de diciembre de 2011, también inició procedimientos ante la CIJ señalando que la construcción de la ruta por parte de Costa Rica, había derivado en daño transfronterizo significativo.

Los dos procesos fueron acumulados por parte de la Corte y al término del procedimiento la Corte emitió un solo Fallo en el que determinó lo siguiente: i) Costa Rica tiene soberanía sobre el territorio en disputa, ii) al excavar tres caños los tres *caños* y establecer presencia militar en territorio de Costa Rica, Nicaragua ha violado la soberanía territorial de Costa Rica, iii) Costa Rica ha violado su obligación bajo el derecho internacional general al no llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en relación con la construcción de la ruta 1856.

Posición de las partes respecto a la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo

En esta sección y a los efectos del análisis empírico, se desarrolla, únicamente la posición de las Partes respecto a la obligación de no causar daño u obligaciones procedimentales conexas.

Respecto a la violación de la obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental

Nicaragua

Costa Rica violó su obligación de derecho internacional general de evaluar el impacto ambiental de la construcción de la carretera antes de empezarla, en particular a la luz de la extensión y ubicación de la carretera³⁰⁰.

No existía ninguna emergencia en buena fe que justifique la acción de Costa Rica, la carretera no está ubicada cerca del territorio en disputa, además la emergencia fue declarada varios meses después del comienzo de los trabajos de construcción³⁰¹.

No existe una excepción de emergencia frente a la obligación internacional de realizar un estudio de impacto ambiental³⁰².

Los estudios de impacto ambiental producidos por Costa Rica después de que la mayor parte de los trabajos de construcción se habían completado no constituyen un estudio de impacto ambiental adecuado³⁰³.

Costa Rica

La construcción de la carretera no creó un riesgo de daño transfronterizo significativo a causa del vertimiento de sustancias dañinas en el río San Juan, y de cualquier otra forma en el territorio de Nicaragua. No existía un riesgo de que el río pudiera resultar afectado materialmente por las cantidades relativamente insignificantes de sedimento provenientes de la carretera³⁰⁴.

Asimismo, señala que estaba exenta del requisito de preparar una EIA debido al estado de emergencia que se había creado por la ocupación de la Isla Portillos por parte de

³⁰⁰ *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua... Ibid., para. 146.*

³⁰¹ *Ibid., para. 150.*

³⁰² *Ibid., para 150.*

³⁰³ *Ibid., para.151.*

³⁰⁴ *Ibid., para. 147.*

Nicaragua. Señala que la construcción de la carretera fue la respuesta apropiada a esta situación puesto que facilitó el acceso a los puestos de policía y las comunidades remotas ubicadas a lo largo del banco derecho del río San Juan, particularmente a la luz del riesgo real de confrontación militar con Nicaragua³⁰⁵.

Incluso si hubiera estado requerida por el derecho internacional a llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en este caso, cumplió con la obligación al efectuar un número de estudios de impacto ambiental, incluyendo un Estudio de diagnóstico ambiental en 2013³⁰⁶.

Decisión de la Corte

Antes de tomar su decisión la Corte determinó si efectivamente la construcción de la carretera implicaba un riesgo de daño transfronterizo significativo, para lo cual se valió del análisis de la naturaleza y magnitud del proyecto, teniendo en cuenta factores como la escala del proyecto, ubicación de la carretera y condiciones geográficas de la cuenca del río, concluyendo que la construcción de la carretera por parte de Costa Rica implicaba un riesgo de daño transfronterizo significativo, teniendo en cuenta que:

- La escala del proyecto de carretera era sustancial con aproximadamente 160 km que corre a lo largo del río por 108.2 km³⁰⁷.
- Debido a la planeación de la ubicación de la carretera a lo largo del río San Juan, cualquier daño causado por la carretera al medio ambiente circundante podría afectar fácilmente el río, y, por lo tanto, el territorio de Nicaragua³⁰⁸.
- La ubicación de la carretera en tan cercana proximidad del río y el hecho de que a menudo se construiría en pendientes generan riesgo de un incremento de descarga de sedimentos dentro del río³⁰⁹.
- La carretera fue construida en áreas que fueron previamente forestadas³¹⁰.
- La carretera pasaría a lo largo de un humedal de importancia regional en el territorio de Costa Rica y se localizaría cercana proximidad de otro humedal protegido (el Refugio de Vida Silvestre del Río San Juan) situado en el territorio de Nicaragua³¹¹.

