



Estudios del CURI

**El fallo de la Corte Internacional de Justicia en el
Asunto de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay.
Una Visión desde el Derecho Internacional Público.**

Dr. Alejandro Pastori

*Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales*

*26 de julio de 2010
Estudio No 05/10*

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

El fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay. Una Visión desde el Derecho Internacional Público.

Introducción

El reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), ha puesto fin al primer proceso internacional que enfrentó a la Argentina y al Uruguay ante esa jurisdicción internacional.

Es frecuente escuchar decir que los jueces de La Haya a la hora de emitir un dictamen internacional, si bien dan respuesta a una controversia jurídica, también tienen en cuenta que deben fallar de forma tal que se restablezca la normalidad de las relaciones entre los países, procurando de esta forma un equilibrio que dé margen para que exista satisfacción para las dos partes.

Esto puede ser cierto en alguna medida y – de serlo- resulta justificable, pues la Corte, en tanto órgano de las Naciones Unidas, es un instrumento de ejecución del principio de solución pacífica de las controversias previsto en la Carta, en contraposición exacta con el principio de prohibición del uso de la fuerza del que constituye la otra cara de la misma moneda. Por ello, en este entendido, no puede ni debe descartarse totalmente que su tarea, además de jurídico-técnica, también deba propender a una misión pacificadora propia de la organización en la que se encuentra inserta.

Pese a esto, las sentencias de la Corte no son necesariamente una expresión lavada de un derecho de conveniencia aplicado al caso concreto. Muchos de sus fallos han marcado avances significativos para el desarrollo y la consolidación del derecho internacional, en la aplicación de sus normas o en la interpretación de las mismas, de forma tal que el contenido de un fallo de la Corte puede ser relevante más allá de su función específica de dar solución a un conflicto entre partes enfrentadas.

El propósito del presente trabajo es adentrarse en esta búsqueda: es decir, más allá de la satisfacción o insatisfacción que el mismo haya producido en las Partes, intentar examinar y extraer los aportes del fallo de la CIJ en el asunto de las pastas de celulosa que pueden considerarse relevantes para la confirmación, aplicación o el desarrollo de algunos preceptos de derecho internacional público (DIP).

A tales efectos hemos dividido el estudio del fallo en diferentes temas que consideramos centrales y en los cuales lo expresado por la Corte (o por las Opiniones Individuales o Disidentes) tiene un carácter “general” y puede, por tanto, ser considerado como un aporte de la sentencia al DIP más allá del caso concreto que dio lugar a la sentencia.

Adelantamos que por “aporte” entenderemos una opinión de la Corte sobre un tema de relevancia general, más allá de que se comparta su razonamiento y sus conclusiones sobre el mismo, pues en cualquier caso fija una posición jurisprudencial sobre determinados temas, sea ésta compartible o no.

Los aportes del fallo en materia de Derecho Internacional Público

1. En materia de determinación del alcance de su competencia

La Corte obtiene su competencia en este asunto en virtud de la cláusula compromisoria prevista en el artículo 60 del Estatuto del Río Uruguay (en adelante “el Estatuto”) la que establece que:

“Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del tratado y del estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia”.

El alcance de esta competencia, según la Corte, se limitará al tema de la calidad de las aguas, prevista por el Estatuto en el artículo 7º, ya que entiende que no procede “*ratione materiae*” incluir en la misma, como pretendía la Argentina, otros aspectos vinculados con la contaminación que no se encuentran contemplados directamente por el Estatuto, como la contaminación visual, sonora o atmosféricas.

Pero el aspecto más relevante en este punto es el razonamiento de la Corte para descartar la extensión de su competencia a las obligaciones que tienen las Partes derivadas de su pertenencia a otros tratados internacionales o al derecho internacional general.

La Argentina entendía que la previsión del artículo 1º del Estatuto ampliaba la competencia de la Corte a estos aspectos al establecer que:

Artículo 1º — Las partes acuerdan el presente estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7º del Tratado de Límites en el Río Uruguay de 7 de abril de 1961, con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes.

La Corte sin embargo, al analizar el artículo primero, considera que el mismo define solamente el propósito del Estatuto y que no se puede deducir de la referencia subrayada más arriba que las Partes quisieron comprometerse por el Estatuto al cumplimiento de las obligaciones que habían contraído en otros tratados.

Más bien, interpreta la Corte, dicha referencia a otros tratados debe entenderse hecha en el sentido de que es la adopción del Estatuto el que se realiza en conformidad con las disposiciones del artículo 7 del tratado de 1961 y en la estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales, y en tal sentido debe leerse la parte final del artículo 1º del Estatuto.

La Corte interpreta de la misma forma restrictiva la referencia del artículo 41 a) del Estatuto que reza:

Art. 41. — Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las partes se obligan a:

a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales;

Entiende la Corte que la disposición no incorpora en el Estatuto de 1975 a los acuerdos internacionales en tanto tales, sino que impone a las Partes la obligación de ejercer sus poderes de regulación de conformidad con los mismos, a efectos de proveer a la protección y preservación del medio acuático del río Uruguay. Por tanto, la disposición no constituye una cláusula de reenvío a otros convenios internacionales y en consecuencia ninguna otra convención internacional multilateral (como las invocadas por la Argentina siguiendo esa línea argumental) puede ser considerada incorporada en el Estatuto de 1975.

Por este motivo no pueden considerarse incluidas en la cláusula compromisoria del Estatuto y por ende la Corte no tiene competencia y por tanto no le corresponde, determinar si el Uruguay ha cumplido o no con las obligaciones que le incumben en virtud de esos instrumentos.

La CIJ ha tenido que determinar en numerosas oportunidades cuestiones relacionadas con su competencia. Los problemas más frecuentes se plantearon cuando se cuestionó por algún Estado su competencia general para conocer en el caso, a través de la interposición de

excepciones preliminares de incompetencia, lo que ha sucedido por lo más variados motivos¹. La Corte en estos casos es la dueña de determinar si es competente, al tener lo que se conoce como “la competencia de su propia competencia”, otorgada a texto expreso por el artículo 36.6 de su propio Estatuto, por lo cual usualmente resuelve este problema antes del inicio del juicio principal.

En el presente asunto, ninguna de las Partes objetó la competencia de la Corte para conocer en el tema, sin embargo sí existió divergencia sobre el alcance de la misma en la medida en que, como vimos, la Argentina pretendía que otros textos internacionales se consideraran implícita o expresamente incluidos en el Estatuto del río Uruguay y por ello se ampliara a ellos la competencia de la Corte.

Al respecto, lo importante del fallo es la tarea interpretativa que realiza la CIJ de ciertas disposiciones del Estatuto para descartar la aplicación de otros textos y determinar exactamente el alcance de su competencia, que *ratione materiae* le corresponde en virtud de la cláusula compromisoria del artículo 60.

Esta tarea interpretativa puede presentarse en futuros casos similares en donde otros textos internacionales similares contengan referencias a diferentes textos, por lo que la interpretación restrictiva de la Corte en este punto nos parece valiosa como antecedente general.

Por otro lado, la semejanza del Estatuto del Río Uruguay con otros textos de similar naturaleza que vinculan a nuestro país y que prevén la competencia de la CIJ en materia de solución de controversias -como lo es el Tratado del Río de la Plata- ya nos puede adelantar sobre la forma en que interpretaría este tribunal internacional, llegado el caso, algunas de sus disposiciones.

