

COMENTARIO PRELIMINAR SOBRE EL FALLO DE LA CIJ DEL 20 DE ABRIL DE 2010

PRELIMINARY COMMENT ON THE SENTENCE OF THE ICJ OF 20 APRIL 2010

Raúl A. Estrada Oyuela ()*

Resumen: El trabajo constituye un comentario al fallo de la CIJ de 20 de abril de 2010 relativo a las plantas de celulosa sobre la margen izquierda del río Uruguay, destacando las deficiencias que presenta.

Palabras-Clave: Fallo - CIJ - Plantas de celulosa - Río Uruguay.

Abstract: The work is a commentary on the sentence of April 20, 2010 of the ICJ concerning pulp mills on the left bank of the River Uruguay, highlighting its deficiencies.

Key words: Sentence - ICJ - Pulp Mills - River Uruguay.

Sumario: Introducción. Los abogados. La violación de los “procedimientos” del Estatuto del Río. “Obligaciones sustanciales”. La obligación de no construir. La gran pregunta: ¿Contamina la planta? La prueba. Su presentación. La prueba. Su evolución. Ante los hechos: poca certeza y lenguaje relativo. Función de la Comisión Administradora del Río Uruguay. ¿Ha quedado cerrado el caso en la Corte?

I. Introducción

El análisis del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las plantas de celulosa sobre la margen izquierda del Río Uruguay, requiere un extenso trabajo que deberá incluir todos los procedimientos, documentos y audiencias que lo precedieron. Varios especialistas argentinos y uruguayos han comenzado ese análisis enfocando la evolución de las peticiones de las partes tal y como se reflejan en la sentencia, el fallo mismo, los votos en disidencia y las declaraciones y opiniones formales de los jueces que coinciden con el fallo, pero discrepan en algunos puntos. No es sencillo acceder a todo el

(*) Embajador de Carrera de la República Argentina, especializado en negociaciones ambientales internacionales. Ha participado *i.a.* en la Segunda Conferencia Mundial del Clima, las negociaciones para el establecimiento de un Fondo para el Medio Ambiente Mundial, la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 2002. Presidente de la Academia Argentina de Ciencias del Ambiente.

material del juicio porque la prueba presentada por las partes no ha sido publicada hasta la fecha de este trabajo (1), y debe intuirse a través de las exposiciones en las audiencias orales. Las revistas jurídicas internacionales que he visto, sólo contienen descripciones casi lineales del proceso.

Entrando en la octava década y sin aspiraciones burocráticas que preservar, comentaré con algunas reflexiones jurídicas y políticas el fallo del 20 de abril, ya que más allá del sentido favorable o adverso para la pretensión argentina, la decisión adoptada por los jueces tiene serias consecuencias negativas:

-para la propia Corte, que prácticamente se descalifica como mecanismo para resolver futuros conflictos de carácter ambiental con sustancial contenido científico y técnico,

-para el derecho internacional, al diluir los efectos que la doctrina asigna a la responsabilidad por los ilícitos internacionales,

-para el derecho ambiental internacional porque no es receptado por el mayor tribunal de la comunidad internacional organizada (2),

-para el Estatuto del Río Uruguay que es un tratado celebrado en buena y debida forma, con el objeto de proteger un recurso natural compartido y su entorno, cuyo contenido el fallo tiende a vaciar,

-y consecuentemente para la propia Comisión Administradora del Río Uruguay convertida hoy en un instrumento que no consigue resolver aquello que le asigna el fallo ni lo que le piden los gobiernos, y tiene dificultades en cuestiones de rutina, no vinculadas con el diferendo generado por las plantas de celulosa.

II. Los abogados

Como cuestión preliminar quiero destacar la escasa participación de juristas argentinos en la preparación y presentación del caso. En la primera controversia que la República Argentina ha llevado a la Corte Internacional de Justicia, creo que se omitió una adecuada consulta a los académicos argentinos especializados en Derecho Internacional y en Derecho Ambiental Internacional.

Es de público y notorio conocimiento que el Gobierno fue a La Haya por imposibilidad política para encontrar otro medio de convencer a los miembros de la Asamblea de Gualguaychú que levantaran el corte de la ruta 136 a la altura de Arroyo Verde. Desde 2003 la Argentina había acumulado deficiencias en la conducción diplomática del proceso. Uruguay, entre tanto, desplegó una política de hechos consumados que hoy continúa sin trabas, ya que el fallo no significa ninguna contención. Ante el reclamo de la Asamblea el gobierno prometió que recurriría a la Corte Internacional de Justicia, que es el tribunal previsto en el Estatuto del Río Uruguay para la solución jurisdiccional de las controversias.

(1) 4/10/2010.

(2) Consejo Uruguayo de Relaciones Internacionales, 23/6/2010, Estudio N° 3/10. Los especialistas uruguayos doctores Heber Arbuet-Vignali y Daniel Vignali Giovanetti dicen que la Corte no da respuestas a una sociedad internacional inmersa en riesgos, globalizada y con fronteras perforadas.

Esta no era la alternativa preferida en distintos sectores de la Cancillería argentina, pero el recurso a la Corte tuvo el beneplácito de las autoridades de Entre Ríos y de la Nación. El entonces ministro Rafael Bielsa llegó, en noviembre de 2005, al absurdo de comprometerse ante los asambleístas a pedir a la Corte una medida precautoria antes de abrir la jurisdicción, como si se tratara de un tribunal del derecho nacional. El Estatuto del Río Uruguay permite llegar a la Corte cuando se hayan cumplido las gestiones y los plazos de los artículos 11 y 12 ó 59 y 60 del Estatuto, según el caso de que se trate. Esto requiere ciertos actos formales y el transcurso de tiempos establecidos que, en ese momento, no se habían cumplido.

Fuera de la Cancillería varias voces alertaron sobre la inconveniencia de recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Durante la discusión del tema en la Cámara de Diputados de la Nación el distinguido constitucionalista Jorge Reinaldo Vanossi, desde su banca señaló que el tribunal de La Haya es caro y lento, y que “tampoco tiene demasiados antecedentes en materia ambiental” (3). El profesor Marcelo Kohen que finalmente integró el grupo de abogados argentinos, en un comentario publicado en la prensa (4), cándidamente y correctamente dijo “que la Corte sea un medio normal y disponible para la solución del conflicto no significa sin embargo que sea el más apropiado en este caso. Estamos en presencia de una pura controversia de carácter técnico”. Además aconsejó que si se decidiera ir a la Corte como finalmente ocurrió, no habría que dramatizar, pero “habría que hacer lo necesario para que el juicio sea lo más breve posible. Ello significa concretamente proponer que sea la Sala de procedimiento sumario de la Corte quien se ocupe de la cuestión y que los plazos para la presentación de los escritos sean muy cortos”. No fue así como procedió el equipo que él integraba. Esto no ocurrió.

El profesor Kohen fue muy claro y certero en su apreciación. “Si se va a La Haya con la idea de obtener medidas cautelares, debe tenerse en cuenta la interpretación estricta de la Corte de las exigencias de “urgencia” y de “perjuicio irreparable”. Ir a la Corte con el solo objetivo de obtener que se condene a Uruguay por no haber supuestamente respetado el mecanismo de consulta del Estatuto de 1975, no tiene mayor sentido”. La medida cautelar solicitada no prosperó y, como se verá más adelante, la declaración del incumplimiento uruguayo de sus obligaciones establecidas por el Estatuto, hasta la fecha en que esto escribo, no ha tenido consecuencias.

Tomada la decisión de recurrir a la Corte, hasta donde llegaba mi predicamento, prediqué que debía realizarse una amplia consulta con todos los especialistas del país, más allá de los miembros del servicio exterior y más allá de los juristas que residen en Buenos Aires. Dos notables argentinos ya fallecidos fueron miembros del tribunal: Lucio M. Moreno Quintana (1955-1964) y José María Ruda (1973-1991). Hoy tenemos otros especialistas, ajenos a la Cancillería, que por ser o haber sido miembros de otros tribunales internacionales, por actuar ante ellos o por sus estudios y trabajos, debían ser consultados. Mi prédica no tuvo eco. Se hizo una consulta muy estrecha tanto en la materia, como en el tiempo y el número, limitada a algunos funcionarios y ex funcionarios de la

(3) Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados, sesión del 26/2/2006.