³⁰⁵ *Ibid.*, para. 148

³⁰⁶ *Ibid.*, para. 149

³⁰⁷ *Ibid.*, para. 155

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 155

³⁰⁹ *Ibid.*, para. 155

³¹⁰ *Ibid.*, para. 155

³¹¹ *Ibid.*, para. 155

Como se puede advertir en este caso, la noción de posible daño surge de la probabilidad de que exista un detrimento de cierta magnitud en contra de Nicaragua. Se le reclama a Costa Rica por su falta de acción oportuna como veremos luego, no por causar el daño per se, puesto que Corte determina que existió riesgo de daño y no el daño como tal, es decir, una vez más se aplica la noción desarrollada en el artículo 7 de la Convención de Nueva York, de que la obligación de prevenir el daño es una de debida diligencia y en consecuencia, una obligación de conducta no de resultado.

En consecuencia, la Corte consideró que el umbral para que se active la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental se había cumplido, por lo que Costa Rica estaba obligada a cumplir con esta obligación.

Posteriormente, la Corte estableció que no existía una emergencia que justificara la construcción inmediata de la carretera, por lo que Costa Rica estaba en la obligación de llevar a cabo una Evaluación de Impacto Ambiental.

A tiempo de determinar si efectivamente Nicaragua había cumplido su obligación, la Corte pone en manifiesto que, los estudios desarrollados por Costa Rica post-construcción de la carretera, determinaron que existían efectos adversos y que sugirieron pasos para prevenirlos o reducirlos. Esto trae a colación la noción de que la “prevención del daño” y en consecuencia las acciones de debida diligencia para prevenir el daño, deben estar presentes antes y después del desarrollo de un proyecto.

En su decisión, la Corte hace hincapié en que la Evaluación de Impacto Ambiental constituye una acción que permite prevenir el daño transfronterizo significativo, y señala que este estudio debe ser desarrollado *ex ante* del riesgo de daño transfronterizo significativo, es decir, antes de la implementación del proyecto. La Corte señala que “Costa Rica estaba bajo la obligación de efectuar ese análisis antes de comenzar la construcción de la carretera, para asegurar que el diseño de ejecución del proyecto minimizaría el riesgo de daño transfronterizo significativo”³¹², lo cual no hizo.

Como una acción de “prevención del daño” en el marco del estándar debida diligencia, la EIA constituye un proceso que coadyuba en la toma de decisiones, permite hacer seguimiento de los efectos del proyecto, permite determinar el impacto del proyecto³¹³ en el medio ambiente del curso de agua, etc. y constituye una “medida apropiada” en los términos de la Convención de Nueva York para prevenir el daño, es decir, como acción de debida diligencia contribuye a dicha prevención.

³¹² *Ibid.*, para. 161

³¹³ *Ibid.*, para. 161

En su decisión, la Corte también cuestiona que los estudios *post-hoc* no hubieran evaluado el riesgo futuro y que fueron desarrollados cuando ya se había construido la carretera, es decir, no implicaban un cumplimiento a cabalidad de la obligación de realizar una EIA³¹⁴.

Finalmente considerando todos estos aspectos, la Corte concluye que Costa Rica no ha cumplido con su obligación bajo el derecho internacional general de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental relativo a la construcción de la carretera, pese a la existencia del riesgo de daño. Esto implica que, según el fallo de la Corte, hubo un incumplimiento de la obligación de debida diligencia de realizar una EIA, lo cual implica que no se previno el riesgo de daño con el posible detrimento -por ello- de los derechos de Nicaragua³¹⁵.

³¹⁴ *Ibid.*, para. 161

³¹⁵ *Ibid.*, para. 162

CONCLUSIONES

Después de todo el análisis desarrollado en la presente investigación se arriba a las siguientes conclusiones:

El estándar de debida diligencia no busca evitar *per se* el daño significativo, sino que al tratarse de una norma de conducta busca resguardar –el interés real jurídicamente protegido sobre el curso de agua-que tienen los Estados del curso de agua.

La responsabilidad por la debida diligencia, no depende únicamente del arbitrio de los Estados, teniendo en cuenta que la norma primaria delimita de cierta manera su conducta, previendo algunos elementos para la actuación de los Estados como los umbrales y obligaciones conexas. En ese contexto, la observación de la Comisión de Derecho Internacional no es del todo evidente, por lo que, un elemento que se preveía que podría hacer que el estándar de conducta debida diligencia fuera subjetivo o poco confiable queda desvirtuado en parte.

Conforme a la Convención de Nueva York, los Estados pueden hacer seguimiento de las medidas que pretenda implementar su vecino ribereño en el curso de agua, por lo que, la noción de que solo el Estado de origen tendría la posibilidad de demostrar si había obrado con la diligencia debida no es del todo cierta, ya que el Estado afectado puede verificar las acciones del Estado de origen antes, durante y después.