Baste con comparar la redacción de los artículos 41 del Estatuto del Río Uruguay, referidos a la contaminación, con los artículos 48 y siguientes del Tratado del Río de la Plata que regulan el mismo tema y que son prácticamente idénticos, ambos con referencia a supuestos “reenvíos” a otros textos internacionales, los que han sido en esta oportunidad descartados por la Corte.

2. En relación con el derecho de los tratados

2.1. La distinción realizada en la naturaleza de las normas establecidas en el Estatuto de 1975.

La Corte hace notar que para el cumplimiento del propósito establecido en su artículo 1º, el Estatuto ha establecido obligaciones que son tanto de naturaleza procedimental como de fondo. Por tanto entiende que hay normas que son solo de procedimiento y otras que son de naturaleza sustancial o de fondo.

Estas obligaciones de fondo, según la Corte, están expresadas en términos generales en el Estatuto, mientras las obligaciones de procedimiento son más concretas y apuntan a facilitar los procedimientos tendientes a lograr una concertación permanente entre las Partes para cumplir con el propósito de llevar a cabo el “óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay” (objeto y fin del Estatuto, previsto en el artículo 1º del mismo).

La Corte entiende que una Parte puede cumplir con las obligaciones de fondo sin cumplir con las procedimentales y viceversa, podría no cumplir con las de fondo pese a haber cumplido con las procedimentales. En todo caso el cumplimiento de las obligaciones de fondo no implica ipso facto que se hayan respetado las de procedimiento o que estaría una Parte dispensada de hacerlo.

¹ Ver al respecto el Asunto del Canal de Corfú, Asunto del Derecho de Paso por el Territorio Indio, Asunto Lockerbie, Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, entre otros.

Esta distinción será determinante para que la Corte considere las obligaciones previstas en los artículos 7 a 12 del Estatuto, como obligaciones meramente procedimentales (y falle posteriormente que el Uruguay no ha cumplido con las mismas), sin verse forzada a deducir por ello la existencia de un incumplimiento en las obligaciones de fondo (arts 41 y ss), referidas a la contaminación en el río Uruguay (sobre las que fallará de forma diferente).

Por tanto, en lo que se refiere a la resolución del asunto, la distinción acerca de las obligaciones previstas por el Estatuto, de acuerdo a su naturaleza, posibilita que la Corte pueda dar parte de la razón a uno y parte de la razón al otro.

¿Es procedente esta distinción entre obligaciones de procedimiento y obligaciones de fondo?

Una distinción entre obligaciones de procedimiento y obligaciones de fondo no está prevista por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1969. Este instrumento no distingue el tipo de normas que pueden ser establecidas por las partes, ni consecuencias diferentes respecto de ellas, salvo cuando menciona que el incumplimiento de algunas disposiciones que afecten al “objeto y fin del tratado” pueden llevar a la suspensión o terminación del mismo.

Esto parece sugerir que dentro de un tratado existen obligaciones de mayor jerarquía que otras, al menos para la sobrevivencia del mismo. El tema es determinar cuáles son estas obligaciones de “mayor jerarquía” o esenciales que pueden afectar al objeto y fin de un tratado. ¿Serán siempre obligaciones “de fondo”, en el sentido que vimos que entendió la Corte?

Si así fuera, la justificación de la distinción hecha por la Corte podría encontrarse en el derecho de los tratados. Sin embargo la respuesta parece ir en un sentido contrario. Para el derecho de los tratados una norma esencial podría ser tanto de procedimiento como de fondo, pues si el énfasis del tratado está puesto en la cooperación - como es parcialmente el caso del Estatuto - no se puede descartar que como parte integrante del objeto y fin del tratado, se encuentren también las obligaciones que la Corte llama procedimentales.

Ante la ausencia de distinción normativa dentro del derecho de los tratados, la Corte opta por justificar la división entre ambos tipos de normas –de procedimiento y de fondo- recurriendo a los principios generales del derecho. ¿Quién puede discutir que una disposición como la de los artículos 7 a 12 del Estatuto no esté referida al procedimiento por su contenido, tal como lo describe la Corte?

Sin dudas, basta con leer las disposiciones mencionadas para concluir lo mismo y el problema de la distinción parece solucionado.

El problema parece ser mayor cuando pasamos del derecho de los tratados o de los principios generales del derecho al campo del derecho de la responsabilidad: a suponer que la distinción normativa sea procedente, ¿es correcto otorgarle menor grado de responsabilidad a la violación de las obligaciones de procedimiento?

A priori esto parece correcto por la diferente naturaleza de ambas normas descrita más arriba, pero ¿siempre debe ser así? Y en particular ¿es correcto que haya sido así en este caso?

La respuesta para la Corte es afirmativa en este asunto. Ya vimos que habrá de valorar la importancia de la violación en función de si se trata de una obligación de procedimiento o si se trata de una obligación de fondo, otorgándole un valor significativamente menor a las obligaciones de procedimiento en materia de responsabilidad.

Para la Corte la violación de la norma “Pacta Sunt Servanda”, prevista en la Convención de Viena, no tiene en este caso las mismas consecuencias en materia de responsabilidad cuando se trata de disposiciones “procedimentales”.

Pese a establecer que existe un nexo entre estas normas y las de fondo, la Corte en definitiva las envía fuera del campo del “objeto y fin” del Estatuto y por ese motivo las deja en un plano secundario en materia de responsabilidad.

Esto pese a que considera que el procedimiento es tan necesario como el fondo para lograr el propósito del Estatuto y, para el caso, resulta indispensable para lograr la cooperación prevista y actuar con la llamada “debida diligencia” en el cumplimiento de la obligación de prevención en materia de contaminación.

A la luz de lo anterior podría sostenerse por tanto, como lo hizo la Argentina sin éxito, que las obligaciones de procedimiento son indivisibles de las de fondo por ser necesarias para el cumplimiento de todo el sistema de protección previsto, en este caso, por el Estatuto. Siendo así, la justificación de una diferente responsabilidad en la violación de ambos tipos de normas no se justificaría.

El problema no es menor tratándose de la protección del ambiente y del caso concreto de disposiciones de un tratado (el Estatuto) que pretende regular dicha protección y que instituye, a juicio de la propia Corte “un régimen completo e innovador” al respecto.²

En su opinión disidente, los jueces Al-Khasawneh y Simma realizan una observación sobre este punto en relación a lo que llaman la elasticidad y generalidad extremas de las normas de fondo en lo que se refiere a la protección del medio ambiente. Consideran que esto conlleva a que el respeto de las obligaciones de procedimiento contraídas por los Estados revista una importancia mayor y constituya un elemento esencial para determinar, en un caso concreto, si obligaciones de fondo han sido o no violadas.

La Corte, en este caso, no consideró que el nexo funcional que existe entre ambas categorías de obligaciones (para cumplir con el propósito previsto en el artículo 1º del Estatuto), impida que los Estados puedan ser llamados a responder de forma separada por el incumplimiento de cualquiera de ellas, de acuerdo a su contenido respectivo, y a asumir, llegado el caso, la responsabilidad correspondiente a la violación cometida en la categoría de obligación de que se trate.