(4) Clarín, 3/2/2006, p. 31.

Cancillería. La consulta ni siquiera alcanzó a todos los que se habían desempeñado como directores de la Consejería Legal del Ministerio. En forma muy preliminar y restrictiva fueron consultados el profesor Daniel Sabsay, la doctora Silvina González Napolitano y algunos abogados que integran la Asamblea de Gualeguaychú.

En la representación de la Argentina ante la Corte aparecen varios diplomáticos y otros funcionarios, pero el único letrado argentino es el profesor Marcelo Kohen citado *ut supra*, radicado desde hace mucho en Ginebra. Los restantes abogados son los profesores Alain Pellet (francés), Philippe Sands (inglés) y Laurence Boisson de Chazournes (francesa radicada en Ginebra), y el señor Daniel Müller (investigador de la Universidad de París). El profesor Kohen realizó un destacado trabajo en las audiencias, particularmente en el esclarecimiento del abortado acuerdo Bielsa-Operti.

El profesor Sands es un excelente especialista en derecho ambiental internacional, pero al argumentar sobre aspectos técnicos cometió un error grave al confundir el índice de la demanda bioquímica de oxígeno con el que corresponde al oxígeno disuelto en el agua (5). Este error dio motivo para una irónica y extensa réplica de la parte uruguaya (6) y fue extensamente expuesto en el fallo (7).

La precedencia entre los abogados fue otorgada a Pellet (8). Tiene gran prestigio como jurista pero en mi experiencia del contacto de trabajo que tuve con él en junio de 2006, no encontré que tuviera inclinación por la protección de los recursos naturales ni comprendiera los principios básicos del derecho ambiental. Ha participado en 35 casos ante la CIJ, incluyendo algunas causas ambientales. Salvo en el caso que nos ocupa, podría decirse que en general representó la posición contraria a la protección de los recursos naturales. Actualmente actúa en defensa de Japón en el caso planteado por Australia por la captura de ballenas en la Antártida (9). Defendió a Australia cuando Nauru la demandó por incumplimiento del fideicomiso del 1° de noviembre de 1947 en la explotación de los yacimientos de fosfato en su territorio (10). También representó a Eslovaquia ante la demanda de Hungría por el uso del Danubio. Naturalmente, defendió a su país, Francia, en las cuestiones suscitadas por explosiones nucleares en el Pacífico, pero además representa a Rusia en la demanda de Georgia por violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (11). A diferencia de nuestros tribunales ordinarios donde un mismo letrado puede defender hoy a un trabajador y mañana a un empleador sin que esto se advierta, la actuación ante un tribunal único, solemne y publicitado como la CIJ parece tener requerimientos consistencia argumental que en este caso no se reunieron.

(5) Acta de la audiencia del 29/9/09, página 29, par.33.

(6) Acta de la audiencia del 2/10/09, página 17, par.13 y siguientes.

(7) Fallo del 20 de abril de 2010, par. 238 y 239.

(8) www.alainpellet.fr

(9) ICJ, Whaling in the Antarctic, Australia vs Japan.

(10) ICJ, *Certain phosphate lands in Nauru, Nauru vs. Australia*.

(11) ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Georgia vs Russian Federation*.

III. La violación de los “procedimientos” del Estatuto del Río

Como es sabido, la Corte, por 13 votos contra 1 emitido por el juez “ad hoc” designado por el Uruguay, declaró que la República Oriental del Uruguay violó sus obligaciones procesales bajo los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. Es decir que, contra su tradicional política en defensa de los principios de consulta y negociación en materia de utilización de recursos naturales compartidos y apartándose de su arraigado respeto del Derecho Internacional, Montevideo incumplió su obligación formalmente contraída de informar, consultar y negociar antes de realizar un proyecto que pudiera afectar las aguas del Río Uruguay. Este punto fue presentado con fuerza por el Agente Argentino, la Embajadora Susana Ruiz Cerruti, e inteligentemente sostenido en el debate por los abogados Pellet y Kohen.

Pacta sunt servanda es la norma básica del derecho internacional, sin embargo el fallo continúa diciendo que la declaración de la Corte “constituye satisfacción apropiada” para la Argentina, que es la parte burlada. Esto desconoce principios fundamentales invocados por la Argentina en su presentación y aspectos sustantivos de su petición que, entre otras cosas, requería que la Corte ordenara a Uruguay reasumir el estricto cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el Estatuto del Río y dar garantías adecuadas que se abstendrá en el futuro de impedir la aplicación del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y, en particular del mecanismo de consulta.

El criterio de la Corte, en cambio, satisface plenamente la pretensión “en subsidio” presentada por el Uruguay. Montevideo, estaba conciente de que había violado el Estatuto del Río como lo prueban las declaraciones formuladas en el Senado por la presidente de la delegación uruguaya en la CARU Dra. Marta Petrocelli (12). Por ello Uruguay petitionó que “si la Corte estima, no obstante todas las pruebas en contrario, que el Uruguay violó las obligaciones procesales que le incumben respecto de la Argentina, podría dictar una sentencia declaratoria a este efecto, que constituiría una forma de satisfacción adecuada”.

Ni siquiera se le impuso presentar una disculpa, cosa que tampoco hizo su campeón Presidente en las entrevistas con nuestra Jefa de Estado, ni le mandó abstenerse de violaciones futuras al Estatuto, porque presume (13) que en el futuro Uruguay cumplirá de buena fe un tratado que violó a sabiendas.

En una interesante reunión realizada en el Consejo Argentino de Relaciones Internacionales (CARI) el 30 de septiembre de 2010, en respuesta a un comentario en este sentido, el Embajador Julio Barbosa explicó que en varios fallos la CIJ ha establecido que la declaración de que una de las partes ha violado un tratado, es suficiente satisfacción para la otra parte, y citó como ejemplo el caso del Canal Corfú (14). El doctor Kohen, pre-

(12) Acta de la Comisión de Medio Ambiente del Senado de la R.O. del Uruguay del 12/09/2005.

(13) Fallo, par. 278.

(14) CIJ, Caso del *Canal de Corfú*, fallo del 9/04/1949, “*The Court ...unanimously, gives judgment that by reason of the acts of the British Navy in Albanian waters in the course of the Operation of November 12th and 13th, 1946, the United Kingdom violated the sovereignty of the People’s Republic of Albania, and that this declaration by the Court constitutes in itself appropriate satisfaction.*”

sente en la misma reunión, concordó con el doctor Barbosa y citó como otro precedente el caso de Bosnia y Herzegovina vs Serbia y Montenegro con respecto a la aplicación de la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (15).

Sin duda el punto merece un análisis más profundo, pero se puede comprender que, en la inmediata posguerra, ante el reclamo de la débil Albania, la Corte haya preferido no enfatizar sobre el hábito de violar soberanías que venía caracterizando la política de Albión. Muy diferente es que el mismo criterio se haya aplicado recientemente a las recalitrantes y reiteradas violaciones de Serbia a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Genocidio, lo que finalmente termina restando majestad al fallo. Aferrarse al precedente desconociendo los cambios que se producen en el mundo, simplemente aleja el tribunal de la realidad.

El incumplimiento de un tratado es un ilícito internacional y en este caso, si las actividades autorizadas por el Uruguay dentro de su territorio causan perjuicio en territorio argentino, ese ilícito generará la responsabilidad del Estado uruguayo. La materia ha sido larga y profundamente analizada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Sus conclusiones anexadas a la Resolución 56/83 han sido señaladas a la atención de los gobiernos, en esa resolución y en la 59/35. El Secretario General de las Naciones Unidas ha informado de 131 casos en los que esas conclusiones han sido aplicadas por cortes y tribunales arbitrales internacionales (16), y han sido calificadas como “la declaración más reciente y autorizada sobre el origen de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionales ilícitos” (17), particularmente en lo que se refiere a la atribución al Estado de ciertos hechos de sus órganos o funcionarios. En el caso de las plantas de celulosa, el acto violatorio fue claramente realizado y asumido por el Estado uruguayo.

