

El principio de la soberanía estatal en el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní. Problemas jurídicos particulares de la Argentina

G. J. Apeste­guía

Estudio Jurídico "Apeste­guía Imaz" Calle Alberti, 771, 2700 Pergamino, Argentina
gapest@gmail.com

RESUMEN

El Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní ("AAG") dedica sus primeros tres artículos expresamente a la soberanía estatal de las Partes respecto al Sistema Acuífero Guaraní ("SAG"). El AAG trasluce el propósito de dejar sentado dos aspectos inherentes al dominio del recurso hídrico implicado: el primero, sobre la *titularidad* del SAG que poseen las Partes –sin aludir expresamente el AAG (art. 1º) al alcance territorial del dominio, como sí lo hace en el aspecto siguiente–, y el segundo, en relación al *ejercicio del derecho*, el cual, conforme el art. 2, lo subordina a las "disposiciones constitucionales y legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables", pasaje que deja interrogantes: ¿implica un orden de prelación normativa? ¿El "derecho internacional" se reduce a las citas de los considerandos?

La regla del art. 2 del AAG, para la Argentina, requerirá un esfuerzo para unificar sus criterios legislativos y judiciales sobre los dos aspectos citados –titularidad– y además en cuanto a lo ambiental de los diversos usos sobre el SAG. La Argentina, en mi opinión, tiene que atacar los siguientes problemas jurídicos:

- a) Modificar el Código Civil (zanjando la cuestión en relación a la extensión del dominio privado del dueño del suelo sobre las aguas subterráneas);
- b) Legislar sobre acuíferos a nivel federal, considerando a las normas estatales ya existentes;
- c) Reglamentar el acceso y uso de los pueblos originarios al SAG, única fuente de agua para muchas comunidades.

Palabras clave: acuífero, agua subterránea, ambiente, soberanía, suelo

The principle of state sovereignty in the Agreement on the Guaraní Aquifer and legal problems specific to Argentina

ABSTRACT

The Agreement on the Guaraní Aquifer (AGA) devotes its first three articles specifically to the state sovereignty of the parties with regard to the Guaraní Aquifer System (GAS). The AGA reveals its intention to establish two inherent points concerning dominion over the water resource in question: the first refers to the ownership of the GAS by the parties involved (without the Agreement's expressly alluding in its Art. 1 to the territorial scope of this dominion, as it does in the following point), and the second refers to the implementation of the law, which, according to Art. 2, subordinates it to "constitutional and legal requirements and pursuant to the rules of applicable international law"; a passage which leaves us with two questions: Does it entail an order of regulatory precedence? Is "international law" reduced to the observance of legal precedents?

For Argentina, the ruling in Art. 2 of the AGA will require great efforts to reconcile its legislative and judicial criteria on the two points mentioned: ownership and the environmental aspects of the different activities allowed on the surface above the GAS. In my opinion, Argentina must tackle the following legal issues:

- a) To amend the Civil Code (resolving the matter of the extent of the private dominion belonging to the owner of the ground above the groundwater);*
- b) To legislate on aquifers at the federal level, bearing in mind the existing state norms;*
- c) To restrict the access to and use of the GAS to the local people, being as it is the only resource of water for many communities.*

Key words: aquifer, environment, groundwater, soil, sovereignty

ABRIDGED ENGLISH VERSION

Introduction

The Agreement on the Guarani Aquifer has generated criticism, especially because it adheres to the principle of “national territorial sovereignties”; contrary to the modern trends of international law with regard to co-operation and integration; and it also appears to be unaware of the integrated-management rule of basins and the duty to repair any environmental damage caused to any of the parties by works carried out above the aquifer. One positive point can be found, however, in the formulation of state sovereignty, as it does not hinder Argentina from legislating in its defence against the acquisition of strategic resources, such as the Guarani Aquifer, by foreign subjects. The Agreement on the Guarani Aquifer should be correlated carefully with the Argentine legal situation, as it still contains unresolved issues that must be solved, together with substantial points of debate concerning the constitutionality of some fundamental rules related to the Guarani Aquifer.

Objectives

My intention is to reflect, within the context of the Argentine legal system, on the scope of the term “sovereignty” used in the AGA, on the basis of some of the international instruments that serve as its precedents, and the remit that Article 2 of the AGA made to the internal law of the parties involved. This remit will allow me to focus on some internal legal problems in Argentina, such as doubts about the public dominion of groundwater (despite the reform of Art. 2340 of the Civil Code in 1968, which pre-existed the signature of the AGA), which should be solved forthwith. The dynamic that sovereignty presents within the context of transboundary aquifers is of such magnitude that some reference to the new limitation regime regarding access to property and possession of rural lands by foreigners is unavoidable.

Some historical and terminological antecedents

The economic openness of Mercosur contrasts with the caution on the part of the states involved towards accepting the idea of co-operation in matters of shared basins. The AGA modified this attitude, but, compared to Argentine law, it still goes only half-way as far as strictly environmental matters are concerned. Different international instruments are precedent to the AGA, all of them emanating from diverse organisms and countries, in which guidelines and principles were drawn up concerning the management of hydrological basins, the concept of state sovereignty over natural resources and the definition of aquifers, among others.

The essence of sovereignty in the AGA

Sovereignty is a general principle of international environmental law, limited by other principles such as precaution and sustainable development. The concept of national sovereignty is the core of the AGA, which owes its main source to Resolution 63/124. The rating of groundwater as being non-renewable is debatable, as is the difficulty involved in classifying renewable and non-renewable resources. The AGA uses different expressions to refer to different aspects of sovereignty whilst renewing the thesis of absolute and eminent ownership above any movement towards restricted sovereignty over the transboundary resource. Article 2 is the cornerstone of the system.

The sources of law and links with the sovereignty of the AGA

The sources of international law are inevitably responsible for the lack of any firm definition of “sovereignty” in the AGA. References that the AGA makes to the rules of “applicable international law” may lead to the conclusion that an inapplicable international law does indeed exist. The applicable international law in Article 2 exceeds the list of sources contained there. There are no absolute parallels as regards the substance of the principle of state sovereignty over natural resources. During the last 20 years the concept of sovereignty over resources has moved away from representing the right of every country to economic free determination to become a strong argument for supporting a national environmental policy that contains strong, clear rules of preservation and recovery of the resources. There is precedence in the internal legal systems of the parties signatory to the AGA over the rules of international law. The Charter of Economic Rights and Duties has tried to protect the economic independence and development of the states; environmental law adds the ecological ingredient to the sovereignty content.