Asimismo, si bien de acuerdo a lo que prevé la norma, la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de debida diligencia la tiene el Estado de origen del daño, no es menos evidente que esas medidas de seguimiento coadyuvan al posible Estado afectado a verificar si efectivamente el Estado de origen actuó con debida diligencia.

Si bien es cierto que los Estados de origen del posible daño son los que tendrán que ejercer las acciones que consideren pertinentes a efectos de “prevenir el daño”, no es menos evidente que la norma primaria (Convención de Nueva York) ha establecido algunos elementos como los “umbrales” de actuación, obligaciones conexas, factores entre otros, a efectos de prevenir el daño transfronterizo significativo.

Las determinaciones de la norma primaria (Convención de Nueva York) contiene elementos que contribuyen a la delimitación del estándar de conducta, reduciendo así su flexibilidad, por lo que, la ambigüedad a la que se referían los miembros de la Comisión se ve de cierta manera superada gracias a dichos elementos. Además, el carácter flexible de la norma, hace que su mayor fortaleza sea su adaptabilidad a las circunstancias, variedad de cursos de agua y caso concreto.

- Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, se puede decir que el estándar de conducta debida diligencia si coadyuva al resguardo del interés y derechos de los Estados ribereños sobre los cursos de agua. Asimismo, dicho estándar también contribuye a la prevención del daño, a pesar de que su efecto recae más en la conducta de los Estados que en evitar el hecho del daño como tal.
- Si la norma tuviese como objetivo el hecho de no causar daño y no la conducta de los Estados, es probable que mucho del accionar de los Estados del curso de agua se viera limitado, teniendo en cuenta que en algunos casos se ha previsto que a pesar de que el Estado actuó con debida diligencia se ha producido el daño, por lo que el estándar incluso prevé que el Estado que ha causado el daño debe tomar medidas para mitigar el mismo.

El análisis empírico desarrollado a través del análisis dos casos sobre cursos de agua internacionales litigados ante la CIJ, dan cuenta de que, tanto en el Derecho Internacional Consuetudinario, como en los Acuerdos Internacionales, el estándar debida diligencia fue concebida como una obligación de los Estados del curso de agua que contribuye a prevenir (cumplir la obligación) el daño transfronterizo significativo. Los resultados del análisis de dos casos litigados ante la CIJ, dan cuenta que la Corte consideró que los Estados ribereños no habían cumplido con su obligación de prevención cuando estos no cumplieron con sus obligaciones procedimentales de debida diligencia, como notificar o realizar una EIA que tenían justamente el objetivo de prevenir el daño.

Teniendo en cuenta los resultados de la investigación y las conclusiones que derivan de esta se puede decir que la tesis planteada ha sido demostrada, considerando que se ha evidenciado que el estándar debida diligencia contribuye a la prevención (cumplimiento) de la obligación de prevenir el daño transfronterizo significativo.

RECOMENDACIÓN Y PROPUESTA

No corresponde dejar de lado las observaciones desarrolladas por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional respecto a subjetividad del estándar de conducta debida diligencia. Sin embargo, sería difícil sino imposible cuestionar el avance y el alcance que la obligación de debida diligencia ha tenido como estándar de conducta en obligaciones del Derecho Internacional en General, motivo por el cual también fue considerado por los relatores especiales al momento de la compilación del Derecho de los Cursos de Agua para fines distintos a la navegación.

Si bien es cierto como señala McCaffrey que se ha procurado darle cierto nivel de alcance a la obligación de la debida diligencia en las Convenciones y Acuerdos Internacionales, no es menos evidente que, no todas esas normas constituyen al presente *hard law* por lo que en muchos casos los Estados han optado por no cumplirlas. En ese marco, a efectos de salvar la observación de los miembros de la Comisión consideramos que se debería rescatar la noción que la propia Convención ha establecido en su artículo 3 que señala que los Estados del curso de Agua Internacional pueden desarrollar acuerdos específicos en los que se contemplen las características particulares de los cursos de agua. Asimismo, consideramos que dichos acuerdos deberían contemplar los elementos necesarios para delimitar el alcance de la obligación de debida diligencia. A continuación, se señalan algunos lineamientos mínimos que debería tener dichos acuerdos además de los ya considerados en la convención por tratarse de un acuerdo marco:

Un artículo que se refiera a la evaluación del posible daño, desde la etapa inicial del proyecto de uso, esta no necesariamente implicaría una Evaluación de Impacto Ambiental (se aclara que la obligación de realizar este último estudio ahora es derecho internacional consuetudinario). Se busca que independientemente de que se active o no la obligación los Estados del curso de agua realicen desde el primer momento la evaluación.