(15) CII, *Bosnia y Herzegovina vs Serbia y Montenegro*, 26/2/2007. “The Court (5) by twelve votes to three, Finds that Serbia has violated the obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in respect of the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995;... (6) by fourteen votes to one, Finds that Serbia has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by having failed to transfer Ratko Maldic, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and thus having failed fully to co-operate with that Tribunal;... (7) by thirteen votes to two, Finds that Serbia has violated its obligation to comply with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993 in this case, inasmuch as it failed to take all measures within its power to prevent genocide in Srebrenica in July 1995;... (8) by fourteen votes to one, Decides that Serbia shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to punish acts of genocide as defined by Article II of the Convention, or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention, and to transfer individuals accused of genocide or any of those other acts for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and to co-operate fully with that Tribunal;... (9) by thirteen votes to two, Finds that, as regards the breaches by Serbia of the obligations referred to in subparagraphs (5) and (7) above, the Court’s findings in those paragraphs constitute appropriate satisfaction, and that the case is not one in which an order for payment of compensation, or, in respect of the violation referred to in subparagraph (5), a direction to provide assurances and guarantees of non-repetition, would be appropriate.”

(16) Documentos AGNU A/62/62 y Add.1.

(17) Tribunal de Reclamaciones *Irán-Estados Unidos, Rankin vs Islamic Republic of Iran*, laudo N° 326-10913-2.3.

Finalmente para el caso en análisis la cuestión queda muy clara en el Digesto de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), aprobado por un acuerdo mediante canje de notas de 7 de abril de 1984. Ese instrumento dispone que “Cada Parte será responsable, frente a la otra, por los daños inferidos como consecuencia de la contaminación causada por sus propias actividades o por las que en su territorio realicen personas físicas o jurídicas” (18).

IV. “Obligaciones sustanciales”

Asimismo la Corte decidió que la República Oriental del Uruguay no ha violado sus obligaciones sustantivas bajo los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. Esta decisión fue tomada por once votos contra tres, y entre quienes votaron por la mayoría hay varias opiniones críticas del procedimiento seguido para evaluar la prueba como se verá más adelante.

La Corte puso de manifiesto su conocimiento parcial del derecho ambiental al considerar los principios de consulta y negociación como aspectos puramente procesales. Para mostrar cómo estos principios se han abierto paso en el consentimiento universal resulta ilustrativo recordar que en 1974, cuando fueron planteados en el Art. 3 de la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Declaración de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (19), votaron en contra Afganistán, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Etiopía, Nicaragua y Paraguay (20). En 1992, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo fueron incluidos unánimemente en el principio 19 de la Carta de Río de Janeiro (21). En el Estatuto del Río Uruguay están incorporados como cláusulas vinculantes sin que nada en el texto de ese tratado justifique la distinción que indebidamente ha hecho la Corte.

Muy claramente señala la profesora Zlata Drnas de Clement (22), que conforme el fallo del 20 de abril de 2010, para la Corte Internacional de Justicia “sólo la norma consuetudinaria relativa a la obligación de no causar perjuicio transfronterizo (*alterum non laedere*) es sustantiva”.

(18) CARU, *Digesto sobre usos del Río Uruguay*, Tema E3, Título 2 Responsabilidades de las Partes, Sección 1, Artículo 1.

(19) AGNU Res. 3281 “Artículo 3. *En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa, con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros*”.

(20) AGNU, XXIX Período de Sesiones, Sesión Plenaria 2315.

(21) Carta de Río. “*Principio 19. Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe*”.

(22) Zlata Drnas de Clement, “Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas (Sentencia del 20/04/10)” preparado para la Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010.

El fallo no solamente niega la relación entre las obligaciones de informar, consultar y negociar y la de no causar perjuicio transfronterizo. Además adoptó la más estrecha interpretación del Estatuto: negó sus alcances sobre la atmósfera y la zona de influencia del Río, mostrando que no ha asimilado los conceptos básicos de la integridad ambiental. Por esta razón no consideró la prueba presentada sobre la contaminación atmosférica que penetró más de 35 Km. en nuestro territorio, y aceptó el criterio uruguayo según el cual sólo son relevantes a los efectos del Estatuto, las emisiones que se precipiten en el río, como si fuera posible distinguirlas cuando aparecen por las chimeneas (23). También negó el alcance de los artículos 1 y 41 del Estatuto con respecto a las obligaciones que las partes han contraído en otros tratados internacionales. La Argentina los había invocado para incorporar por referencia la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Convención sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes.

Peor aún, la Corte ignoró el artículo 38 de su propio Estatuto y decidió que para la interpretación del Estatuto de Río Uruguay “las reglas pertinentes del derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes, ya sea que se trate de las reglas de derecho internacional general o de las reglas contenidas en las convenciones multilaterales de las cuales los dos Estados son partes, no incide(n) sobre la extensión de la competencia conferida a la Corte en virtud del artículo 60 del Estatuto de 1975, que permanece circunscripta a las divergencias concernientes a la interpretación y aplicación del Estatuto”. Es como dejar de ser el superior tribunal del sistema de las Naciones Unidas, para convertirse en un panel limitado por un pacto arbitral celebrado entre las partes en litigio.

V. La obligación de no construir

Después de divorciar sin fundamento las normas que consideró “obligaciones procesales” de las que calificó como “obligaciones sustantivas”, el fallo decide que la violación de las obligaciones de consulta y negociación, no impide a la Parte que incumplió sus obligaciones construir el proyecto a su antojo. La lectura del párrafo 275 no puede ser más sorprendente e importa vaciar de contenido a un tratado acordado entre dos Estados soberanos para proteger un recurso natural compartido. Desconoce que es sustancial la obligación de informar, consultar y negociar, consagrada en un sin número de instrumentos políticos internacionales y para este caso particular consagrado en un tratado celebrado en buena y debida forma. La decisión de la Corte otorga patente de corso a un gobierno que había aplicado, y continúa aplicando, una política de hechos consumados.

En una entrevista por televisión, cuando se me preguntó cómo habíamos llegado a la presente situación con el Uruguay, respondí que fue por nuestra incompetencia. Esa incompetencia se demostró en la actuación de la delegación argentina en la CARU desde 2003. También al creer los dichos del Presidente Batlle en octubre de ese año, que fueron desmentidos en los hechos ese mismo día por el acto administrativo que autorizó la instalación de una planta de capitales españoles, emprendimiento que más tarde se desistió. La falta de profesionalidad diplomática se repitió en el abortado acuerdo Bielsa-

(23) Fallo, par.264.

Operti, y en la conducta de simplemente confiar en que el gobierno del presidente Tabaré Vázquez actuaría en consonancia con lo que había insinuado durante la campaña. Yo no pude remontar los errores anteriores al ejecutar el acuerdo confuso sobre la creación de un Grupo de Trabajo de Alto Nivel, formalizado mediante comunicado de prensa.

En la televisión completé mi respuesta lamentándome: “A Brasil esto no le habría pasado”. Cuando lo dije no sabía lo que más tarde leí en un enjundioso trabajo de la doctora Zlata D. de Clement, destacada académica cordobesa, preparado para la revista Lexis Nexis. Allí ella cita la *Convención sobre la Fijación del Estatuto Jurídico de la Frontera entre Brasil y Uruguay* de 1933 e indica que Uruguay ha pactado con Brasil no llevar adelante un proyecto en caso de no alcanzar acuerdo con el co-riberaño. Eso es lo que establece el artículo XX (24) de la Convención. Uruguay le reconoció a Brasil ese derecho hace cuarenta años, mucho antes que se comenzara a hablar del derecho ambiental internacional. Pero en la controversia con la Argentina invocó la soberanía sobre su territorio y optó por la política de los hechos consumados.