The AGA and the Argentine legal system

The impact of the AGA is modestly positive in terms of sovereignty but environmentally unfavourable. As far as sovereignty is concerned, it implies a reassertion of the principle of self-determination to the detriment of

a water co-operation regime. There is a slight positive influence deriving from international law: a) in overall terms with regard to the tools given to the parties concerned in a possible situation of legal vulnerability against "ecologic invasion" or "foreignization" of the land; and b) in specific terms by imposing a duty of co-operating with the identification of critical areas. At the environmental level in general, however, the AGA implies a step backwards by not enshrining the obligation of reparation. As for water law Res. 63/124, it makes no reference to the integrated management of basins nor does it set standards for the joint and integrated management of groundwater with regard to the basin.

Challenges of Argentine law: clear uncertainties

The question of "private property"

Article 2340 of the Civil Code states that groundwater belongs within the public domain. Marienhoff holds that according to Article 2518 these waters belong to the owners of the land and that they should receive compensation for the reform of the code that imposed this stricture. This thesis has been superseded by the conservation norms of environmental law. Article 2518 should be rewritten.

Failure of "original dominion"

Article 124 of the National Constitution, through its recognition of the original dominion of natural resources in the provinces, poses difficulties to some extent in the application of the laws of minimum allowances, in particular Act 25.688, which ranks higher than any other provincial or municipal ruling (Art 4, Act 25.675). The theory of concurrent power offers no solution to provincial questioning of the laws of minimum allowances: dominion fails to harmonize with jurisdiction. It is not ill-conceived to notice that as far as aquifers are concerned identical questions may arise, such as Act 25.688, for example, which controls some of its aspects. Some provinces, such as Chaco and Corrientes, have approved laws that reaffirm their ownership of and full jurisdiction over the GAS.

SAG: unachievable treasure for local people

The proposed law (white paper) that was presented to the Argentine parliament in 2010, the so-called "Historical Reparation of Argentine Native Towns within the framework of the Bicentenary," defines the terms "indigenous towns" and "communal property." The AGA does not take these concepts into consideration and the remit of Article 2 to the rule of internal national law order brought us to a halt before the complex reality that indigenous people represent. The link maintained by many indigenous towns with the land has stuck like a thorn in the side of the legal regime regarding private property in Argentina, and the 1994 constitutional reform reflects the idea of reparation and recognition in the participation of environmental management. According to the proposal, in the event of judicial controversy original occupation prevails over confiscation; community property is of "constitutional origin."

Introducción

La firma del Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, el día 2 de agosto de 2010, muestra una nueva evidencia del proceso de integración gradual en el que se hallan los miembros del Mercosur. El Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní regula diversos puntos que buscan evitar conflictos entre los países signatarios, y en caso de aparecer litigios sus artículos 10 y 11 presentan los pasos a seguir; en ajustada síntesis ellos son: requisito de información entre las partes sobre perjuicio sensible, conclusiones con exposición documentada en base a la información recibida, análisis de ambas partes para arribar a una solución equitativa en base a la buena fe, y abstención para la parte informante –mientras dure la instancia de negociación– de ejecutar obras que prima facie se demuestre que causarán

perjuicio sensible. El art. 15 establece la Comisión de coordinación para cooperar con miras a cumplir sus objetivos, en consonancia con el art. VI del Tratado de la Cuenca del Plata, el cual habilita a celebrar acuerdos específicos para el desarrollo de la cuenca.

El presente trabajo procura abordar algunas críticas que ha suscitado el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, relacionadas con la persistencia de la idea casi excluyente de las "soberanías nacionales" –incompatible con el avance del Derecho Internacional en materia de cooperación e integración en general, y con la gestión concurrente de los recursos naturales compartidos en particular– y la omisión de referencias a la moderna regla del manejo integrado de cuencas y al deber de recomponer el ambiente dañado de una de las Partes por obras ejecutadas sobre el acuífero en territorio de otra Parte. Se tratará la reafirmación del

principio de la soberanía estatal del Sistema Acuífero Guaraní, que deviene congruente con la ineficacia del Derecho Internacional para frenar poderosos flujos de inversiones transnacionales sobre recursos naturales que se consideran reservas estratégicas, sin que ello signifique desconocer algunas autolimitaciones, como las de los arts. 6 y 14. Se expondrá la irrupción del concepto de "posesión comunitaria" de los pueblos originarios en la reforma constitucional de 1994, sin omitir una breve referencia a la Ley 26.737 de limitación de acceso a extranjeros a inmuebles rurales.

En el presente trabajo el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní será denominado exclusivamente con la sigla "AAG" y el Sistema Acuífero Guaraní con la abreviatura "SAG".

Objetivos

Se pretende reflexionar sobre los alcances del término "soberanía" empleado en el AAG, en base a algunos de los instrumentos internacionales que son sus antecedentes, y el envío que el art. 2 del AAG hizo al derecho interno de las Partes, ciñéndome al orden jurídico argentino. Dicha remisión es la que me permitirá plantear que la soberanía argentina se ha visto fortificada, atento a que el ejercicio del dominio territorial se subordina al orden interno y al derecho internacional "aplicable" –en dicho orden de mérito–, además de centrarme en algunos problemas jurídicos internos de la Argentina, que son preexistentes a la firma del AAG y que deberían ser resueltos, como las dudas acerca del dominio público de las aguas subterráneas –a pesar de la reforma del art. 2340 del Código Civil de 1968–. La dinámica que la soberanía presenta en la materia de acuíferos transfronterizos es de tal magnitud que se hace inevitable hacer una somera referencia al flamante régimen de limitación de acceso a la propiedad de tierras rurales por parte de extranjeros.

Presupuestos históricos y terminológicos

El 26 de marzo de 1991 la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el *Tratado de Asunción* con el objetivo de fundar un mercado común, con fecha límite de realización el 31 de diciembre de 1994. En dicho año, el 16 de diciembre, mediante el *Protocolo de Ouro Preto*, se definió la estructura institucional del mercado común cuya denominación oficial es Mercosur (Mercado Común del Sur). Los objetivos de libre circulación de bienes, la fijación de un arancel externo común y la coordinación de políticas macroeconómicas

y sectoriales plasmados en el Tratado de Asunción se inscriben en lo que los Estados Partes denominan un "avance" en el camino de integración de América Latina.

Esa apertura de los países del Mercosur hacia la dinámica de la economía se contrapone, en el ámbito internacional global, con la cautela de los Estados en aceptar restricciones o dispositivos de cooperación en materia de cuencas compartidas. Al hacer esta observación Valls (2010) agrega que el AAG significó el quiebre de esa renuencia, aunque como se verá más adelante, desde el punto de vista del Derecho Ambiental el AAG no avanzó todo lo que pudo si se plantea una analogía por contraposición con la legislación interna argentina. Presentaré seguidamente los principales antecedentes del AAG.