Al-Khasawneh y Simma en cambio opinan en disidencia que la Corte no extrajo de la constatación de ese nexo entre las obligaciones de procedimiento y las de fondo todas las consecuencias jurídicas debidas. Para ellos, es difícil suscribir que la inobservancia de las obligaciones de procedimiento del Estatuto no tiene incidencia en el cumplimiento de las obligaciones de fondo previstas en ese mismo instrumento.

De la misma forma, en su opinión individual, el juez Cançado Trindade se detiene en lo que llama el carácter objetivo de las obligaciones relativas a la protección del ambiente, motivo por el cual acoge con escepticismo toda distinción ontológica que pudiera hacerse de esas obligaciones, como la distinción que hace la Corte entre obligaciones de procedimiento y de fondo. Más a menudo de lo que uno cree, dice, “la forma conforma el fondo” (*la forme conforme le fond*).

De lo antes referido se puede deducir la importancia que tuvo la estrategia del Uruguay en plantear su defensa alegando desde el comienzo la diferencia entre obligaciones de procedimiento y obligaciones de fondo, de manera de minimizar el riesgo en materia de responsabilidad, si es que la Corte admitía, como lo hizo, esta distinción.

² Citado por la Corte en la Resolución sobre Medidas Conservatorias del presente Asunto del día 13 de Julio de 2006 p 133 par 81

La Corte no hizo lugar a la pretensión de la Argentina de que las obligaciones de tipo procedimental obligaban al Uruguay al mismo título que las de fondo y que su incumplimiento implicaría un quiebre de todo el mecanismo de protección del río, al permitirse de hecho la unilateralidad de los procedimientos, sentando de esta forma un claro precedente al respecto.

2.2. En materia de interpretación de los tratados

La Corte entiende que el Uruguay violó la obligación prevista en el artículo 7º del Estatuto de notificación previa a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) en los términos establecidos en dicha disposición:

Art. 7º — La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.

En efecto, según la Corte, las autorizaciones ambientales previas otorgadas por Uruguay a ENCE y BOTNIA, sin informar de ello a la CARU, van contra el principio de cooperación que se instituyó para la protección del río.

La Corte entiende que de acuerdo al procedimiento instituido por el Estatuto en los artículos 7 a 12, las evaluaciones sobre el impacto ambiental de un proyecto de obra constituyen un elemento indispensable para que se pueda medir el riesgo de las mismas. En consecuencia, la notificación previa de las mismas a la CARU, está subentendida -a juicio de la Corte- en la previsión de notificación del artículo 7, por lo que no se podía proceder a una autorización unilateral sin antes notificar a la otra parte por intermedio de la CARU.

El juez Torres Bernárdez no comparte esta opinión. Entiende que la disposición del artículo 7º no reenvía a un estadio tan precoz del proceso de planificación de la obra como lo es la autorización previa ambiental. Argumenta que el artículo 7º menciona la necesidad de notificar “la realización de un obra” y que esto es una etapa posterior de la etapa de construcción, que no es solo el permiso ambiental.

Entiende que la Corte hace una interpretación equivocada de estas disposiciones procedimentales, poniéndolas al servicio de la aplicación del principio consuetudinario de la prevención, siendo que el Estatuto ha establecido que en la fase de planificación de la obra no se han introducido limitaciones a la soberanía territorial del Estado en donde la misma se construye. Por tanto es a éste que le corresponde decidir si se verifican los extremos previstos en estos artículos del Estatuto, entre los cuales se encuentra la notificación previa.

Por tanto el Uruguay no habría podido violar la obligación de notificar del artículo 7º, puesto que a la fecha de celebrarse los Acuerdos bilaterales Bielsa-Opertti del 2 de marzo de 2004 y luego Vazquez-Kirchner del 5 de mayo de 2005, aún se encontraba la situación en tiempo y forma (en “tiempo útil”) para notificar de una manera adecuada a los fines de la información. No hay violación de una obligación si el Estado no está ligado por dicha obligación al momento en que se produce el hecho que se le imputa.³

La interpretación “evolutiva” de la Corte, según Torres, es solo aplicable a las obligaciones de fondo pero no a las de procedimiento, pues esto significaría una limitante impuesta arbitrariamente a la soberanía estatal, la que no puede presumirse a falta de texto expreso ⁴.

³ Artículo 13 de los “Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” Comisión de Derecho Internacional (CDI)

⁴ “Las limitaciones a la soberanía no se presumen (Asunto del Wimbledon CPJI, Serie A n° 1, p 24)

En conclusión, se debería haber interpretado la norma del artículo 7 de acuerdo a la regla de derecho internacional que indica que en caso de silencio del texto a interpretarse, la obligación de informar o notificar debe ser hecha, según el caso, “en tiempo útil” u “oportuno” (*timely o in a timely manner*), es decir antes de que la realización del proyecto haya llegado a un estadio demasiado avanzado, más allá del cual la apreciación del perjuicio potencial de la obra fuera demasiado tardía para ofrecer un remedio eficaz, lo que entonces sí sería contrario al artículo 7º.

Los artículos 31 y ss de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados se refieren a los métodos de interpretación que pueden seguir las partes. Establece sin embargo un punto de partida, que marca la prioridad de la interpretación literal del texto antes de buscar la intención de las Partes. No se justificaría por ello que en este caso la Corte se haya librado a una interpretación que fuera más allá de las normas y su contexto, de los acuerdos posteriores suscritos por las Partes o de la práctica seguida por ellos en la interpretación del Estatuto.

Queda la duda sobre si la interpretación de la Corte en este punto fue condicionada por el rol central que, en materia de cooperación, le otorga todo el fallo a la CARU. Esto más allá de reconocer que pese al carácter intergubernamental del organismo, su función es central para la ejecución de los mecanismos de protección previstos en el Estatuto.

Pero al hacer especial hincapié en este punto la Corte puede haberse visto tentada de interpretar las normas del Estatuto en donde se le da participación a la CARU de la forma más amplia posible, de manera de lograr justificar la importancia de su papel articulador.

No parece que esto haya sido un descuido de la Corte, sino una estrategia deliberada para darle protagonismo al órgano de gestión del río. En cualquier caso ha sentado un criterio en materia de interpretación amplia de normas estrictas como son las de procedimiento. Y por cierto es casi el único punto del fallo en que su conclusión puede fundarse en un carácter preventivo respecto de la preservación del río, un aspecto que generalmente dejará de lado.

2.3 En materia de validez de un acuerdo posterior entre las Partes para modificar la letra del Estatuto de 1975 en lo que se refiere a las obligaciones de naturaleza procedimental. En materia de efectos sobre los tratados por la adopción de tratados posteriores.

En este punto conviene aclarar desde el comienzo que si bien las Partes no diferían en que habían existido ciertos “acuerdos” entre ellas referidos a los aspectos procedimentales previstos por el Estatuto, divergían en cambio en el contenido y en el alcance de los mismos, por lo cual la Corte se ve obligada a tomar posición respecto de los mismos.

En particular, respecto del “acuerdo” (*arrangement, en el texto francés*), entre los Cancilleres Bielsa y Opertti del 2 de marzo de 2004 referido a la construcción de plantas de celulosa sobre el margen uruguayo del río Uruguay, la Corte considera que independientemente de su denominación particular y del instrumento en el cual se encuentra consignado (un Acta de la CARU), el mismo estaba en condición de vincular a las Partes en la medida en que no cabían dudas sobre el consentimiento de las mismas, por lo cual las Partes debía conformarse al “acuerdo” de buena fe.