VI. La gran pregunta: ¿Contamina la planta?

Sin entrar aquí en el fondo del debate sobre si la planta contamina, antes de avanzar sobre el tratamiento de la prueba es útil puntualizar el significado de contaminar, qué es lo que sabemos que la planta descarga en el Río Uruguay y cuál es la capacidad de este río para asimilar esas descargas.

El diccionario de la Real Academia define contaminar como: alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos.

El Digesto de la CARU, define contaminación como “la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el medio acuático, de sustancias o energía de las que resulten efectos nocivos”(25). El mismo Digesto define como efectos nocivos “toda alteración de la calidad de las aguas que impida o dificulte cualquier uso legítimo de las mismas, que produzca efectos deletéreos o daños a los recursos vivos, riesgos a la salud humana, amenaza a las actividades acuáticas incluyendo la pesca o reducción de actividades recreativas”(26).

Tomando como fuente los informes de la consultora Ecometrix, contratada por la Corporación Financiera Internacional y que simplemente utiliza los datos que le suministra la empresa Botnia/UTM, las emisiones desde el arranque de la planta en noviembre de 2007 hasta el 30 de abril de 2010, fueron de 46.000 toneladas de productos químicos que la OMS considera tóxicos y 119 millones de unidades tóxicas (ngTEQ) de dioxina y

(24) Convención sobre la Fijación del Estatuto Jurídico de la Frontera entre Brasil y Uruguay: “Artículo XX.- Cuando el establecimiento de una instalación para aprovechamiento de aguas fuese susceptible de acarrear modificación sensible y durable en el régimen del curso de un río fronterizo o que corte la frontera, el Estado contratante que pretendiese tal aprovechamiento no realizará las obras necesarias para ello antes de ponerse de acuerdo con el otro Estado”.

(25) CARU, *Digesto*, Tema E3, Título 1, Capítulo 1, Sección 2, Art.1°, b).

(26) *Idem*, Art.1°, c).

furanos. Estas emisiones concentradas en un lugar geográfico, corresponden al 125 por ciento del total de las emisiones de todas las plantas de celulosa distribuidas en todo el territorio nacional (27).

Una verificación independiente de estos valores podría dar distintos resultados, seguramente superiores.

Además de la presencia de contaminación en el Río anterior al funcionamiento de Botnia, el Uruguay tiene un caudal relativamente menor, dicho en términos hidráulicos, tiene una baja velocidad de flujo, con largos períodos de estancamiento de sus aguas y flujo inverso, ambos fenómenos causados por vientos y marea. Esto reduce su capacidad de dispersar la contaminación adicional que está recibiendo, que se acumula rápidamente en el sistema e invade bajíos de la costa argentina. Por esto el Río Uruguay no es un cuerpo receptor apto para asimilar la descarga que recibe. El fenómeno se produce durante todo el año, es más frecuente en el verano, y puede presentarse en hasta 80 días por año. Uruguay no evidenció tener conocimiento de esto, no lo investigó ni, consecuentemente, consideró estos factores al autorizar el emplazamiento de las plantas.

VII. La prueba. Su presentación

Todo indica que en la prueba arribada al proceso no habrían sido incluidas consideraciones básicas sobre la industria química para la elaboración de celulosa a partir de madera de eucalipto, y que fue deficiente la forma en que la prueba se argumentó en las audiencias, incluyendo el tremendo error cometido por uno de los abogados en la última audiencia oral en que intervino la Argentina. Además la evaluación de los hechos por parte del tribunal fue, por lo menos, precaria.

Conforme las reglas de procedimiento de la CIJ, durante la fase que se desarrolla por escrito se pueden presentar los documentos de apoyo de la memoria, la contramemoria y las dúplicas. En la fase oral, la Corte escucha a los agentes de las partes, sus consejeros y abogados y a los testigos y peritos (28). Los testigos y peritos pueden ser interrogados por las partes y por el tribunal.

(27) Ing. Elías Matta, *Ecociencia*, Año 7, N° 20: De acuerdo con los parámetros oficialmente declarados por Botnia-UPM en los dos únicos informes post-operacionales de la Corporación Financiera Internacional (IFC, 2008; IFC, 2009), en el primer año de su operación la planta produjo cerca de un millón de toneladas de celulosa...emitiendo simultáneamente hacia el Río Uruguay y la atmósfera circundante más de 125.000 toneladas de productos químicos peligrosos, la mayoría totalmente desconocidos hasta ese momento en la cuenca. De ellos, unas 18.700 toneladas son tóxicos, según la denominación de la OMS y otros organismos internacionales. A estas cifras debe sumarse 48 millones de unidades tóxicas (ng TEQ) de Dioxinas y Furanos. Si consideramos el acumulado de las emisiones desde el arranque de la planta (Noviembre de 2007) hasta el 1ro. de Mayo de 2010, la cifra alcanza las 46.000 toneladas de tóxicos más 119 millones de unidades tóxicas (ng TEQ) de Dioxinas y Furanos. De estos valores, al menos 15.000 toneladas de tóxicos están acumulados en un radio no mayor a los 30 Km alrededor de la planta. Posiblemente la mitad en el Río Uruguay (en los tejidos de los seres vivos y en los sedimentos), la otra mitad en los pastizales y humedales de territorio argentino y uruguayo. Para tener al menos un punto de comparación adicional, se destaca que la muy moderna planta Botnia-UPM emite un 25% más de tóxicos que el conjunto de todas las plantas de celulosa desparramadas en el territorio argentino.

(28) Art. 43.

La documentación probatoria de las posiciones asumidas por la Argentina no ha sido publicada por la Corte ni por las Partes, como señalé. En consecuencia sólo se la conoce a través de las referencias en los argumentos del debate (29).

Notablemente puede saberse que algo relevante no estaba incluido en la prueba ofrecida por las partes, a partir de una observación del Juez Kennet Keith, de Nueva Zelanda, quien vota con la mayoría, pero presenta su opinión por separado. El Juez Keith señala que las partes en el diferendo sólo proveyeron el acta de la primera reunión del Grupo de Trabajo de Alto Nivel (GTAN) creado por un comunicado de prensa del 31 de mayo de 2005. Añade que Uruguay informó que había presentado 36 documentos al GTAN y llevó 26 de ellos como prueba. Señala asimismo que la Argentina no presentó ese detalle y que su “delgado volumen de anexos relativos al GTAN, incluye nada más que el comunicado conjunto bajo el cual se creó el grupo, el acta de la primera reunión y los informes finales de las dos delegaciones”(30).

Habiendo presidido la delegación argentina al GTAN, entiendo bien cual puede haber sido el criterio uruguayo para seleccionar los documentos que presentó: llevó sus explicaciones y omitió las refutaciones argentinas. Puedo imaginar además que la parte argentina no presentó actas y documentos del GTAN porque ninguno de los funcionarios y técnicos argentinos que participaron en los trabajos del Grupo de Alto Nivel integró la delegación que concurrió a la Haya para presentar el caso de fondo ante la Corte. En consecuencia los argentinos presentes, ajenos al proceso del GTAN, no podían ofrecer argumentación de primera mano sobre esos trabajos. La representación uruguaya incluyó actores principales de su delegación en el GTAN.

Pueden formularse opiniones sobre la conveniencia de esos cortes abruptos en la continuidad de una gestión, pero lo más significativo es que esos documentos argentinos que no se presentaron, son los que explican cómo y por qué la planta de celulosa puede causar daño a la Argentina. Así lo entiende el Juez Keith en la opinión citada a partir de su lectura de los informes finales. Esta argumentación propia de ingenieros industriales, técnica y química, sobre la operación de las plantas no se advierte en las presentaciones argentinas en las audiencias.