Tratado de la Cuenca del Plata (1969)

Suscripto por los mismos países signatarios del AAG además de Bolivia, este instrumento estableció un compromiso de promoción de desarrollo armónico y de integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable (art. 1°); dicho pasaje es aplicable al SAG habida cuenta que el acuífero se superpone y se vincula hidrológicamente con la Cuenca del Río de la Plata (Valls, 2010). En cuanto a la soberanía no se halla una mención expresa, siendo dable citar el art. 5 que dispuso que la acción colectiva de los países contratantes deberá desarrollarse sin perjuicio de la ejecución de sus proyectos y empresas "en sus respectivos territorios, dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas".

Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible (1992)

Emanada de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), instancia de carácter técnica y previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), reviste importancia particular en materia de gestión de acuíferos por cuanto su Principio Rector N° 1 reconoció la regla de la gestión integrada de cuencas, en los siguientes términos: "Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero". La duda

que quizá surgiese del disyuntivo “o” en cuanto a que el acuífero no integra una cuenca queda despejada posteriormente en el Programa de Acción que en su recomendación de elaborar y ejecutar planes integrados de gestión por los países afectados dispuso que: *“La entidad geográfica más apropiada para la planificación y gestión de los recursos hídricos es la cuenca fluvial, incluyendo aguas de superficie como subterráneas...”*.

Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (1997)

Sin hacer referencia expresa a la cuenca la suplantó por la expresión “curso de agua internacional” (Iza, 2005), concepto más limitado, si bien el mismo texto de la Convención de Nueva Cork reconoció que “curso de agua” es *“un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”* (art. 1 inc. a)]. El principio general adoptado de utilización equitativa y razonable del curso de agua internacional (art. 5 inc. 1), como sostiene Iza, no se establece en la división territorial del curso sino en la “soberanía compartida de los estados”. El escaso apoyo mostrado con las escasas ratificaciones y el pasaje que considera “curso de agua” al sistema de aguas de superficie y subterráneas que fluyen a una desembocadura común (art. 2 inc. a)] llevan a que R. de Taborda (2010) considere que este documento pueda no ser de aplicación al SAG.

Reglas de Berlín sobre el Recurso Agua (2004)

Adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional modernizaron las “Reglas de Helsinki sobre los usos de las aguas internacionales” (1966), y su aporte al tema del trabajo se afina en dedicar un sector determinado del texto a la cuestión de los acuíferos. Beaugé (2010) indica que las Reglas de Berlín hicieron operativas las *Reglas de Seúl sobre Aguas Subterráneas Internacionales* (1986). En ellas se definió qué es un acuífero, con la siguiente formulación: *“Se entiende por «acuífero» una o más capas subterráneas de estratos geológicos que tienen la suficiente porosidad y permeabilidad para permitir un flujo de cantidades utilizables de aguas subterráneas, o la extracción de cantidades utilizables de aguas subterráneas”* (art. 3 párrafo 2º). Guarda simetría con la noción que un año antes enunció la Ley 25.688 de la Argentina en su art. 2. Para la Argentina la importancia de contar con una definición puntual es especulativa atento a que po-

seen tal amplitud los conceptos de “agua” (art. 2) y de “utilización de las aguas” (art. 5) en la ley citada que toda referencia al agua subterránea o a los acuíferos deriva en consecuencias legales recíprocas.

Decreto 25/04 del Consejo del Mercado Común

Creó el *Grupo Ad Hoc de Alto Nivel Acuífero Guaraní* con el objetivo de elaborar un proyecto de acuerdo, fijándole como contornos a su tarea consagrar en el texto *“los principios y criterios que mejor garanticen sus derechos [los de los Estados Partes] sobre el recurso aguas subterráneas, como Estados y en la sub-región”*. En el Considerando 5º el decreto hizo alusión positiva a la soberanía al declarar que *“las aguas subterráneas transfronterizas integran el respectivo dominio territorial soberano de los Estados en los que se encuentran localizados, en tanto que únicos titulares de dichos recursos y responsables de su desarrollo sostenible”*. Puede apreciarse en este antecedente el peso específico que posee la idea de la soberanía territorial nacional, que trascenderá luego al tenor escrito definitivo del AAG.

El AAG no aportó precisiones de tipo físicas ni hidrológicas del SAG. Inauguró el articulado haciendo saber que es un “recurso hídrico”, adjuntándole “transfronterizo” (art. 1º), y que se ubica en los territorios de los cuatro países del Mercosur, sin incluir mayores datos geográficos –por ejemplo situación particularizada en latitud y longitud–. El pasaje del art. 5 que reza *“...con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que se encuentren localizadas en sus respectivos territorios...”* debe interpretarse en sentido jurídico y no hidrográfico, desechando criterios que restringen el alcance o contenido del SAG al recurso agua subterránea y confinada. Coincidiendo con el criterio de R. de Taborda (2010) de que la caracterización hidrogeológica del SAG en un trabajo jurídico es al solo fin de destacar su relevancia e incertidumbre de su geomorfología, se han difundido las siguientes cifras:

- Aspectos hidrológicos. Las estimaciones van desde los 37.000 a 50.000 km³. Un km³ equivale a 1 billón de litros. La tasa de recarga anual se conjeta en 40 km³. Las aguas surgentes a la fecha lo son por perforaciones artificiales y por manantiales.
- Aspectos geográficos. Ocupa un área de aproximadamente 1,2 millones de km², localizándose en las cuencas de los ríos Paraná y de la Plata. En el mapa de la región el SAG se proyecta en el territorio de cada Estado Parte en los siguientes porcentajes estimados: Brasil 9,9%, Argentina 7,8%, Paraguay 17,2% y Uruguay 25,5%. Coordenadas:

entre 12° y 35° latitud SUR y entre 47° y 65° longitud OESTE.

- Aspectos hidrogeológicos. Jorge Santa Cruz, en un seminario organizado en 2004 por el CARI, advirtió preliminarmente que el abordaje del agua subterránea en los países latinoamericanos padece de la falta de datos. En dicho contexto de falta de información exhaustiva del SAG en general el expositor explicó que el SAG en gran parte es de tipo confinado a gran profundidad. Su "ritmo" de participación dentro del ciclo hidrológico es variable, pero en general es retardado, con aguas fósiles. Más de un tercio del SAG tiene una temperatura mayor a los 40°C.

Para una mejor ilustración se sugiere ver los mapas, gráficos y fotografías obrantes en *"Proyecto para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní"* (FMAM –Banco Mundial–OEA) publicado por el CARI, y el mapa esquemático publicado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en su sitio Web.