Según la Corte, las Partes se encontraban por tanto habilitadas a apartarse de los procedimientos previstos por el estatuto de 1975, para un proyecto dado, por efecto de un acuerdo bilateral jurídicamente apropiado y a establecer un procedimiento sustitutivo.

Pero la Corte considera que tal sustitución en materia de procedimiento estaba condicionada al cumplimiento, por parte del Uruguay, de lo establecido por el “acuerdo”, lo que según la Corte no se produjo.

Por este motivo concluye que el “acuerdo” del 2 de marzo entre los Cancilleres Bielsa y Operti “habría tenido por efecto exonerar al Uruguay de las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 7 del Estatuto, si tal era el objetivo de dicho “acuerdo” solo si el Uruguay lo hubiera cumplido”. Por tanto, al no haberse verificado dicho cumplimiento (según la Corte, pues el Uruguay piensa diferente), el “acuerdo” no puede ser considerado como habiendo tenido por efecto el dispensar al Uruguay del respecto de las obligaciones procedimentales previstas por el Estatuto.

Este razonamiento de la Corte puede levantar algunas inquietudes.

En primer lugar, porque la frase subrayada por nosotros en el párrafo anterior, viene a sembrar dudas sobre el razonamiento que hizo anteriormente, en el sentido de que el “acuerdo” era perfectamente posible, válido y sustitutivo de lo previsto en el Estatuto, por lo que el condicional empleado aquí resulta contradictorio con lo que la propia Corte establece más arriba.

En segundo lugar porque si la Corte entiende como válido al “acuerdo”, le da carácter vinculante y admite que a través del mismo las Partes podían apartarse del procedimiento previsto por el Estatuto, su incumplimiento no puede hacer renacer obligaciones que las Partes convinieron en dejar de lado.

El “acuerdo” posterior es un verdadero tratado, según la propia Corte lo admite, cuando describe sus efectos: dejar de lado disposiciones de un tratado anterior y comprometer a las Partes. La Corte reconoce estos aspectos pero luego rechaza que hayan tenido por resultado derogar las disposiciones del Estatuto, simplemente porque a su juicio Uruguay no cumplió con el “acuerdo”.

El incumplimiento del “acuerdo” bien puede reclamarse como una causal de extinción del mismo, según lo establece el artículo 60 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados, pero no se entiende porqué renacen los derechos ya derogados (para este caso) por el mismo, previstos en el Estatuto.

El artículo 30.3 de la Convención de Viena citada nos enseña que puede quedar en vigor el tratado anterior, solo en la medida en que no ha sido derogado por el posterior: (“*el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior*”) pero no nos ilustra en cuanto al renacer de derechos derogados, los que no pueden presumirse salvo disposición expresa.

En suma, no se entiende porqué la Corte le concede a priori efectos vinculantes al “acuerdo” Bielsa-Operti pero luego le niega la condición derogatoria del régimen del Estatuto, condicionando este efecto al hecho del necesario cumplimiento por parte del Uruguay de lo establecido por el mismo⁵.

Por tanto, *a contrario sensu*, si el Uruguay hubiera cumplido, se hubiera derogado el Estatuto sin problemas.

No vemos el sentido del condicionamiento que establece la Corte entre la validez del “acuerdo” y su necesario cumplimiento. A nuestro juicio si el “acuerdo” es válido - y así lo dice la propia Corte- entonces ha derogado para el caso el régimen del Estatuto, y si luego se produce su incumplimiento, la situación debe regirse por las normas previstas a tales efectos en el derecho de los tratados, lo que podría eventualmente llevar a la terminación del “acuerdo” en cuestión.

⁵ Indica la Corte concretamente que “sea como fuere” el apartamiento del régimen previsto por el Estatuto y la sustitución del mismo por lo dispuesto en el “acuerdo” estaba “condicionada por el respeto, por parte del Uruguay, del nuevo procedimiento previsto por el “acuerdo”.

Pero esto no implica que el acuerdo no existió, no es un tema de validez, ni hay nulidad, es un tema de extinción, el tratado produjo efectos, por tanto no se entiende el motivo por el cual la Corte entiende que, de haberse incumplido (cosa que Uruguay niega), debe reponerse jurídicamente la situación previa como si el Acuerdo no hubiera existido y se hace renacer la obligación previamente derogada por el mismo para este caso concreto.

Naturalmente el “acuerdo” no tuvo intención de modificar el Estatuto en forma permanente, ni lo hubiera podido hacer, pero sí tuvo la intención de descartar la aplicación de algunas de sus disposiciones de común acuerdo. Esto supuso que, para el caso, las mismas ya no regirían.

No es correcto, como bien lo señala además Torres Bernárdez en su opinión disidente, que la Corte reconozca que el “acuerdo” produce efectos entre las Partes pero que luego entienda que no derogó las disposiciones del Estatuto correspondientes.

Menos correcto, agregamos nosotros, es fundamentar esa falta de capacidad derogatoria en la ausencia de cumplimiento posterior del “acuerdo” por una de las Partes. Y aún menos correcto es entender que en virtud de ello renacen las disposiciones del tratado que justamente se quiso descartar en la especie.

Consentir en ese razonamiento sería abrir la puerta a una suerte de “latencia” permanente de las disposiciones de un tratado celebrado entre las Partes que ellas mismas quisieron modificar por un acuerdo posterior para un caso concreto.

La Corte luego termina de confundir al intérprete cuando respecto del acuerdo Vazquez-Kirchner sobre la creación del GTAN, del 31 de mayo de 2005, no reconoce que sea un instrumento válido para derogar el Estatuto en los artículos sobre procedimiento, pese a reconocer que crea una “instancia de negociación que permite a la partes llegar a los mismos objetivos del artículo 12 del Estatuto”. La Corte entiende que esto no significa un acuerdo de las partes para derogar las disposiciones del Estatuto. Ni siquiera se detiene a analizar la naturaleza de este acuerdo.

¿Porqué para la Corte el “acuerdo” Bielsa-Operti era un tratado que derogaba las disposiciones del Estatuto en referencia al artículo 7º (aún condicionado a su cumplimiento como vimos), y en cambio éste acuerdo Vazquez-Kirchner –adoptado entre presidentes- no tiene dicha consecuencia respecto del artículo 12 ? Aparentemente, para la Corte, porque solo tenía la finalidad de “suspender la aplicación del Estatuto” en consonancia con las disposiciones del artículo 57 de la Convención de Viena al respecto⁶.

No se entiende sin embargo porqué para este acuerdo se introduce la noción de “suspensión” y no se hace lo mismo antes respecto del acuerdo Bielsa-Operti y viceversa.

Por cierto la argumentación de la suspensión del Estatuto es jurídicamente mucho más convincente, pues si efectivamente se concluye (probadamente) que solo se “suspendió” la aplicación de una disposición específica del Estatuto es lógico razonar que la misma se mantiene vigente y no fue nunca la intención de las Partes dejarla de lado para el caso. Por tanto vencido el plazo de 180 días para el que fue creado el GTAN sin obtenerse resultados, las obligaciones del Estatuto renacen, pues nunca fueron derogadas.

⁶ Artículo 57 CV69: “. **Suspension de la aplicación de un tratado en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes.** La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes.