VIII. La prueba. Su evaluación

La ciencia que deben conocer los jueces es el derecho. En los casos en que hay complejas cuestiones técnicas y científicas, recurren a peritos cuya función es principal. Esto se plantea casi siempre en las controversias de carácter ambiental, aunque no podría

(29) Los idiomas de la Corte son el francés y el inglés, pero el idioma de las partes es el español. El Estatuto establece que “si lo solicitare una de las partes, la Corte la autorizará para usar cualquier idioma que no sea ni el francés ni el inglés” (Art.39, inc.3). Hay buenos argumentos en uno y otro sentido, pero las partes se manejaron en los idiomas oficiales. El fallo está en francés, que “hace fe”, y en inglés. Las citas del fallo en este trabajo están tomadas del texto en español difundido por la Cancillería argentina.

(30) Separate Opinion of Judge Keith, par. 23. “Argentina provided no such detail. Its slender volume of annexes relating to GTAN comprises no more than the joint communiqué under which the group was set up, the minutes of the first meeting and the (final) reports of the two delegations.”

decirse que en todos los casos los jueces tienen el asesoramiento que necesitan para saber realmente de qué se trata la controversia (31). En este caso fuera del debate sobre el incumplimiento del tratado, los datos del conflicto eran, y continúan siendo, de naturaleza industrial, química, meteorológica, hidrológica y biológica, como componentes del impacto que se produce en el ecosistema. Es posible que los últimos dos campos hayan sido los mejor desarrollados, pero para saberlo es preciso conocer y hacer evaluar la prueba presentada.

Notablemente las partes no presentaron peritos y en cambio se valieron de consejeros expertos, que expusieron en los sucesivos monólogos de la liturgia de la Corte. Se discutió su independencia como expertos, pero no fueron considerados peritos. No tuvieron repreguntas de la contraparte y sólo unos muy pocos y superficiales pedidos de aclaración de los jueces. La importancia de los peritos en el procedimiento de la Corte se destaca porque no solamente se les pide juramento de decir verdad sino que es preciso que su exposición este de acuerdo con su “sincera convicción”.

Esta forma de presentar la prueba no parece haber sido la más eficiente y motivó un comentario admonitorio de la Corte que dijo que “habría sido más útil si las partes los hubieran presentado como testigos expertos bajo los artículo 57 y 64 del Reglamento”(32). La Corte dice que las partes presentaron una vasta cantidad de documentos científicos sobre cuya autoridad y confiabilidad discrepan. Esos documentos no se conocen como he reiterado, y la referida serie de monólogos de los consejeros, no logra dar una visión completa. Es probable que los jueces tampoco la hayan tenido.

Nada podía beneficiar mejor la posición uruguaya que se fundó principalmente en información suministrada por Botnia/UPM directamente a la autoridad uruguaya, o a través de la consultora contratada por la Corporación Financiera Internacional. La Argentina no tuvo acceso al origen de la contaminación que se encuentra en territorio y aguas uruguayas, pero la Corte -sin considerar las cuestiones de hecho limitantes- consideró que “de acuerdo con el principio bien establecido que *onus probandi incumbit actori*, es primariamente el deber de la parte que reclama ciertos hechos establecer la existencia de esos hechos”(33). Pero con ingenuidad fue más allá y añade: “Esto, sin embargo, no significa que el demandado no debe cooperar en la provisión de evidencia que pueda estar en su poder que pueda asistir a la Corte a resolver la disputa que se le ha sometido”(34). ¿Entendía la Corte que el Uruguay, que había incumplido su obligación de informar, consultar y negociar, debía presentar pruebas que contribuyeran a condenarlo?

En estas circunstancias, la Corte decidió elegir por sí misma cuales hechos debían ser considerados relevantes, evaluarlos y sacar conclusiones. A pesar de la velada queja formulada en el párrafo 167 del fallo, la Corte omitió subsanar ese defecto de las partes

(31) Esto ha ocurrido en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Mendoza, y esta ocurriendo en la ejecución de la sentencia que tramita por ante el Juzgado Federal de Quilmes.

(32) Par. 167.

(33) Fallo, par. 162.

(34) Fallo, par. 163.

utilizando las facultades que le otorga el Art. 50 de su Estatuto, que le permite obtener su propia información, como lo hizo en los casos del Canal de Corfú y del Golfo de Maine.

El tribunal, exhibiendo una soberbia impropia, decidió elegir por sí mismo cuáles hechos debían ser considerados relevantes, evaluarlos y sacar conclusiones. Esta decisión ha sido motivo de severas críticas dentro de la Corte.

Los jueces Awn Showkat Al-Khasawneh (Jordania) y Bruno Simma (Alemania), en su disidencia con el fallo de la mayoría, expresaron que la excepcional complejidad del caso y la forma en que la Corte lo ha enfocado, aumentarán las dudas de la comunidad jurídica internacional sobre la capacidad del tribunal para asumir complejas cuestiones científicas. No sin ironía, señalan que la Corte no está en condiciones de determinar si la práctica más adecuada para evaluar la hidrodinámica de un río es un modelo bidimensional o tridimensional, o qué función cumple un doppler acústico para determinar el perfil de las corrientes, o cuáles son los efectos de la ruptura de nonilfenoles o la posible cadena causal que puede llevar a un florecimiento de algas, entre otros puntos claramente científicos.

El profesor Raúl Vinuesa, que integró la Corte como Juez ad *hoc* propuesto por la Argentina, se manifiesta en el mismo sentido y también coincide con los jueces Al-Khasawneh y Simma en criticar que el tribunal haya omitido analizar la integridad científica de los documentos presentados por las partes y evaluar los métodos de investigación aplicados. En realidad el voto en disidencia del profesor Vinuesa es una lúcida exposición de los argumentos argentinos que la mayoría de la Corte omitió tener en cuenta. Notablemente el gobierno argentino ha guardado silencio sobre los razonamientos del profesor Vinuesa.

Tres de los jueces que votaron con la mayoría Antonio A. Cancado Trindade (Brasil) (35), Kenneth Keith (Nueva Zelandia) (36) y Abdulkawi Ahmed Yusuf (Somalia) (37), observaron el método que adoptó la Corte para evaluar la prueba y sostuvieron que el tribunal debió utilizar las facultades que le otorga el Art. 50 del Estatuto y el 67 de su Reglamento, disponiendo la realización de una pericia.

En realidad solamente ocho de los catorce jueces que integraban el tribunal (participaron doce miembros titulares y los dos jueces ad hoc) estuvieron de acuerdo con respecto al método de evaluación de la prueba.

Las preguntas que naturalmente se deben formular son:

¿Por qué la Argentina no presentó peritos como resultó evidente que era el deseo de la Corte? y

¿Por qué ante esa falencia la Corte no designó los peritos que puede nombrar?

(35) Declaración, párrafo 151.

(36) Opinión, párrafo 9.

(37) Declaración, párrafo 6.

La primera pregunta requiere una explicación de quien tuvo la responsabilidad de conducir la representación argentina. Entre tanto la lectura de las exposiciones de los consejeros argentinos deja la impresión de no haber cubierto todos los campos de la cuestión y no haber objetado con la necesaria firmeza la fuente de la información presentada por la contraparte uruguaya que provenía de la misma empresa que opera la planta de celulosa.

Como señalé, la Corte responde a la segunda pregunta diciendo que decidió hacer su propia determinación de los hechos (38), pero hay más. En la disidencia de los jueces Al-Khasawneh (Jordán) y Simma (Alemania) ya referida, aparece un elemento preocupante: denuncian la práctica de contratar “expertos fantasmas” utilizada en otros casos (39).

Para demostrar la existencia de esta práctica citan a un ex presidente de la Corte, Sir R.Y Jennings (40) y al actual Secretario del tribunal, Philippe Couvreur (41). Según la explicación de este último, la práctica consiste en contratar expertos temporarios para propósitos puramente internos que nunca se dan a conocer a las partes. En cualquier tribunal esto causaría graves consecuencias. Es notable que dos juristas que tienen, como sus colegas, la autoridad de haber sido elegidos por el Consejo de Seguridad y por la Asamblea General de la Naciones Unidas para integrar la Corte, hagan el comentario precisamente en este caso. Es legítimo preguntarse si alguna autoridad argentina está en condiciones de aclarar el punto.