Esencia de la Soberanía en el AAG

La soberanía en el escenario del Derecho Internacional Ambiental ha sido calificada como "principio general" (Drnas de Clement, 2010; Pastorino, 2005) y reconocida en numerosos instrumentos internacionales en materia ambiental, entre ellos la *Declaración de Río de 1992* (Principio 2°). Drnas de Clement halla concordante dicha declaración con la de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Res. 3281 de la Asamblea General de la ONU): *"Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas"* (art. 2.1), advirtiendo el límite a su ejercicio en el art. 30 del texto (responsabilidad por control de actividades internas, cooperación para elaborar normas internacionales tuitivas del ambiente, etc.). Los límites, bien lo expresa la autora, están también en otros principios como el de precaución y el desarrollo sostenible. La idea de soberanía nacional es la médula del AAG, por eso se utiliza la expresión "dominio territorial" en sus artículos 1° y 2°. Sus tres primeros artículos se encargan de resaltar que el SAG no es un recurso internacional, vale decir, un elemento sujeto a soberanía compartida de varias naciones.

Se ha señalado (Valls, 2010) que el AAG en este aspecto ha tenido como fuente central la *Resolución 63/124*; dicha resolución receptó las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional cuyos debates previos asimilaron el agua subterránea al petróleo y

al gas, cuyo destino es ser extraído para su posterior transformación y extinción en procesos productivos o de consumo. La pretendida afinidad entre esos tres elementos (agua/petróleo/gas) se confronta con la diferencia que exhibe el agua subterránea al ser un recurso natural no renovable –así lo describió expresamente Valls (2010)– y pieza del ciclo hidrológico, mostrando así que su vocación no es "desaparecer" como el petróleo. Debe reconocerse que es discutible la calificación de no renovable del agua freática, como así también que se halla en crisis la clasificación de recursos renovables y no renovables, desde distintos sectores de la doctrina (Carrozza, 1983; Pastorino, 2009).

El AAG alude a la soberanía con tres expresiones: *"integración del dominio territorial soberano"* de cada una de las Partes (art. 1°); ejercicio del *"dominio territorial soberano"* sobre las porciones estatales del SAG (art. 2); y ejercicio del *"derecho soberano"* de promover el aprovechamiento sustentable (art. 3). La primera, al referir que las Partes son las "únicas titulares" revitaliza la tesis del dominio pleno y eminente por encima de cualquier aproximación a la soberanía restringida del recurso transfronterizo. ¿El AAG se ha apartado de los principios orientadores previamente acordados en el *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur* (Asunción, 2001)? Los mismos han sido establecidos para "armonizar las legislaciones ambientales" de los países del Mercosur (art. 6, inc. c]) o bien fijar "las directrices legales e institucionales" para prevenir y mitigar impactos ambientales "con especial referencia a las áreas fronterizas" (art. 6, inc. j]), y "desarrollar acuerdos sectoriales, en temas específicos" para cumplir con el objeto del Acuerdo (art. 6, inc. n]). De una lectura integral cabe advertir que el Acuerdo Marco citado no posee ninguna referencia al manejo compartido de recursos naturales transfronterizos, ya que su espíritu es la promoción de acciones que faciliten la protección ambiental de los Estados Partes, sin insinuar situaciones o aspectos que tengan vinculación con titularidad o gestiones compartidas.

La segunda y tercera apuntan al *ejercicio del derecho*. El art. 3 contiene una cláusula de gestión ambiental; y el art. 2 es a mi juicio la piedra angular del sistema del AAG al sujetar las soberanías nacionales sobre el acuífero a las *"disposiciones constitucionales y legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables"* (reenvío).

Las fuentes del derecho y su nexa con la soberanía del AAG

La falta de una definición de soberanía en el AAG remite ineludiblemente a las fuentes del Derecho Inter-

nacional que se han ocupado de la soberanía estatal sobre los recursos naturales. Es un razonamiento congruente con el envío que el art. 2 del AAG hace a las normas del derecho internacional "aplicables", debiendo el intérprete detenerse en dos cuestiones concatenadas. A *contrario sensu* puede deducirse que existe un derecho internacional inaplicable; ¿será aquel que no está citado en los considerandos? En ellos se mencionan dos resoluciones de la ONU, las Declaraciones de *Estocolmo de 1972* y de *Río de Janeiro de 1992* sobre Medio Ambiente, las conclusiones de las *Cumbres sobre Desarrollo Sostenible de Santa Cruz de la Sierra* (1996) y de *Johannesburgo* (2002), el *Tratado de la Cuenca del Plata* (1969) –de gran importancia en materia de Derecho de Aguas, en cuanto a la aplicación al acuífero del principio de gestión de cuencas– y el Acuerdo Marco del Mercosur ya citado. La cuestión de la soberanía específica sobre el ambiente ha sido abordada por no menos de siete resoluciones, entre las que ubicamos la Resolución 1803 referida en el AAG, siendo ella una norma superada, enriquecida, por los lineamientos de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Resolución 3281, de 1974), calificada como "el esfuerzo más serio y profundo hacia la formación de las relaciones económicas entre los países" (Sepúlveda, 1976). Observaciones de este tenor hacen concluir que ese derecho internacional aplicable del art. 2 del AAG excede el del elenco de fuentes allí contenido.

No hay coincidencias absolutas en lo tocante a la sustancia del principio de la soberanía estatal sobre los recursos naturales. Mucho se ha escrito acerca del ejercicio de la soberanía y sus limitaciones. La doctrina en ese punto ha girado en torno a la idea de que la soberanía sobre el ambiente es un derivado natural de la soberanía clásica o territorial, y la inquietud vinculada al agotamiento definitivo de los recursos naturales ha puesto en trance aquel pensamiento ligado a un equilibrio entre economía y ecología hasta el momento no alcanzado. La ONU a través de varias resoluciones ha trazado líneas para configurar los contornos de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, debiendo ser armonizadas y luego confrontadas con el AAG. Aquí me limitaré a traer algunas anotaciones formuladas en 1980 por Alonso-Gómez Robledo Verduzco a los institutos relevantes de ese conjunto normativo.

Las resoluciones de la Asamblea General carecen de fuerza vinculante, ya que no existe en el articulado de la *Carta de las Naciones Unidas* texto expreso en ese sentido. A su vez en el art. 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* no aparecen enumeradas dichas resoluciones como "fuentes" jurídicas. A pesar de ello ciertas resoluciones pueden lograr ser

expresión de principios o reglas de Derecho si se aceptan a través de los usos o la *praxis* estatales. La Res. 1803 (única citada en el AAG del grupo de resoluciones que formularon nociones o conceptos de la soberanía estatal sobre recursos naturales) titulada "*Declaración sobre el Derecho de las Naciones a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*" expresó, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

- La exploración, el desarrollo, la disposición de los recursos naturales y la inversión extranjera para llevarlos a cabo "deberán conformarse a las reglas y condiciones" que las naciones dispongan "para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades" (I, 2);
- La inversión extranjera se regirá por la autorización de la actividad respecto al recurso natural, la ley del país y el derecho internacional, "cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales" (I, 3); y
- El ejercicio de la soberanía estatal sobre los recursos naturales debe respetar la igualdad soberana de los Estados (I, 5).