Un artículo que contenga factores que coadyuven al equilibrio de intereses en el caso de un uso en el que exista riesgo de daño transfronterizo significativo, como por ejemplo el grado del riesgo del daño y otros factores para prevenirlo, el carácter social, económico y técnico para el Estado de origen que hace que la actividad sea importante y el grado en el que el Estado de origen está dispuesto a contribuir.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados y Convenios Internacionales

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, Resolución de Madrid de 1911, “Reglamentación internacional del uso de las aguas internacionales”.

CONVENCIÓN DE GINEBRA RELATIVA AL DESARROLLO DE LA ENERGÍA HIDRÁULICA QUE AFECTA A MÁS DE DOS ESTADOS, 9 de diciembre de 1923.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de Naciones Unidas, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Entró en vigor el 24 de octubre de ese año.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, adoptado por la Organización de Naciones Unidas el 26 de junio de 1945.

ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales – (Helsinki, agosto de 1966)

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (Viena, 23 de mayo de 1969) [Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, Documentos de la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, N.º 1 de venta: S.70.V.5), pág. 311]

DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO, (Aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, el 16 de junio 1972)

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO AMBIENTE HUMANO, celebrada en Estocolmo, Suecia. Año 1972.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DE DESARROLLO (Rio de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES, ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS on 21 May 1997. Entered into force on 17 August 2014

TREATY OF WASHINGTON of 8 May 1871.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS POTENCIAS NEUTRALES EN LA GUERRA NAVAL, Art.8

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS RESOLUCIÓN DE DUBROVNIK, 1956.

Documentos de la Comisión de Derecho Internacional

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1973), Volumen II, Documento: A/CN.4/SER.A/1973/Add.I.

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, (1983), V. II, Documento: A/CN.4/SER.A/1983/Add.I (Part 2).

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, (1984), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1984, Sesión 1854.

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, (1984), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1984, Sesión 1855.

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, (1988), V. I, Documento: A/CN.4/SER.A/1988, Sesión. 2070.

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1993), vol. I, 2316. a sesión.

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1994), Volumen II, Documento: A/CN.4/SER.A/1994/Add.I (Part 2).

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Capítulo 5, Documento A/73/10

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL en su 58° sesión, 2006, UN doc: A/61/10 spl.10.

SEGUNDO INFORME DE F. V. GARCÍA AMADOR, Relator Especial sobre responsabilidad del Estado (1957), Documento: A/CN.4/106.

PRIMER INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO por Roberto Ago, relator especial, Documento: A/CN.4/217.

CUARTO INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO por Roberto Ago, relator especial, Documento: A/CN.4/264 and Add.1, 30, 30 de junio de 1972, párr.67.

PRIMER INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS (1998), por James Crawford, relator especial, Documento: A/CN.4/490 y Add.1.

SEGUNDO INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS, por James Crawford, relator especial (1999), Documento: A/CN.4/498 y Add.1

PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR ACTOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS (2001), Documento: A/56/10.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS PROYECTO DE ARTÍCULOS, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, Documento: A/CN.4/L.600* 21 de agosto de 2000, Art.14.

PRIMER INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por el Sr. Jens Evensen, Relator Especial, Documento A/CN.4/367 and Corr.1

PRIMER INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial, Documento: A/CN.4/451.

SEGUNDO INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial, 21 de abril de 1994, Documento: A/CN.4/462,

TERCER INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por el Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial (1981), Documento: A/CN.4/348.

INFORME PRELIMINAR SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por el Sr. Stephen McCaffrey, Relator Especial (1985) Documento: A/CN. 4 /39 3.

SEGUNDO INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por el Sr. Stephen McCaffrey, Relator Especial (1986) Documento: A/CN.4/332 Y ADD.I.

PRIMER INFORME SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN, por Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial (1993), Documento: A/CN.4/451.

Jurisprudencia de Tribunales Internacionales

Eagleton, The Responsibility 1928 (n. 6), 80.

ICJ, Corfú Channel (United Kingdom v. Albania), Judgment, 9 April 1949, at 22.

Trail smelter case (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941, Reports Of International Arbitral Awards Volume III pp. 1905-1982, p. 1966. Emmeric de Vattel

Nuclear Tests (New Zeland v. France), Judgment, ICJ. Reports 1974, para. 146.

Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrielslovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, para. 140.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226, párr. 29.

Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, p.131

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, párr. 430.