IX. Ante los hechos: poca certeza y lenguaje relativo

Como se verá en el sintético análisis que sigue, las apreciaciones de la Corte acerca de los hechos que denomina ‘cuestiones sustantivas’ del entredicho tienen limitada certeza. Si hubiera un tribunal de alzada con las atribuciones propias del fuero penal, probablemente dispondría profundizar la prueba. Además el tribunal usa un lenguaje de connotación relativa para contestar los argumentos argentinos: no los descarta categóricamente, sólo dice que los distintos asertos sobre la contaminación del río no han sido totalmente probados. Esto sugiere simultáneamente debilidad en la presentación de nuestros argumentos, y orfandad cognitiva de la Corte para hacer su “propia determinación de los hechos” en un caso donde se debaten datos científicamente demostrables y los medios técnicos que se pudieron utilizar para comprobarlos.

Utilización óptima y racional del río. La Corte señala que de acuerdo con Argentina, Uruguay ha violado sus obligaciones de contribuir a la “utilización óptima y racional del

(38) Fallo, par. 168.

(39) “*It would not be sufficient if the Court, in disputes with a complex scientific component, were to continue having recourse to internal ‘experts fantômes,’ as appears to have been the case, inter alia, in certain boundary or maritime delimitation cases.*”

(40) Sir R. Y. JENNINGS, “International Lawyers and the Progressive Development of International Law”, in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, 1996, p. 416.

(41) Ph. COUVREUR, “Le règlement juridictionnel”, en *Le processus de délimitation maritime: Étude d’un cas fictif: Colloque international de Monaco du 27 au 29 mars 2003*, SFDI (ed.), 2004, p. 349, p. 384.

“río” por no coordinar con las medidas necesarias para evitar perjuicio ecológico, ni las necesarias para prevenir la contaminación (42). Luego la Corte recuerda que declaró que Uruguay violó su obligación de informar, consultar y negociar y afirma que la “utilización no puede ser considerada equitativa y razonable si los intereses del otro Estado ribereño en el recurso compartido y la protección ambiental de este último no son tenidos en consideración”. Esto es exactamente lo que la Argentina alegó, pero sobre el punto la Corte no osa pronunciarse (43).

Evitar cambios en el equilibrio ecológico. La Argentina sostuvo que Uruguay violó la obligación de coordinar las medidas necesarias para evitar cambios ecológicos en el río y, como evidencia de la alteración producida, alegó, entre otras cosas, la floración de algas de febrero de 2009. La Corte sostuvo “que el cumplimiento de estas obligaciones no se puede esperar que se dé a través de la acción individual de cada Parte, actuando por sí mismas”(44) y acogió el argumento uruguayo según el cual las conductas de las partes debían ajustarse a las normas vigentes de la CARU. Sobre este razonamiento concluyó que la “Argentina no ha demostrado convincentemente que Uruguay se haya negado a llevar a cabo esa coordinación que prevé el artículo 36 en violación de dicha disposición”(45).

El razonamiento es incoherente con lo que la propia Corte afirma más adelante cuando reconoce que los nuevos riesgos para el equilibrio ecológico introducidos por la operación de la planta de celulosa no están contemplados en el Digesto y dice que este “solamente establece límites generales de “hidrocarburos”, “sólidos sedimentables” y “aceites y grasas”, pero no establece límites específicos para las sustancias en discusión entre las Partes”(46). La Corte, al considerar la protección del equilibrio ecológico, ignora que la discusión entre las partes se ha originado precisamente por el incumplimiento uruguayo de las obligaciones de informar, consultar y negociar, y que es por esto que el Digesto no tiene regulación para la nueva situación creada. Antes del proyecto Botnia los estándares del río no podían prever las nuevas sustancias de la industria de celulosa, extrañas a la carga anterior del río.

Estudio del impacto ambiental. Como introducción a la consideración del debate sobre la localización de la planta y la consulta a las poblaciones, el fallo hace reflexiones sobre los estudios de impacto ambiental en los que reconoce que la obligación de proteger y preservar, “debe ser interpretada de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido”(47). Sin embargo

(42) Fallo, par.170.

(43) Fallo, par.177.

(44) Fallo, par.184.

(45) Fallo, par. 189.

(46) Fallo, par. 227.

(47) Fallo, par. 204.

la Corte vacía de contenido este requerimiento cuando señala que “ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general especifican el alcance y contenido de un estudio de impacto ambiental”, más adelante descarta la referencias indicadas por la Argentina como requisitos de ese estudio y finalmente indica que la materia queda sujeta a la legislación de cada Estado (48). En realidad la legislación vigente en el Uruguay cuando se autorizaron las plantas de ENCE y de Botnia, puede ser considerada subestándar porque, entre otras razones, no requería el estudio de la localización del proyecto, ni el análisis hidrológico del cuerpo receptor, ni el impacto acumulado de los dos emprendimientos ubicados a 7 Km. de distancia y que sólo se realizó a partir de que la Argentina planteó la preocupación ambiental a la Corporación Financiera Internacional.

Localización de la planta. Alternativas (49). La Argentina objetó la localización de las plantas por su proximidad a una población significativa y por las limitaciones del Río Uruguay para dispersar los contaminantes contenidos en los efluentes (50).

La Corte no analizó las localizaciones alternativas que Botnia pretende haber considerado y su fallo dice que en 2003 esa empresa evaluó ubicaciones en La Paloma, en Paso de los Toros, en Nueva Palmira y en Fray Bentos, antes de elegir Fray Bentos porque “la limitada cantidad de agua dulce en La Paloma y su importancia como hábitat para pájaros la tornaba inadecuada, mientras que para Nueva Palmira su consideración fue desalentada por su proximidad a áreas residenciales, recreacionales y culturalmente importantes, y para Paso de los Toros la insuficiente corriente de agua durante la estación seca y el potencial conflicto con otros usos del agua, así como la falta de infraestructura, condujo a su exclusión”.

La Corte tampoco se pregunta cómo se presentan estas mismas condiciones en el área de Fray Bentos/Gualeguaychú. En cuanto hábitat de aves habrá que asumir que la Corte no supo que Uruguay quiere decir precisamente Río de los Pájaros, pero tampoco tuvo en cuenta los argumentos argentinos sobre el valor de la biota del río. En materia de población La Paloma tiene 5.550 habitantes que llegan a 25.000 en verano y Nueva Palmira unos 10.000 que pueden duplicarse en el verano, pero Fray Bentos tiene 27.000 residentes permanentes y los habitantes de Gualeguaychú llegan a 100.000, y ambas ciudades aumentan su población con veraneantes. Lo que en realidad ocurrió es que Uruguay no quiso llevar a las cercanías de Colonia ni a su litoral marítimo, que son sus áreas turísticas más rentables, los olores e incomodidades de una industria altamente contaminante y prefirió convertir el Río de los Pájaros en su patio de residuos. Paso de

(48) Fallo, par. 205.

(49) Fallo, par. 207 a 214.

(50) En su opinión separada, comentando el acta de la primera reunión del GTAN, el Juez Kennet Keith dice: “*While those minutes and the Argentine report do indicate, to return to the terms of Article 11, why Argentina considered harm might be caused by the plants, they do not, to turn to the other requirement of Article 11, appear to suggest changes to the projects which might meet the likely harm, apart from the proposal to have the plants moved to other sites.*” En realidad en esa acta, y en otras posteriores, consta que la Argentina pidió los fundamentos tenidos en cuenta por Uruguay al autorizar la instalación de la planta en ese lugar y estos nunca fueron explicitados, pero no se propuso explícitamente cambiar la planta de lugar aunque el tema aparecía fuera de las reuniones del GTAN. Sólo conociendo los fundamentos de la localización, hubiera sido posible sugerir alternativas o medidas de mitigación.

los Toros, en el centro del territorio uruguayo, está ubicado en un punto tan magro del Río Negro, que se lo puede vadear sin esfuerzo, de ahí su nombre: nunca pudo haber sido ni el germen de una alternativa de localización.