En los últimos 20 años la soberanía sobre los recursos trascendió de ser un modo del derecho de cada país a la libre determinación económica –sin excluirlo– para constituirse en un argumento de peso para sostener una política nacional ambiental que contenga reglas claras y fuertes de preservación y recuperación de los recursos. En esa orientación interpretativa se encuentra el fundamento de la prelación de los ordenamientos jurídicos internos de las Partes del AAG –quizá el orden de enumeración del art. 2 refuerza esa tesis– sobre las normas del Derecho Internacional. La jerarquía supralegal del Derecho Internacional en la primera parte del nuevo art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina debe armonizarse con el art. 27 que le exige a los tratados "*que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*"; opino, haciendo una lectura unitaria –global– de la Constitución, que si un tratado implica una regresión en la tutela ecológica, debería no ser ejecutado por la administración ni mandado a cumplir por orden judicial, en base al orden público ambiental que surge de las leyes de presupuestos mínimos, en particular la Ley 25.675 que recepta explícitamente el principio de progresividad (art. 4).

El principio recibió una transformación positiva con la sanción de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (Res. 3281), quedando enunciado de este modo: "*Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas*" (art. 2, 1). El concepto

es trascendente, porque el término “permanente” ha sido interpretado en el sentido de que el Estado puede ejercer su control de los recursos en todas sus fases, incluyendo la comercialización, idea que desemboca en otra: el Estado es el dueño originario de “todos” los recursos. En cuanto a la palabra “plena”, el “Grupo de los 77” entendió que hizo referencia al rechazo de toda presión extranjera, por cuanto los recursos son de cada país, a diferencia de la tesis del “patrimonio común de la humanidad”. El principio otorga a los Estados tres atribuciones (art. 2, 2):

- Reglamentar (limitar) las inversiones extranjeras;
- Reglamentar y controlar la legalidad de las actividades de empresas transnacionales (no hay obligación en los Estados de dar trato preferencial a la inversión foránea); y
- Nacionalizar, expropiar y transferir la propiedad de bienes extranjeros.

La *Carta* no hizo referencias al Derecho Internacional, remitiendo el ejercicio de la soberanía a las legislaciones internas, en concordancia con lo establecido en el art. 2 del AAG.

El AAG y el orden jurídico argentino

Visto que las citas del Derecho Internacional del AAG no son todas las que efectivamente rigen la materia, y que la jerarquía jurídica contenida en el art. 2 del AAG impone ubicar como suprema a la ley nacional –excepto que un tratado otorgue mayor protección ambiental–, se indagará en las influencias recíprocas del orden jurídico argentino y el Derecho Internacional aplicable al SAG.

El impacto del AAG es módicamente positivo en materia de soberanía y desfavorable en lo ambiental. En relación a la soberanía significó una reafirmación del principio de autodeterminación en detrimento de un régimen de cooperación hídrica, que tenía como antecedente la institucionalidad regional del Mercosur. Valls (2010) observó agudamente que el AAG no calificó “internacional” al SAG, sino “transfronterizo”. Si las Partes no han podido crear una instancia de gestión real, dotada de fuertes facultades de prevención y control sobre recursos naturales compartidos, lamentablemente se impone la realidad que el art. 2 del AAG refleja, dejando que el derecho interno regule esa porción local del SAG. No obstante esa realidad hay una discreta influencia positiva del Derecho Internacional, que se advierte: a) globalmente, en las herramientas que otorga a las Partes en situaciones de eventual vulnerabilidad jurídica ante una “invasión ecológica” –terminología citada por Martínez Alier (2004)–; expresado de otro modo: de hallarse por las Partes límites

jurídicos en el máximo nivel de sus ordenamientos internos (constitucionales) para poner freno, con fundamento en la soberanía alimentaria de la población, a las inversiones transnacionales sobre dominio de suelos ubicados en el área del SAG, las resoluciones anotadas y sus concordantes pueden darle competencia a los gobiernos y jueces para hacer de la “libertad de comercio” una cláusula de menor rango que los regímenes tuitivos de bienes ubicados en la esfera social (ciclo hidrológico, por ejemplo). En la Argentina el planteo del tema de la extranjerización ha culminado con la sanción de la Ley 26.737 y su posterior reglamentación (Decreto 274/12). La ley prohíbe a sujetos extranjeros –sin excepción– adquirir el dominio o posesión de inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura y permanentes (art. 10), precisando el decreto que dentro de esa categoría se hallan los acuíferos (art. 10, 7º párrafo inc. a)). El Derecho Argentino puede hallar armonías con las resoluciones de la Asamblea General sobre soberanía estatal respecto a recursos naturales, enfrentando las impugnaciones de inconstitucionalidad por transgredir las cláusulas inmigratorias de los artículos 20 y 25; y b) puntualmente, el AAG, en su art. 14, pareciera que le impone algún contorno a la soberanía, imponiendo el deber a las Partes de cooperar en la identificación de áreas críticas en zonas fronterizas que demanden un tratamiento puntual.

Pero en el plano ambiental el AAG implicó una regresión, que se aprecia de la lectura de su art. 7: “*Cuando se cause perjuicio sensible a otra u otras Partes o al medio ambiente, la Parte cuyo uso lo cause deberá adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio*”. Valls (2010) observó que dicho artículo reconoce la discrecionalidad en las Partes para permitir actividades de impacto ecológico negativo, al no consagrar la regla de oro del Derecho Ambiental de *obligar a recomponer*. No existe un instrumento internacional que consagre esa regla de manera directa, al modo que se lee en el art. 41 de la Constitución argentina. El AAG solo exige no causar “perjuicio sensible”, entendiéndose por tal al que es más que detectable o apreciable pero necesariamente grave o sustancial. Es sensible el daño si es determinable por criterios reales y objetivos según las circunstancias de tiempo y lugar. También puede ser definido como el que no es mínimo ni insignificante (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998). El autor citado al referir que el AAG tuvo como fuente a la Resolución 63/124 de la Asamblea General concluye: “*Es lamentable la mala práctica de invocar la soberanía no para proteger el derecho soberano de los Estados a la incolumidad e integridad de su territorio, sino mas bien para convalidar el abuso [de] la*

propia soberanía en desmedro de la incolumidad e integridad del territorio de otro Estado. Causar daño a otro Estado es siempre una violación de la soberanía. La reparación del daño debió haber sido total por los daños inferidos como consecuencia de la contaminación causada por su actividad o la de personas domiciliadas en su territorio como norma el Estatuto del Río de la Plata (Artículo 51) o por sus propias actividades o por las que en su territorio realicen personas físicas o jurídicas” como norma el Estatuto del Río Uruguay (Artículo 42)”.