Pero igualmente la diferencia de criterio argumental no queda clara. O bien los dos eran casos de suspensión o bien los dos eran casos de derogación. En el “acuerdo” Bielsa-Operti en referencia a la notificación de las obras y en el “acuerdo” Kirchner-Vazquez en referencia al establecimiento de un marco para negociar. No parece haber diferencia de naturaleza entre ambos acuerdos por referirse a diferentes momentos o instancias del procedimiento previsto por el Estatuto.

Y en los dos casos la idea central era la misma: apartarse del régimen del mismo para lograr, por otra vía, la misma solución. De hecho, el segundo acuerdo parece reafirmar la idea del primero, de que las partes decidieron seguir un procedimiento sustitutivo al del Estatuto.

3. En relación con los principios de Derecho Fluvial

3.1. La obligación general de cooperación en los cursos de agua internacionales.

La misma es destacada en la sentencia de la Corte, por un lado desde un punto de vista formal, por la intervención que le asigna a la CARU en la fase de ejecución del litigio, a todas luces lógica pues hubiera sido absurdo ignorarla.

Y por el otro, desde un punto de vista sustancial, por la confirmación de los principios que deben gobernar la acción de los Estados para cumplir con la finalidad del Estatuto de lograr el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay.

Al respecto menciona el estrecho nexo que debe existir entre el uso equitativo y razonable del río como recurso compartido y la necesidad, que está en el centro del desarrollo sostenible, de conciliar el desarrollo económico y la protección del medioambiente.

En este sentido, el fallo no hace sino confirmar este principio general del derecho internacional en materia de dominio fluvial.

En el último punto nos referiremos en particular a la forma en que entiende la CIJ que las partes deben ejecutar la cooperación, a través del monitoreo conjunto en el marco de la CARU y el alcance del mismo.

3.2. En materia de ausencia de derecho de veto. ¿Hay obligación de no construir luego del desacuerdo?

En este punto el fallo puede ser especialmente opinable. Aunque todos conocemos el principio de la ausencia de un derecho de veto por parte del co-ribereño, el mismo debe ser aplicado teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, sin ignorar lo dispuesto por los textos en vigor entre las Partes.

Aquí, el texto del artículo 12 del Estatuto introduce específicamente la necesidad de acudir a los procedimientos del artículo 60 si no se logra un acuerdo sobre la viabilidad de la obra luego de la etapa de negociaciones sobre la misma de 180 días, prevista en el artículo 11 (o sea al final de la etapa procedimental) ⁷.

Sin embargo la Corte concluye que el Uruguay, luego de la etapa procedimental, y aún habiendo incumplido con la misma, estaba en condiciones de comenzar a construir las plantas de celulosa porque no existe una obligación de “no construcción” en la medida en que “no hay obligación de llegar a un acuerdo en la fase previa”.

⁷ Art. 12. — Si las partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el art. 11, se observará el procedimiento indicado en el capítulo XV. El Capítulo XV en su artículo 60 indica a su vez que “Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del tratado y del estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia”.

Tampoco para la Corte hay necesidad de utilizar obligadamente la opción del artículo 12 que posibilita acceder a la jurisdicción de la CIJ para el caso en que, como vimos, no se resuelva entre las Partes la cuestión de si la obra será dañina al río o no.

Para la Corte esto es solo una posibilidad al alcance de las Partes, pero no hay una obligación para el que quiere construir de esperar para hacerlo a que exista un fallo de la Corte sobre la viabilidad de la obra. Construye si quiere, aunque por supuesto a su propia cuenta y riesgo.

Esta opinión es, al menos, discutible y merece algún análisis. Interpretar así esta disposición del Estatuto deja sin contenido aparente al artículo 12 y a la tarea que allí se le encomienda a la Corte como instancia llamada a definir las cuestiones técnicas o científicas cuando las Partes no se ponen de acuerdo.

De acuerdo a este artículo, la Corte debe intervenir antes de la realización del proyecto, cuando las partes se enfrentan sobre la cuestión de saber si existe riesgo de que existan efectos perjudiciales sobre el medioambiente. En tal sentido, la intervención de la Corte en esta etapa tiene por objeto cumplir con una función preventiva y porqué no, precautoria.

La Declaración del juez Skotnikov es concluyente en este punto. El mismo entiende contrariamente a la mayoría de la Corte que existe una verdadera “obligación de no construcción” que se desprende claramente de las disposiciones del Estatuto así como del objeto y fin del mismo. En ningún caso puede deducirse lo contrario –como lo hace la Corte- en el sentido de que esta obligación no se desprendería del Estatuto.

Para él, existe además de la cláusula compromisoria del artículo 60, una obligación para cada Parte de acudir a la Corte para zanjar toda diferencia relativa a las actividades formuladas en el artículo 7, que se desprende claramente de la lectura del artículo 12. La interpretación de la Corte, de que su intervención no es preceptiva, deja a este artículo vacío de significado y sin razón de ser en el contexto de protección del río que se estableció por el Estatuto.

Los jueces Al-Khasawneh y Simma comparten este razonamiento en su opinión disidente (“la Corte debería tener una aproximación preventiva y no correctiva”) y una misma tendencia se desprende, aunque nada diga de forma específica, de la línea de pensamiento de Cançado Trindade, ya que como vimos, para él las obligaciones en materia ambiental son “objetivas” y no se puede distinguir entre obligaciones de procedimiento y de fondo como tampoco entre obligaciones de medios y de resultado. Y lo resuelto por la Corte sería una división hecha entre obligaciones de medios y de resultado, sin tener en cuenta el principio precautorio en esta etapa previa.

La Corte en cierta medida ya venía preparando la posibilidad de concluir en contra de la existencia de un derecho de veto, pese a esta disposición del artículo 12, cuando falló en contra de las medidas provisionales solicitadas por Argentina el 13 de junio de 2006⁸.

Recordemos que se trataba entonces de resolver sobre el pedido de suspensión de la construcción de la obra hasta que se dictara sentencia sobre el fondo, y que uno de los argumentos argentinos fue justamente que existía una “obligación de no construir” hasta que hubiera acuerdo sobre la obra o bien hasta que la Corte resolviera sobre ese punto tal como establece el artículo 12.

En dicha instancia, la Corte decidió no expedirse sobre la “obligación de no construcción” que alegaba la Argentina basada en el artículo 12 del Estatuto. Entendió que en esa fase del procedimiento no estaba en condiciones de examinar esta cuestión. Explicó que no estaba convencida en ese momento que si esa fuera la interpretación que hubiera que darle al Estatuto,

⁸ El artículo 41 del Estatuto de la Corte indica: “La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes”.

no se podría encontrar remedio a la violación que esto supondría por parte de Uruguay en la fase del fondo del asunto⁹.

Sin dudas esta conclusión de la Corte en este tema es un aporte a la aplicación del derecho fluvial, pues con un texto particularmente desfavorable, que integra puntualmente la posibilidad de acudir a la Corte dentro del proceso de autorización de construcción, llega sin embargo a la conclusión opuesta, de que dicha opción era facultativa. La Corte confirma entonces que para el caso no existe derecho de veto sobre la construcción de la obra y que el Uruguay no violó ninguna norma continuando la construcción a su propio riesgo, pese a no lograrse un acuerdo en la etapa procedimental.