Aptitud del medio receptor. Con respecto a la aptitud del Río Uruguay como receptor de la contaminación que descargará Botnia, el tribunal declaró que no podía “dejar de observar que cualquier decisión sobre la actual ubicación de una planta como ésta sobre el Río Uruguay debe tener en cuenta la capacidad de las aguas del río para recibir, diluir y dispersar descargas del efluente de una planta de esta naturaleza y escala”. También dijo que “las Partes disienten sobre las características geomorfológicas e hidrodinámicas del río en el área relevante, particularmente en lo que respecta a la corriente del río, y como la corriente del río, incluida su dirección y su velocidad, a su vez determina la dispersión y dilución de contaminantes”. Añadió que “los diferentes puntos de vista de las Partes con relación a la corriente del río puede deberse a los diferentes sistemas de monitoreo que cada parte empleó para analizar las características hidrodinámicas del Río Uruguay a la altura de Fray Bentos”.

Paladinamente la Corte sostuvo que “no tiene *necesidad* (51) de entrar en un examen detallado de la validez científica y técnica de los diferentes tipos de modelo, calibración y validación utilizados por las Partes para caracterizar la velocidad y dirección de la corriente de las aguas del río en el área relevante”, o sea que nunca se preocupó por conocer cual es la realidad hidrodinámica y en lugar de ello afirma, sin prueba alguna, que la CARU “*debe* (52) haber tomado en cuenta la capacidad del cuerpo de agua receptor y sensibilidad de las aguas del río”. Esta desprolijidad es grave porque la Corte sabe que la CARU nunca estudió el río en relación con las posibles descargas de efluentes de Botnia. Probablemente para aliviar la carga que asume concluye diciendo que si el medio receptor resultara ser inadecuado “las Partes deberían iniciar una revisión de los estándares de calidad del agua establecidos por la CARU y asegurar que esos estándares claramente reflejen las características del río y sean capaces de proteger sus aguas y su ecosistema”, cuando ésta es precisamente la causa que las ha llevado al tribunal.

Consulta a las poblaciones afectadas. La Corte opinó que de los argumentos presentados por la Argentina no surge la obligación de consultar a las poblaciones afectadas, pero considera que las reuniones organizadas por el gobierno uruguayo en su territorio, en las que según el tribunal también se consultó también a la población argentina, y la encuesta hecha a 80 argentinos del Consensus Building Institute por encargo de la Corporación Financiera Internacional, son suficientes para afirmar “que las consultas por Uruguay a las poblaciones afectadas tuvieron lugar”(53). Cualquiera que haya seguido el proceso sabe que esta afirmación carece de sustento.

Tecnología de producción. Uno de los tramos en que la Corte exhibe mayor osadía al ingresar, sin respaldo técnico, a la consideración de temas industriales, son los párrafos

(51) Énfasis agregado.

(52) Idem.

(53) Fallo, par. 215 a 219.

220 a 228 del fallo en los que se pronuncia sobre la tecnología de producción. Sin haber resuelto, como queda señalado más arriba, si el medio receptor de los efluentes es adecuado o no para recibir los que provienen de la planta de Botnia, la Corte decide que las opciones elegidas por la empresa satisfacen las exigencias del Documento de Referencia de Mejores Técnicas Disponibles (conocido como BAT por sus siglas en inglés) en la Industria de Pulpa y de Papel – Prevención y Control de la Contaminación, de la Comisión Europea de 2001. Al hacerlo no advierte que está fallando en el año 2010, ni que ese documento requiere una evaluación del medio receptor de la que el tribunal carece.

Llama la atención el cuidado con que la Corte dice que la Planta de Botnia cumple con las BAT limitándose a los “términos de las descargas de efluentes por cada tonelada de pulpa producida”, lo cual elude el serio problema de la carga másica total que afecta al cuerpo receptor. Además dice que “la Argentina no presentó evidencia contundente que establezca que la planta Orión (Botnia) no cumpla con el Estatuto de 1975, el Digesto CARU y las regulaciones aplicables de las Partes en términos de la concentración de efluentes en cada litro de agua residual descargada por la planta y del total absoluto de efluentes que pueden ser descargados en un día”, cuando la realidad es que la Argentina no tuvo ninguna oportunidad de medir esos parámetros en que se producen en territorio uruguayo.

El fallo continúa explicando que la información suministrada por el Uruguay, que proviene de la propia empresa Botnia, dice que las descargas se ajustaron a las autorizaciones otorgadas por la autoridad ambiental uruguaya, lo que sería suficiente porque el Digesto de la CARU “no establece límites específicos para las sustancias en discusión entre las Partes” (54). La debilidad de las autorizaciones otorgada se hace patente en el párrafo siguiente del fallo cuando se explica que aunque en algunos días se han excedido los parámetros de contaminantes, ello no importa porque los permisos establecen a promedios anuales, desconociendo cómo se producen las crisis ambientales. Por todo ello, en el párrafo 228, y a pesar de la información sobre excesos puntuales en el vuelco de contaminantes, la Corte dice que “no está en condiciones de concluir que Uruguay ha incumplido las cláusulas del Estatuto de 1975”.

Oxígeno disuelto. Más arriba se señaló el error cometido por Philippe Sands en el manejo de los parámetros de oxígeno disuelto y demanda bioquímica de oxígeno (55).

El último día de las presentaciones orales argentinas ante la Corte, el 29 de septiembre de 2009, el profesor Sands inició su discurso explicando que había pasado la noche anterior nadando entre los datos crudos de la prueba presentada por la Argentina. Seguramente el ejercicio lo agotó y lo confundió. Lo que no se explica es por qué su exposición sobre aspectos técnicos no fue revisada por los técnicos argentinos antes de su presentación, ya que todas las exposiciones en la Corte se hacen sobre un texto previamente escrito. Sin duda era un argumento que debía llamar la atención por original ya que la Argentina no había aludido antes a los valores del oxígeno disuelto porque las mediciones resultaban adecuadas, como lo hicieron notar la contraparte y el tribunal

(54) Fallo par. 227.

(55) Audiencia del 29/09/09, p 29, par. 33 y siguientes.

(56). También sería útil conocer si el manejo descuidado de los datos en este caso, tuvo algún efecto negativo sobre la credibilidad global de los argumentos argentinos con respecto a los demás parámetros.

Fósforo (57). La Argentina y el Uruguay coinciden en que el río ya tiene una pesada carga de fósforo en sus aguas. En su fallo la Corte recuerda que la autoridad ambiental uruguaya, en su dictamen del 5 de febrero de 2005, refiriéndose a la presencia de nutrientes en el río, indicó que “no corresponde autorizar ningún vertido que incremente cualquiera de los parámetros que presentan valores críticos, aun en los casos en que el incremento es considerado por el emprendedor como no significativo”. Sin embargo autorizó el vertido de hasta 5 miligramos por litro, si se arbitraran medios para reducir emisiones de fósforo de otras fuentes. Obviamente ni la cantidad de fósforo contenida en los efluentes -que es informada por la propia Botnia- ni la reducción de otras emisiones uruguayas, había podido ser verificada por la Argentina.

En estas condiciones en febrero de 2009 se produce una extraordinaria y peligrosa floración de algas frente a la planta de Botnia que la Argentina atribuye a la descarga de los efluentes industriales. El tribunal que, como ya se ha señalado, no se ha demostrado capaz de discriminar el sentido de un promedio anual del efecto de un pico de emisión puntual, a pesar de la información sobre la masiva descarga de nutrientes producida el 4 de febrero, decide que “sin embargo no se ha establecido de modo satisfactorio para la Corte” que ello fue la causa de la floración de algas. Podría decirse que no lo niega ni lo afirma, simplemente no lo comprende ni lo sabe.