Particularizando en cuanto al Derecho de Aguas, la citada Res. 63/124 no alude a la gestión integrada de cuencas ni fija parámetros de gestión conjunta e integrada del agua subterránea respecto a la cuenca (o a las cuencas). Dicha omisión también fue copiada por el AAG, marcando otro retroceso en relación a la tendencia marcada por las *Reglas de Berlín* y la *Declaración de Dublín*.

Desafíos del Derecho argentino: despejar incertidumbres

El desarrollo de proyectos comunes de las Partes previsto en el art. 12 del AAG, unido a la armonización legislativa que anhela el Acuerdo Marco del Mercosur, será letra muerta si antes la Argentina no disipa las disparidades de criterios legislativos y judiciales sobre algunos institutos relacionados con el dominio del SAG.

La cuestión de la “propiedad particular”

Si bien ha sido discutida la clasificación entre bienes públicos y privados (el agua dentro de ellos) a través del Código Civil argentino –tesis de Cano y Salomoni (Apesteuguía, 2005)–, el texto vigente del art. 2340 es insoslayable para el intérprete en cuanto al estudio del derecho positivo de aguas. El Congreso, por facultades delegadas, calificó el carácter público de ciertas aguas (dominio) y estableció restricciones –sean en el interés público, sean por razones de vecindad– para las del dominio particular (de los particulares; se entiende a la “propiedad particular” como residual luego de reconocer la propiedad estatal, ver art. 2347 del Código Civil); luego de ello, en materia de uso y gestión de aguas públicas –y poder de policía de aguas privadas– provinciales (jurisdicción) la materia pasa a ser estadual (provincial) por las facultades reservadas por las provincias en el proceso constituyente.

La parte pertinente del art. 2340 del Código Civil reza: *“Quedan comprendidos entre los bienes públi-*

cos: ... 3° Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación.” Llambías y Alterini (1993), analizado el punto en cuanto a los ríos, con acierto prosiguen con la cuestión de la *“aptitud de satisfacer usos de interés general”*; dicha expresión, por su amplitud, torna pública gran parte de las aguas existentes, incluyéndose las subterráneas, a las cuales la ley –siguen los autores citados– da por sentado que poseen esa aptitud. La opinión de Marienhoff (en su *Tratado*) es que la propiedad del agua freática está regida por el art. 2518 del Código Civil, léase: propiedad privada del dueño del suelo. Marienhoff, en otro trabajo (1970), se preguntó si el traspaso de las aguas subterráneas al dominio público por la reforma civil de 1968 bastaba con la simple declaración legislativa, o si faltaba la indemnización a los propietarios que se vieran privados de esa “porción” del subsuelo; ese tema mereció un interesante debate argumental en la jurisprudencia provincial (causa: *“Ledesma, S.A vs. Provincia de Jujuy”*, Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, 11/03/1985) que excede el objeto inmediato de este trabajo. Marienhoff concluyó que las aguas subterráneas siguen siendo una propiedad particular del superficiario, siendo inconstitucional la reforma por la ausencia de indemnización estatal, con cita en el art. 2518 del Código.

En un trabajo de 2005 publicado en *eldial.com* critiqué esa postura, que se exhibe anticuada, por no estar a la altura de los lineamientos conservacionistas de los recursos naturales plasmados en diversas normas internas. El artículo 2518 debe ser reformulado, exceptuando las aguas subterráneas de la extensión dominial hacia la “profundidad” del suelo.

La insuficiencia del “dominio originario”

Al debate acerca de si el agua subterránea pertenece al dominio de los particulares, se agrega una cuestión que trajo la reforma constitucional federal de 1994, al añadir el art. 124 que establece en su segunda parte: *“Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”*. Esa redacción mutó una concepción política nacional sustentada en valiosos antecedentes (por ejemplo la Constitución argentina de 1949 y la Constitución mexicana en su art. 27) de que la nacionalización de ciertos recursos naturales fortalecía la soberanía y la inde-

pendencia económica. Además la novedosa incorporación de la *cláusula ambiental* que la misma reforma constitucional llevó a cabo, atribuyendo a la Nación la facultad de dictar leyes denominadas de “presupuestos mínimos de protección ambiental” con jerarquía superior en la materia ecológica a cualquier otra norma provincial o municipal (art. 4, ley 25.675), no guarda unidad con el dominio originario de las provincias, la cuales recurrentemente esgrimen ese razonamiento para que no se apliquen en sus territorios aquellas normas de presupuestos mínimos. Mucho se ha teorizado en materia constitucional sobre la convivencia entre las facultades concurrentes en materia ambiental, pero en la práctica existen causas judiciales de notable importancia que se iniciaron para anular leyes, tal el caso de la Ley 25.688 de Presupuestos Mínimos de Gestión de Aguas; deberá recordarse la demanda de la Provincia de Mendoza contra la Nación que tramitó en la Corte Suprema, por la que, entre otros puntos, se denunció (textual según el fallo dictado el 26/03/2009) que *“cuestionan dicha ley, en cuanto a que con la «excusa» de ejercer la facultad delegada a la Nación para fijar los presupuestos mínimos de protección ambiental –en los términos del tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional– se excede en su cometido, y regula sobre la gestión de los recursos naturales, materia que resulta propia del derecho público provincial. Explican así que la norma impugnada, lejos de contemplar cuestiones mínimas básicas que constituyen el piso a partir del cual las provincias pueden dar sus normas complementarias, ha avanzado en aspectos normativos que exceden dichas cuestiones”*. Para evitar estas discordancias, debió definir el art. 124 del texto constitucional que los recursos naturales son de la Nación, o bien enumerar a algunos en particular como pertenecientes a las provincias; de ese modo se podría haber conciliado con los intereses de las provincias petroleras, interesadas en la redacción actual del artículo. En cuanto al SAG existe idéntica hipótesis de conflicto de facultades, porque la Ley 25.688 ha sido impugnada por el COHIFE, requiriendo oportunamente al Poder Ejecutivo su veto total. La ley aludida prevé que la autoridad nacional de aplicación tiene la atribución de *“definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos”* (art. 7 inc. b]) y la facultad –a pedido de las provincias– de *“declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas...”* (art. 8). La provincia de Misiones adhirió al pedido del COHIFE, y cuando sancionó su propia ley sobre el SAG citó entre sus antecedentes a la Ley 25.688. ¿Una contradicción, olvido o vacilación acerca de si el dominio originario estadual prevalece sobre la protección ambiental?