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume Uni) párr. 4 The Alabama Arbitration , Philadelphia, 1990, pp.1-38.

ITLOS, Solicitud de una opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca (SRFC), Opinión consultiva del 2 de abril de 2015, ITLOS Reports 2015, 4, párr. 168

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, párr. 104

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, párr. 155-156 y 162.

Otros documentos de Naciones Unidas

RESOLUCIÓN 56/82, del 18 de enero de 2002.

ACTA RESUMIDA DE LA 16ª SESIÓN, 9 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.16.

ACTA RESUMIDA DE LA 17ª SESIÓN, 1 de octubre de 1997, Documento: A/C.6/51/SR.17

ACTA RESUMIDA DE LA 18ª SESIÓN, 10 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.18,

ACTA RESUMIDA DE LA 19ª SESIÓN de 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.19.

ACTA RESUMIDA DE LA 20ª SESIÓN DE 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.20.

NNUU, Resolución Adoptada por la Asamblea General, Documento: A/RES/49/51, 17 de febrero de 1995.

Acta Resumida de la 18ª Sesión, 10 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.18, 10 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.18, Acta resumida de la 19ª Sesión de 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.19. Acta resumida de la 20ª Sesión de 14 de octubre de 1996, Documento: A/C.6/51/SR.20.

UN, Asamblea General, Resolución 51/206, 17 de diciembre de 1996, UN Doc: A/RES/51/206.

UN, Asamblea General, Resolución 51/229, 21 de mayo de 1997, UN Doc: A/RES/51/229.

ESTATUS DE LOS TRATADOS DEPOSITADOS EN LA SECRETARÍA GENERAL, página web: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011), [publicado por Naciones Unidas].

REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: OUR COMMON FUTURE, párr. 27.

CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS, 1889-1936 (Washington, D.C., Dotación Carnegie para la Paz Internacional, 1938), pág. 79

UN, Asamblea General, 51° Sesión, resumen record de la 24° Reunión, UN Doc: A/C.6/51/SR.24, 25 de octubre de 1996.

Libros

ARELLANO GARCÍA C. (1983). Primer Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa.

BENADAVA S. (1993). Derecho Internacional Público, Ed. USA, San Francisco.

BROTONS REMIRO A. (2007). Derecho Internacional. Ed. Tirant, Valencia.

DIEZ DE VELASCO M. (1973). Instituciones del Derecho Internacional” Ed. Tecnos-

CASANOVAS O., RODRIGO, A. J. Compendio de Derecho Internacional Público, 2017, Ed. Tecnos, Madrid,p. 55.

CRAWFORD J.(2013). State Responsibility, Ed. Cambridge.

DE LA GUARDIA E. (1997). Derecho de los Tratados Internacionales, Ed. Depalma.

KRIEGER H, PETERS A. AND KREUZER L. (2020) Due diligence in the international legal order, United Statesof Americ, Ed. OXFORD.

LORENZETTI R.L. (2008) Teoría del Derecho Ambiental, Ed. Prorrúa.

MCCAFFREY S. (2007) “The law of international watercourses”, Ed. OXFORD, Second edition.

OLIGNO A. (2022). Due Diligence Obligations in International Law, Ed. Cambridge.

PLANCK M. (2011). Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], Rüdiger Wolfrum, "Sources of International Law". Rescatado de: https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/04/EPIL_Sources_of_International_Law.pdf

RODRIGUEZ CARRIÓN A.J. (1998) Lecciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.

REYES HEROLES J., GONZÁLEZ G., (1997) Regulación del Sector Energético, [Secretaría de Energía].

VERDROS A. (1980). Derecho Internacional Público, Ed. AGUILAR.

Tesis y otros

LOZANO CONTRERAS J.F. (2005). La noción de la debida diligencia en la codificación y jurisprudencia internacionales, Alicante, Tesis Doctoral.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, Uso de aguas internacionales no marítimas (aparte de la navegación), Session de Salzbourg – 1961.

FERNANDO M., MARIÑO MENÉNDEZ, Revista española de derecho internacional, ISSN 0034-9380, Vol. 57, Nº 2, 2005, págs. 1248-1250, Rescatado de: "Flexibilidad y tratados internacionales" - Dialnet (unirioja.es)

THE CIVIL LAW, trad, inglesa de S. P. Scott, éd., Cincinnati (Ohio), Central Trust Co., 1932, vol. 1, pág. 72.]¹ *ibid.*, vol. 9, págs. 3 a 17), y el libro III, título XXXIV, del Código de Justiniano, respecto de las servidumbres y el agua, etc.

Otros documentos internacionales

REPORT OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT: Our Common Future, párr. 27.