Sustancias fenólicas. El razonamiento de la Corte sobre la presencia de sustancias fenólicas en el río, tiene la particularidad de prescindir del contenido de esas sustancias que pueden tener los efluentes de la planta. El debate se limita a que la Argentina dice que el nivel en el río excede el estándar fijado por la CARU, y que la parte uruguaya dice que ese estándar fue excedido varias veces con anterioridad. La Argentina no tiene información sobre el efluente que se produce en jurisdicción uruguaya, pero pudo demostrar que después del inicio de las operaciones de Botnia la concentración de sustancias fenólicas en el río se ha incrementado, en promedio tres veces, y llegó a ser hasta 20 veces superior al estándar de la CARU. Uruguay sostuvo que los niveles de sustancias fenólicas post-operacionales eran más bajos que los niveles de línea de base a lo largo del río.

La conclusión del tribunal fue que “basada en las actuaciones, y en los datos presentados por las Partes, la Corte concluye que hay insuficiente evidencia para atribuir un incremento, si es que lo hubo, en el nivel de concentraciones de sustancias fenólicas en el río al funcionamiento de la planta Orión (Botnia)”(58). Es decir, la Corte no sabe si aumentó la presencia de sustancias fenólicas, y si esto ocurrió no tiene suficiente evidencia para atribuirlo al funcionamiento de Botnia. Si existiera un tribunal de alzada, le ordenaría completar la prueba.

(56) Fallo, par. 238 y 239.

(57) Fallo, par. 240 a 250.

(58) Fallo, par. 254.

Nonilfenoles. La Argentina presentó mediciones de nonilfelones en las aguas y frente a Botnia y aguas abajo desde septiembre de 2006 hasta febrero de 2009. La Corte observa que las presentó en junio de 2009, lo que se ajusta a los plazos procesales. El tribunal también reconoce que Uruguay presentó la declaración de un Sr. González, empleado de Botnia, fechada el 2 de octubre de 2009 (último día de las audiencias) en la que jura que “la planta no usa ni ha usado nunca nonilfenoles o derivados de nonilfenol etoxilados en ninguno de sus procesos para la producción de pulpa, incluido en las etapas de lavado y limpieza, y que no usa ni ha usado agentes limpiadores conteniendo nonilfenoles para limpiar el equipo de la planta”.

Sobre estas bases el tribunal establece que la “Argentina, sin embargo, no ha presentado en opinión de la Corte evidencia clara que establezca un vínculo entre los nonilfenoles hallados en las aguas del río y la planta Orión (Botnia)”. Sin acceso al lugar donde se originan las emisiones solo queda argumentar “*post hoc, ergo propter hoc*” y es la Corte quien debería haber profundizado la prueba pero en cambio concluyó “que no hay evidencia en las actuaciones que satisfaga el reclamo hecho por Argentina sobre este tema” (59).

Dioxinas y furanos. La Argentina alegó que mientras las concentraciones de dioxinas y furanos en sedimentos son generalmente muy bajas, los datos demuestran una tendencia creciente comparada con los datos anteriores a que la planta de Botnia comenzara a funcionar. Uruguay rechazó que el aumento tuviera relación con la planta de celulosa. El tribunal decidió “que no hay evidencia clara que vincule el aumento en la presencia de dioxinas y furanos en el río al funcionamiento de la planta Orión”. La Argentina no tenía los medios para acceder a los puntos donde esa relación se podría demostrar, Uruguay se limitó a negar y la Corte se satisfizo con la inoperancia (60).

Efectos sobre la biota. La Argentina mostró que su programa de monitoreo detectó efectos anormales en la biota acuática, como malformaciones de rotíferos y pérdida de grasa en las almejas, y la biomagnificación de dioxinas y furanos en peces que se alimentan de detritos como el sábalo. Como en los otros casos, Uruguay niega las observaciones argentinas y la Corte, también como en los otros casos, decide que “no se ha establecido una clara vinculación entre las descargas de la planta Orión (Botnia) y la malformación de rotíferos, o la dioxina encontrada en el pez sábalo o en la pérdida de grasa en las almejas registrados en el Programa de Vigilancia Ambiental del Río Uruguay de Argentina (PVA)”(61).

X. Función de la Comisión Administradora del Río Uruguay

Puede decirse que la Corte no ha comprendido la naturaleza y las posibilidades de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU). Aunque quizás haya preferido simular que no lo ha comprendido para descargar en la CARU cuestiones que la Corte deja pendientes de definición.

(59) Fallo, par. 257.

(60) Fallo, par. 259.

(61) Fallo, par. 262.

En efecto el fallo, en los párrafos 84 a 93 le asigna a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) la posibilidad de constituirse en un elemento central de la solución del diferendo, cuando en realidad es una comisión que queda bloqueada si son rígidamente contrapuestas las instrucciones que han recibido de sus gobiernos las dos delegaciones que la componen.

La profesora Zlata Drnas de Clement, en el artículo antes citado, analiza cuidadosamente este punto y señala el error de la Corte. No sorprende que los especialistas uruguayos doctores Heber Arbuet-Vignali y Daniel Vignali Giovanetti, del Consejo Uruguayo de Relaciones Internacionales, coincidan totalmente con esta posición al punto de sostener que la Corte “hizo una equivocada y muy peligrosa estimación de las posibilidades de la CARU”(62).

Notablemente los dos gobiernos han asumido la posición de la Corte, como si no conocieran la realidad. El Comunicado Conjunto de los Presidentes Cristina Fernández de Kirchner y José Mujica del 2 de junio pasado, pide a la CARU que en 45 días elabore dos planes de monitoreo. El plazo transcurrió sin que se alcanzara el resultado y el 28 de julio los presidentes resolvieron crear un Comité Científico de cuatro miembros. Hace unos días, el 30 de agosto, los Cancilleres celebraron un acuerdo por canje de notas que establece ese Comité Científico, fija unas normas de procedimiento y le otorga al Comité 60 días para elaborar los planes de monitoreo aún pendientes. Ese entendimiento ha sido presentado como un plan de monitoreo, pero en realidad es un simple acto preparatorio para la eventual adopción del plan (63).

Sólo queda preguntarse si en esta posición aparentemente ingenua los dos gobiernos están equivocados, o sólo uno de ellos ha incurrido en error y el otro lo ha aprovechado. Esto es así porque con una sentencia de la CIJ que, aunque declara que no se cumplió la obligación de informar, consultar y negociar, convalida la política uruguaya de hechos consumados, en este momento el Montevideo no necesita que la CARU produzca ninguna novedad sobre el monitoreo para continuar su política. Distinta es la situación argentina.

XI. ¿Ha quedado cerrado el caso en la Corte?

Los fallos de la Corte son definitivos, pero dentro del plazo de 10 años pueden reabrirse por la aparición de un hecho nuevo que pueda ser decisivo y que era desconocido por el tribunal al momento de dictar el fallo. Esto no es un recurso sencillo y no hay antecedentes del reconocimiento de hechos nuevos en la jurisprudencia de la CIJ.

El gran desafío será ver cómo se pueden utilizar las deficiencias de la Corte en la evaluación de la prueba, el lenguaje con connotación relativa empleado con respecto a

(62) Consejo Uruguayo de Relaciones Internacionales, 23/6/2010, Estudio N° 3/10.

(63) El 6/10/10 el Comité de cuatro científicos ingresó por primera vez en la planta de Botnia y al hacerlo el uruguayo Eugenio Lorenzo declaró: “No estamos empezando nada. Estamos haciendo una actividad preparatoria”.

los argumentos argentinos, y la realidad de los hechos de contaminación que lamentablemente se acumularán y agravarán con el transcurso del tiempo.

Nuevamente, para una empresa de esta naturaleza hará falta realizar un cuidadoso monitoreo de los efectos que cause el funcionamiento de la planta de celulosa y convocar el todo talento jurídico, científico y técnico disponible para presentar un caso sólido. ◆