En 2004 las provincias del Chaco y Corrientes sancionaron, respectivamente, las leyes 5446 y 5641. Ambas han *reafirmado* su dominio y plena jurisdicción sobre el SAG. El texto chaqueño contiene un básico estatuto de defensa estratégica, porque reduce, al menos formalmente, las posibilidades de acceso al acuífero a través de varios institutos legales, entre ellos la *norma emanada de la Legislatura con mayoría especial* (art. 3).

En 2007 la provincia de Misiones sancionó la ley 4326 y facultó al Estado provincial a gestionar políticas comunes y coordinadas con los demás estados limítrofes, titulares del SAG (art. 3). Más del 80% de los límites de Misiones son internacionales, circunstancia que si bien justifica desde lo fáctico esta disposición ella plantea dudas sobre su constitucionalidad, ya que es un dilema descifrar si la materia hídrica puede incluirse en los “trabajos de utilidad común” que el art. 125 de la Constitución enumera como objeto de los “tratados parciales”.

El SAG: tesoro inalcanzable de los pueblos originarios

Deseo finalizar el trabajo haciendo una referencia concisa hacia los acreedores de un despojo. En el año 2010 ingresó a través de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley denominado *“Reparación Histórica de los Pueblos Indígenas Argentinos en el marco de los Bicentenarios”* (Expediente D-1113-D-2010). Antes y después de la reforma constitucional nacional de 1994 dos normas han enfocado fundamentalmente algunos puntos de la relación “recursos naturales/pueblos indígenas”: el *Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes* (de 1989, ratificado por ley en 1992) y la *Ley de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras que Tradicionalmente Ocupan las Comunidades Indígenas* 26.160 (2006). Excepto el Convenio de la OIT, las normas referidas –incluyendo la Constitución reformada– carecen de definiciones de las expresiones claves para entender no solo sus alcances legales, sino imperiosamente *el impacto que esas expresiones han provocado en el significado tradicional de “propiedad inmobiliaria”, “título de propiedad”, “usurpación”, y “manejo de los recursos naturales”*. El Proyecto de ley citado avanza en la definición de “pueblos indígenas” y de “propiedad comunitaria”, además de prever figuras para la promoción económica y cultural.

En algunas de las provincias argentinas que son titulares de dominio del SAG –Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones– habitan actualmente pueblos

indígenas, portadores de su cosmovisión y dueños del patrimonio natural y cultural que la "ley moderna" (Constitución) declara proteger. El AAG no los ha contemplado, y el reenvío del art. 2 al orden jurídico interno de las Partes obliga a detenerse en la compleja realidad que los indígenas representan, al menos en la lógica del Derecho heredado de Europa que nos rige.

La visión sobre la Creación y particularmente el vínculo con la tierra que los diversos pueblos indígenas conservan en el presente, ha penetrado como una espina en el cuerpo del régimen jurídico de la propiedad privada argentina. La Constitución de 1994 establece que corresponde al Congreso: "*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*" (art. 75 inciso 17). ¿Qué es un "pueblo indígena"? La respuesta puede ser útil para entender la gravitación que la historia de los indios posee al momento de pretender una relación de las comunidades originarias con el SAG en zonas de angustiante sequía (caso del Chaco, con la Comunidad "Wichi"). El proyecto de ley de reparación histórica entiende por "pueblo indígena" al "*conjunto de personas conformadas por varias generaciones, que tengan conciencia de su identidad como indígenas originarios, por ser descendientes de pueblos que habitaron el territorio argentino en la época de su conquista o colonización, que mantengan la cultura, organización social o valores de su tradición, que hablen o hayan hablado una lengua autóctona y que convivan en un hábitat común y originario, en asentamientos nucleados o dispersos*". Otra modificación del proyecto legislativo al Código Civil anexa como un nuevo derecho real la "propiedad comunitaria indígena". Su concepto, en el Proyecto, es el reflejo en cierta manera del criterio sustentado al respecto por diversos fallos judiciales. La idea central de "posesión y propiedad comunitaria" es inseparable de la preexistencia étnica y cultural, englobando la prelación política ya que son previas al Estado que regula la Constitución. Esa primacía en el tiempo que se da en el aspecto público incide en el aspecto privado; las Comunidades pien-

san el "territorio" como el espacio de permanencia de la identidad cultural, demarcado por la "memoria histórica". La "tierra" para el poblador originario no es el "inmueble" civil, es un legado divino dado a la Comunidad, a todos sus miembros. Esa concepción es descartada por la propiedad clásica, personal, verificable por documentos (escrituras). esta se puede vender, hipotecar y desalojar; la otra es intransferible.

El Proyecto avanza en otros puntos. Puntualiza que la propiedad comunitaria se fundamenta en la "primera ocupación"; alusiva a la prioridad en el tiempo que favorece a las comunidades indígenas en la detentación del suelo, que en caso de controversia judicial, prevalece sobre la usucapión. En cuanto a los títulos, el Estado previamente determinará las áreas del territorio afectado a la posesión originaria; los estudios históricos, geográficos y antropológicos jugarán un papel definitorio para establecer los límites de la *ecúmene* de cada Comunidad; una vez firme dicha fijación del territorio el Proyecto lo declara de utilidad pública y sujeto a expropiación. Dispone que la propiedad comunitaria es "de origen constitucional"; para que no le sean aplicadas las leyes civiles ni penales.

No quería dejar de mostrar este problema humano, no exento de una apreciación jurídica. Miles de familias indígenas no reciben la atención del Estado soberano, mientras el orden jurídico las reconoce como "entidad" (con "derecho a"). Dueñas de sus recursos naturales, que por esencia sostienen la vida, no pueden cultivar ni tener un desarrollo integral de acuerdo a su cultura por privación casi absoluta de agua. Sobreviven encima del Acuífero Guaraní, y quizá en el Chaco tengan que lograr una ley especial para poder descubrir su agua.

Conclusiones

La remisión del art. 2 del AAG al derecho interno –argentino– significa una revitalización de la soberanía nacional. Dicho artículo es la piedra angular del AAG.

La integración económica a la que aspira el Mercosur se contrapone con la cautela de los Estados en aceptar dispositivos de cooperación en materia de cuencas compartidas.

El AAG no aporta precisiones de tipo físicas ni hidrológicas del SAG; lo trata como un "recurso hídrico transfronterizo". Posee varios antecedentes y ha tenido como fuente central la Resolución 63/124 ONU, que asimiló el agua subterránea al petróleo y al gas, cuyo destino es ser extraído para su posterior transformación.