Si pensamos en las consecuencias posibles en materia de responsabilidad para el caso que la Corte hubiera fallado en este punto de manera opuesta, es decir en contra de la existencia de una “obligación de no construir”, las mismas posiblemente no hubieran sido demasiado diferentes en cuanto a la reparación, en la medida en que la violación del artículo 12 sigue siendo de naturaleza procedimental, y, de acuerdo al razonamiento de la Corte en toda la sentencia, esto condena al Uruguay a una reparación no mayor que la mera satisfacción.

Sin embargo se hubiera sentado otro tipo de precedente, en un sentido que para el día de mañana puede ser muy importante. Luego de esta sentencia, el precedente establecido respecto del artículo 12 puede leerse de esta manera: construye, que si no hay acuerdo con la otra Parte no importa, pues no hay obligación de consultar previamente a la Corte por ese desacuerdo; luego se verá si contaminas, a tu cuenta y riesgo, y, llegado el caso, si contaminas, desmantelas la planta. En verdad no parece ser esa la mejor manera de proteger al río, de cumplir con el objeto y fin del tratado previsto en el artículo 1º, ni de aplicar los principios del derecho ambiental, en especial el precautorio, pero de esta forma ha quedado interpretada esta disposición por la Corte.

4. En materia de Derecho Ambiental

4.1. En lo que se refiere a la aplicación de los principios ambientales.

La Corte, en su sentencia, confirma algunos principios de derecho ambiental y deja de lado al principio precautorio.

Al confirmar ciertos principios ambientales, la Corte se apoya por un lado en el propio texto del Estatuto, el que ya hace referencia a los mismos, pero en algunos casos amplía el concepto inserto en las disposiciones de éste y le recuerda a las Partes que estos principios tienen una existencia y un contenido que van más allá de las disposiciones del Estatuto o del Digesto de la CARU sobre los usos del río Uruguay.

En este sentido, la Corte menciona en su fallo al principio de la utilización equitativa y razonable del curso de agua compartido, ya previsto por el artículo 1º del Estatuto. Entiende que el mismo es la piedra angular del sistema de cooperación instituido por el Estatuto.

Reconoce también que este texto establece en su artículo 27,¹⁰ el estrecho vínculo que existe entre dicho principio y la necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente. Con lo cual sin decirlo está haciendo referencia y reafirmando el conocido principio ambiental del desarrollo sostenible.

⁹ Párrafo 70 de la Ordenanza citada.

¹⁰ Art. 27. — El derecho de cada parte de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas.

El fallo recoge también la obligación de impedir la contaminación y de preservar el medio acuático, previstas en el artículo 41 del Estatuto.¹¹

Este artículo es central a la hora de determinar la responsabilidad de Uruguay en materia de contaminación. A sabiendas de ello, la Corte antes de analizar el alcance de sus disposiciones, recuerda que, en cualquier caso, “la obligación para los Estados de velar a que las actividades que se ejercen en el marco de su jurisdicción o bajo su control, respeten el medio ambiente en los demás Estados (...) es ahora parte del cuerpo de reglas del derecho internacional del medio ambiente”¹².

Reafirma por ende la importancia de la obligación de velar sobre todos los aspectos que guardan relación con la posibilidad de contaminar, a los efectos de que ésta no se produzca.

Por eso recordará y tendrá en cuenta que los Estados deben demostrar que ejercen una “debida diligencia” sobre los espacios bajo su jurisdicción, reforzada con una obligación de vigilancia, a la que hará también referencia, de forma específica, más adelante. La Corte hace también mención a la obligación contenida en el artículo 36 del Estatuto de coordinar las medidas necesarias a través de la CARU para evitar el deterioro del equilibrio ecológico¹³.

Estas medidas, agrega, no se deben limitar a la mera adopción de un marco regulador “sino que exigen la necesidad de implementarlas”. Esto porque en los temas ambientales “la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter muchas veces irreversible del daño causado”. Esta referencia es una remisión de la Corte a su propia jurisprudencia en el caso Gabcykovo-Nagymaros (Hungría-Eslovaquia 1997) y es una mención directa del principio de prevención.

La Corte juzgará la actuación del Uruguay en relación a su acatamiento de estos principios, incluidos y regulados prácticamente todos ellos en el propio Estatuto. Cuando pretende salirse del mismo, para generalizarlos, la Corte no innova en la materia, sino que ratifica la existencia de los mismos a través de conceptos extraídos del derecho internacional ambiental.

Lo que por tanto resulta más relevante es la ausencia de consideración, por parte de la Corte, del principio precautorio¹⁴. Esta “omisión” es conteste con otras partes del fallo, como por ejemplo la interpretación que hace la Corte del artículo 12 respecto de la posibilidad de construir la planta luego de finalizada la etapa procedimental sin un acuerdo entre las Partes. Esa manera de razonar dejó de lado al principio precautorio y asumió la posibilidad de un hecho consumado, a riesgo de la Parte que lo emprendió.

Recordemos que por el principio precautorio no se requiere la existencia real y tangible de un daño sino la posibilidad de que pueda existir. Es así que aunque no exista una real evidencia de un daño al medio ambiente, rige la denominada presunción relativa de que la *duda es siempre en beneficio del medio ambiente*, por ende, mientras no exista la certeza de un beneficio o del no daño, el bien jurídico denominado medio ambiente tiene una mayor valoración que la relatividad científica que se plantea por la falta de certeza.

¹¹ Art. 41. — Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las partes se obligan a:

- a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales;
- b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos:
 1. Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y
 2. La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción.
- c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

¹² La cita es extraída de la Opinión Consultiva de la CIJ sobre Licitud de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares (1996 p242, par 29)

¹³ Art. 36. — Las partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia.

¹⁴ Un aspecto debidamente resaltado por algunas opiniones disidentes, como la del Juez Cañado Trindade.

La Corte no llegó nunca a ese punto. Admitió la construcción de la obra a cuenta y riesgo del Uruguay y luego falló en consonancia con el principio de prevención que implica la existencia de un daño predecible y demostrable.

Al no probarse daño ambiental producido por la planta de celulosa, entonces la Corte concluyó dándole la razón a Uruguay, asumiendo que falló conforme al principio de prevención.

4.2. En lo que se refiere a la carga de la prueba.

La Argentina sostuvo que, en virtud del Estatuto, la carga de probar la contaminación que le incumbe debe ser equivalente a la carga de probar la no contaminación que le compete al Uruguay. Es más, aplicando el principio precautorio, la Argentina entiende que basta con que demuestre el riesgo (que representa la construcción de una planta de celulosa de las dimensiones de la ex Botnia), para que se produzca una inversión de la carga de la prueba.

Si nos pudiéramos a reflexionar con arreglo al principio precautorio únicamente, podríamos llegar a la conclusión sostenida por la Argentina. Pero la Corte no hace lugar a ese argumento y por el contrario confirma el principio procesal *onus probandi incumbit actori*, en virtud del cual es a la Parte que alega algún hecho que le corresponde probarlo.

La Corte agrega específicamente que a este respecto una aproximación precautoria, “si bien puede resultar pertinente para interpretar y aplicar las disposiciones del Estatuto”, no tiene sin embargo por efecto “operar una inversión en la carga de la prueba”. La primera frase es una de las contradicciones del fallo en su línea de argumentación jurídica, pues como vimos no hizo en ningún caso una interpretación favorable al principio precautorio respecto de diferentes disposiciones del Estatuto¹⁵

4.3. En lo que se refiere al control de la prueba ambiental.

A este respecto la Corte no entiende pertinente convocar a expertos independientes, bastándole a su juicio con las presentaciones y opiniones de los expertos presentados por las Partes. En su opinión disidente común, los jueves Al-Khasawneh y Simma entienden a este respecto que la Corte debió, amparada en la facultad que le confiere el artículo 50 de su Estatuto, aprovechar esta oportunidad para encargar una investigación o una opinión a expertos independientes. A estos efectos recuerdan que la propia Corte en los asuntos del Estrecho de Corfú y de la Delimitación de la Frontera Marítima en la región del Golfo de Maine, hizo uso de esta posibilidad. En el mismo sentido va la Declaración del Juez Yusuf.

Sus opiniones resumen las críticas que ha tenido recientemente la doctrina respecto de la práctica de la Corte de persistir en no convocar a expertos independientes cuando las Partes les someten asuntos que involucran asuntos científicos complejos. Con un mayor respaldo técnico, la decisión jurídica podría tener mayor y mejor fundamento.

5. En materia de cooperación para el cumplimiento del fallo

Por un lado la sentencia de la Corte le encomienda a la CARU las tareas de vigilancia de la calidad de las aguas del río y la evaluación del impacto de la explotación de la planta de celulosa

¹⁵ Como vimos supra respecto de la división de las obligaciones en procedimentales y de fondo, en el valor del incumplimiento de cada una de ellas, o en la interpretación dada a la obligación del artículo 12.

Botnia sobre el medio acuático. Esta obligación que las Partes deben cumplir, en tanto integrantes de ese organismo, no puede sorprender, ni levantar inquietudes. Resulta lógica y esperable en un fallo que le otorga una especial relevancia al papel central de la CARU como instrumento central de la cooperación entre las Partes.

Se han suscitado algunas controversias acerca del alcance de esta cooperación, respecto de si no incluiría el derecho a que la CARU realice el seguimiento y control de Botnia desde adentro mismo de la planta. A nuestro juicio, de las disposiciones del fallo no cabe llegar a dicha conclusión.

Por un lado porque el punto 266 es muy claro en cuanto a dividir las tareas que le corresponden a la CARU y las que le corresponden al Uruguay. La CARU debe continuar con “sus tareas de vigilancia de la calidad de las aguas y la evolución del impacto ambiental de Botnia en el medio acuático”, y el Uruguay debe continuar con el “control y seguimiento del funcionamiento de la planta (...) y asegurarse de que Botnia respeta las regulaciones internas uruguayas y las normas de la CARU”¹⁶.

Por otro lado, porque tampoco el punto 281, que parece ampliar el espectro de la cooperación por parte de la CARU, nos permite por sí solo llegar a una conclusión distinta. En efecto, la citada disposición menciona que la obligación de cooperación se extiende incluso a “la tarea específica de realizar el “seguimiento y control de una instalación industrial, como lo es Botnia”.

Sin embargo, indica a continuación que dicha cooperación en materia de seguimiento y control por parte de la CARU, “debe darse según las modalidades que precisa el Estatuto para el cumplimiento de su objeto y fin”. Esto descarta a nuestro juicio que el artículo 281 imponga una obligación al Uruguay de permitir un control de la CARU fuera de sus competencias específicamente establecidas en el Estatuto, el cual nunca le da facultades a esa organización para ingresar al territorio donde se encuentra la obra par fines de control sino que le otorga competencia únicamente para vigilar el nivel de contaminación de la aguas en el río.¹⁷

Ir más allá de este razonamiento es ir más allá del Estatuto en esta materia y eso precisamente es lo que el fallo no quiere¹⁸.

Por lo demás, concluir que la Corte ha dispuesto en el fallo la posibilidad de intervención de la CARU en territorio uruguayo sería atentatorio de principios básicos de derecho internacional referidos a la soberanía territorial de los Estados, que con mucho cuidado y por cierto en forma por demás expresa, el fallo debería haber mencionado si esa hubiera sido su intención.

Por tanto, en la medida que las Partes son soberanas, cualquier mecanismo de cooperación que ellas quieran establecer para llevar a cabo la cooperación prevista y encomendada por la Corte deberá ser pactada entre ellas en ejercicio de su capacidad para celebrar acuerdos. El fallo de la Corte no pone límites a las formas de cooperación. En este sentido, podrán convenir en que la CARU realice un seguimiento interno de la planta o en cualquier otra solución al problema del monitoreo del medio ambiente.

¹⁶ La expresión “monitoreo conjunto” no aparece en el marco de las obligaciones establecidas concretamente en el fallo. Se habla de “vigilancia” y de “control y seguimiento” (versión francesa).

¹⁷ Al respecto ver el Estudio N° 3/10 del Centro Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) en www.curi.org.uy sobre “El Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay. Argentina con Uruguay. Fallo del 20 de abril del 2010, de Arbuét Vignali y Vignali Giovanetti, donde se también se hace un análisis de estas disposiciones con conclusiones similares.

¹⁸ Esto pese a la existencia de artículo 44 del Estatuto que permite la investigación en territorio de la otra Parte, pero que presupone el consentimiento mutuo y un tiempo limitado de realización, no una actividad permanente de investigación que se transforme en fiscalización. No parece ser una disposición apropiada para fundar por sí sola un monitoreo de la planta uruguayo en territorio uruguayo de manera permanente.

Lo que no se puede concluir de la lectura del fallo es que el alcance de la cooperación que impone a las partes habilita *per se* a la CARU (y obliga por tanto al Uruguay como parte de esa organización) a que se realice un control y seguimiento de la planta desde dentro del territorio uruguayo.

6. En materia de Responsabilidad Internacional

El fallo establece que hubo violaciones de naturaleza procedimental del Uruguay y que la constatación de las mismas por la Corte es satisfacción apropiada para la Argentina.

En la especie, la Corte ha seguido exactamente la misma expresión aplicada en ocasión del Asunto del Canal de Corfú en 1949, su primer litigio contencioso (“(...) *la constatation par la Cour de cette violation consititue une satisfaction appropriée*”)

La satisfacción es una forma de reparación internacional menor, que en general se traduce por la presentación de disculpas públicas. Está más relacionada con el daño moral causado que con alguna forma de daño material. Aquí esta relacionada con la violación de obligaciones procedimentales, que la Corte, conteste con todo su razonamiento, considera de naturaleza menor.

En este entendido, y al no encontrar al Uruguay responsable de violar ninguna obligación de fondo, no hace lugar a las otras formas de reparación que solicitaba la Argentina en el caso, esto es a la posibilidad de restitución en especie (desmantelamiento de la planta) y/o por equivalente o indemnización (un pago compensatorio por los daños producidos por su construcción y eventual contaminación).

De esta manera la sentencia recoge en su parte dispositiva las formas de reparación tradicionales en materia de responsabilidad y, en particular, confirma el criterio seguido para distribuir la responsabilidad en el caso, relacionado directamente con la distinción entre obligaciones de procedimiento y obligaciones de fondo, lo cual constituye si se quiere lo más relevante en este punto pues resulta conteste con el razonamiento general de la Corte respecto de la mejor solución para la controversia.