El AAG, al referirse que las Partes son las "únicas titulares", revitalizó la tesis del dominio pleno y empujó por encima de cualquier aproximación a la soberanía restringida del recurso transfronterizo.

El derecho internacional aplicable del AAG excede el del elenco de fuentes allí contenido. La ONU ha trazado líneas para configurar los contornos de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, debiendo ser armonizadas y luego confrontadas con el AAG.

La jerarquía supralegal del Derecho Internacional en la primera parte del nuevo art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina debe armonizarse con el art. 27. Si un tratado implica una regresión en la tutela ecológica, debería no ser ejecutado. La *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* remite el ejercicio de la soberanía a las legislaciones internas, en concordancia con el AAG.

La reglamentación de la Ley 26.737 prohíbe a sujetos extranjeros adquirir el dominio o posesión de inmuebles que contengan acuíferos, y el AAG puntualmente pareciera imponer algún límite a la soberanía (identificación de áreas críticas).

En el plano ambiental el AAG implicó una regresión al no consagrar la obligación de recomponer el daño. El AAG solo exige no causar "perjuicio sensible". El AAG no alude a la gestión integrada de cuencas.

La doctrina que sostiene que el agua subterránea pertenece al dueño del suelo ha sido superada por los lineamientos conservacionistas de los recursos naturales plasmados en diversas normas internas.

Las provincias esgrimen la tesis del dominio originario para que no se aplique en sus territorios la Ley 25.688. Debió consagrarse el dominio originario de la Nación en el art. 124 de la Constitución.

La Ley 25.688 prevé disposiciones sobre acuíferos, siendo fundado pensar que pueden generarse nuevos conflictos jurídicos con las provincias del SAG. Chaco, Corrientes, Formosa y Misiones sancionaron leyes tuitivas del SAG.

El AAG no ha contemplado a los pueblos originarios. El reenvío del art. 2 obliga a detenerse en la compleja realidad que los indígenas representan. La idea central de "posesión y propiedad comunitaria" es inseparable de la preexistencia étnica y cultural. *De lege ferenda* la primera ocupación, en caso de controversia judicial, prevalece sobre la usucapión. Las familias indígenas son dueñas de sus recursos naturales.*

Agradecimientos

Agradezco profundamente al Dr. Mario Valls por ser mi maestro de Derecho de Aguas; a la Prof. Florencia Oyhanarte por su decisiva contribución en la elabo-

ración del abstract y el abridged; y a mi familia por darme el apoyo permanente en el compromiso por un mundo más sano y solidario.

Referencias

- Apesteuguía, G. 2005. *Dominio público de aguas subterráneas: el interés ambiental y estratégico de su defensa*. Edit. Albrematica. elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, 03/05/05. www.eldial.com.
- Apesteuguía, G. 2007. *Cuestiones jurídicas de la "extranjerización"*. Edit. Albrematica. elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, 10/07/07. www.eldial.com.
- Apesteuguía, G. 2010. Vigencia de la "propiedad comunitaria indígena". *Nuevo ABC Rural*. N.º 117, 38.
- Apesteuguía, G. 2011. Soberanía argentina sobre los recursos naturales (2.ª parte). *Nuevo ABC Rural*. N.º 120, 49.
- Beaugé, M.F. 2010. La necesidad de cooperación e integración en la protección de los acuíferos transfronterizos. *Cuadernos de Política Exterior*. N.º 102. Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de Rosario (CERIR), 71 pp.
- Carrozza, A. 1983. Recursos naturales y derecho agrario. En: Pigretti, E. (comp.), *Derecho Agrario y Recursos Naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 25-42.
- Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 02/03/12. *Proyecto para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní (FMAM-Banco Mundial-OEA)*, coordinado por Santa Cruz, J. N. www.cari.org.ar/pdf/proyectosag.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2009. *Causa: Mendoza, provincia de vs. Estado Nacional*. 26/03/2009, Buenos Aires.
- Drnas de Clement, Z. 2012. Fuentes del derecho internacional del medioambiente. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 08/03/11. www.acaderc.org.ar.
- Gómez-Robledo Verduzco, A. 1980. Significación jurídica del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. En: Gómez-Robledo Verduzco, A. (comp.), *La soberanía de los estados sobre sus recursos naturales*. UNAM, México, 43-62.
- Iza, A.O. 2005. Aspectos Jurídicos de los Caudales Ecológicos en Cuencas Compartidas. *Lecciones y Ensayos*. N.º 80. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 219-248.
- Llambías, J.J. y Alterini, J.H. 1993. *Código Civil anotado*. Tomo IV-A. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 678 pp.
- Marienhoff, M.S. 1970. La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas. *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina-1970, 255.
- Marienhoff, M.S. 1996. *Tratado de derecho administrativo*. 3.ª ed. Tomo VI. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 863 pp.
- Martínez Alier, J. 2004. Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*. Vol. 1. Universidad Autónoma de Barcelona, 21-30.
- Mercosur, 27/02/12, www.mercosur.int.
- Naciones Unidas. 1998. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Vol. II. Primera Parte, 210-216.

- Pastorino, L.F. 2005. *El daño al ambiente*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 391 pp.
- Pastorino, L.F. 2009. *Derecho Agrario Argentino*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 680 pp.
- Petri, D. *et al.* 2005. Posición del COHIFE sobre la ley N.º 25.688. *La Ley. Suplemento de Derecho Ambiental*. Año XII, N.º 1, 2.
- Rodríguez de Taborda, M.C. 2010. Regulación jurídica internacional de los recursos hídricos: Sistema Acuífero Guaraní. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 06/03/11. www.acaderc.org.ar.
- Santa Cruz, J.N. 2004. Aspectos hidrogeológicos. *Seminario "El Acuífero Guaraní"*, Buenos Aires (Argentina), Colección Documentos de Trabajo, N.º 81, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 14-20.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, 02/03/12. www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=803.
- Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. 1985. Causa: Ledesma S.A. vs. Provincia de Jujuy. 11/03/1985, Jujuy.
- Valls, M.F. 1994. *Recursos naturales*. Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 197 pp.
- Valls, M.F. 2008. *Derecho Ambiental*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 332 pp.
- Valls, M. 2010. Sistema Acuífero Guaraní. Acuerdo de los países del Mercosur para promover su conservación y protección ambiental de manera de asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos. Edit. Albrematica. elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, 07/09/10. www.eldial.com. Cita: elDial.com-DC1420.

Recibido: diciembre 2011

Revisado: febrero 2012

Aceptado: marzo 2012

Publicado: julio 2012