Nos remitimos en lo referente a esta distinción de la responsabilidad de las Partes vinculada con el tipo de obligación violada, a lo dicho en su momento cuando analizamos la procedencia de tal distinción en materia de obligaciones (*supra* punto 2.1)

Conclusión general sobre el fallo

En términos generales, la sentencia genera la impresión que la Corte, una vez que se convence que la planta no contamina, procede a hacer todos los razonamientos jurídicos previos necesarios para llegar al resultado más ajustado a ese convencimiento y a una declaración de responsabilidad en consonancia con el mismo. Para el caso, eso se traduce en una liviana condena al Uruguay y en la desestimación de la fuerte pretensión argentina de desmantelar o relocalizar la planta.

Por este motivo el fallo nos parece construido de atrás para adelante. A partir de una certeza que definía la esencia del problema (la ausencia de contaminación) se procedió a que todo lo demás “cerrara” para que la sentencia tuviera un fundamento apropiado. Por ello, con la certeza de que en lo esencial no existía un problema serio, todos los razonamientos anteriores se terminan acomodando a la conclusión retenida.

Así, la particular interpretación en materia de tratados que se derogan pero quedan sin embargo “latentes”, necesaria para que el Uruguay incumpliera con los procedimientos del Estatuto.

O la interpretación del artículo 12 y su “ausencia de obligación de no construir”, para no tener que dejar al Uruguay como incumplidor de esa disposición, pero sobretodo para no tener que utilizar el principio precautorio que subyace detrás del mismo, y que, de haber sido mencionado y aplicado en toda su extensión, podía dejar al Uruguay mal parado por haber seguido adelante, en tal caso ilegalmente, con la construcción de las obras, lo que hubiera afectado todo el razonamiento de la Corte sobre la distribución de incumplimientos y quizás, de responsabilidades.

Y yendo aún más atrás, la división entre obligaciones de procedimiento y de fondo, que le resulta extremadamente funcional a la Corte para limitar el alcance de la responsabilidad uruguaya, que no hubiera sido quizás tan leve si hubiese entendido la Corte que en materia ambiental no debe hacerse tal distinción, pues al violar la forma ya se está violando al fondo.

Permítaseme confirmar la teoría de la construcción “al revés” cambiando el supuesto de la ausencia de contaminación, es decir, suponiendo que la Corte hubiera quedado convencida de que la planta contaminaba y debía ser relocalizada. ¿Hubiera argumentado igual respecto de todos los puntos jurídicos anteriores mencionados en este trabajo?

Con seguridad no en todos. Varias diferencias se habrían presentado en su argumentación jurídica, algunas obviamente necesarias pero también otras no relacionadas con ese hecho. Primero, la Corte se habría asegurado del hecho de la contaminación con expertos independientes externos, para mayor seguridad, pues la sanción a recaer en materia de responsabilidad iba a ser mucho más dura y por tanto la Corte habría buscado el mayor respaldo científico posible, procedimiento que no utilizó para dictar ahora su sentencia.

Luego, no le hubiera prestado la atención que le prestó a la distinción entre obligaciones de procedimiento y de fondo, pues ya no era tan decisiva para distinguir responsabilidades. Probablemente hubiera encontrado al Uruguay incumplidor de ambos tipos de obligaciones, pero a diferencia de lo que sucedió en el fallo, le hubiera atribuido a las normas de procedimiento en materia ambiental una importancia casi similar a las de fondo.

Respecto del artículo 12, en ningún caso hubiera dejado de omitir la violación uruguaya del deber precautorio que significaba seguir construyendo a su cuenta y riesgo. De ser así, ¿qué antecedente hubiera estado admitiendo? ¿Que el Estatuto previó que era válido construir una planta contaminante para que recién luego de una sentencia sobre el fondo tener que desmantelarla? ¿Qué esa era la mejor manera de proteger al río que previó el artículo 12? Sin dudas que no, la ausencia del derecho de veto hubiera cedido ante la redacción del artículo 12 y la evidencia de que dejar construir una planta a la postre contaminante, para luego tener que desmantelarla, no era el propósito del Estatuto y que por tanto existía una obligación de no construir.

Por eso un fallo adverso en materia de contaminación hubiera merecido la condena para el Uruguay por la violación del Estatuto y de todos los principios ambientales, incluidos la ausencia de cooperación, y la falta de cumplimiento en materia de los principios de prevención y de precaución.

El condicionamiento que se le genera a la Corte, producido por la certeza de la falta de contaminación, le permite ciertos razonamientos que sostienen un fallo como el que adopta. Creemos que en la hipótesis contraria hubiera tenido que argumentar diferente en elementos que son objetivos en el plano del derecho y que no pueden quedar librados al resultado ambiental para su determinación, pues son independientes de eso. Además sientan precedentes respecto de la utilización futura del río, de la cooperación en el mismo y de la interpretación de su Estatuto.

¿Debe por tanto concluirse que la Corte actuó mal, jurídicamente?

Creemos que la respuesta a esa pregunta es divisible de la misma forma que lo hizo la Corte en su sentencia: en su obligación “de fondo”, la Corte actuó bien, pues su fallo permite una salida posible al conflicto, que es su función principal. Y si la planta no contamina, correspondía encaminarse a la solución que encontró.

En cambio en su obligación “de procedimiento”, que en este caso era la de fundamentar apropiadamente su fallo, creemos que pudo cambiar algunas cosas, mencionadas más arriba, sin hacer desaparecer la coherencia de su fallo final, es decir arribando a conclusiones similares, pero por un camino que no sentara precedentes potencialmente peligrosos de cara al futuro de la cooperación en el río Uruguay.

Fuerza es reconocer que probablemente se precise un *aggiornamento* del Estatuto en algunas de sus disposiciones, en particular la del artículo 12, que debe prever un procedimiento de resolución expedito para el caso de desacuerdo en esa instancia.

Independientemente de la opinión que se tenga sobre la obligatoriedad del recurso previo a la CIJ establecido en ese artículo, no creo que esta sea la jurisdicción apropiada para la consulta previa, porque significa un procedimiento potencialmente largo y oneroso y lo que se precisa allí es algo rápido que no ahuyente a inversores de buena fe.

El futuro nos dirá si estos antecedentes fijados hoy por la Corte pesarán en forma positiva o negativa en la administración y protección del río Uruguay, ayudando a interpretar las normas ya existentes en beneficio de las Partes o propiciando su reforma para avanzar hacia una mejor forma de cumplir con el objetivo del desarrollo sostenible.

Bibliografía y documentos básicos citados.

-**Arbuet Vignali, Heber, Vignali Giovanetti, Daniel.** (2010). Estudio N° 3/10 del Centro Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) en www.curi.org.uy sobre “*El Caso de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay. Argentina con Uruguay. Fallo del 20 de abril del 2010.*”

-**Pastori Fillol, Alejandro.** “*Jurisprudencia Internacional Esencial de Derecho Internacional Público y de la Integración Regional*” (2009). Ed. CURI. Montevideo. Uruguay.

-Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

-Reglamento de la Corte Internacional de Justicia;

-Ordenanzas previas de la Corte adoptadas en este Asunto;

-Estatuto del Río Uruguay (1975);

-Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados (1969)

- Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (2001) Comisión de Derecho Internacional (CDI)

- Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)
