

SEPTIEMBRE 2010

La materia jurídica del Fallo de la CIJ sobre las fábricas de pasta de celulosa en el Río Uruguay*

Marcelo Kohen, Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Ginebra .

Quisiera agradecer al CARI la invitación a participar en este importante seminario. Es siempre para mí un gran placer poder asistir aquí y poder intercambiar opiniones con mis compatriotas.

Quisiera también decir que he actuado en este caso, como se ha dicho, como abogado. Se trata de defender los intereses de mi propio país y esto fue un gran honor y también ha sido una gran responsabilidad. Les puedo asegurar que no es lo mismo trabajar ante la Corte Internacional de Justicia cuando se trabaja para su país que cuando se trabaja para otros países.

También tengo que decir, que en cierto modo, es un poco difícil cuando uno ha sido abogado referirse a los casos resueltos. Por supuesto, no se puede hablar cuando el caso está pendiente y muchos de mis colegas deciden no opinar sobre casos en los cuales han trabajado. Yo he decidido adoptar una actitud diferente porque, en primer lugar, soy profesor de Derecho Internacional, y en segundo lugar, puede decirse, abogado. Yo creo que si uno se abstiene de dar una opinión sobre un caso en el cual ha intervenido, la función docente, en cierto modo, se ve afectada. Y como yo me considero esencialmente un profesor de Derecho Internacional, me estimo libre de dar mis opiniones, que son netamente y absolutamente personales, sobre los casos en los cuales he participado.

Quisiera también decir hoy públicamente que fue un orgullo ver el alto nivel de profesionalismo y la pasión con la cual el equipo de la Cancillería Argentina trabajó en este caso. Como el embajador lo recordaba, es la primera vez que la Argentina se presenta ante la Corte Internacional de Justicia.

Ustedes saben que el Reino Unido había demandado a la Argentina en el año 1955 por el caso de la Antártida que incluía también a Georgia del Sur y Sandwich del Sur; pero el Reino Unido había excluido de la demanda la cuestión de las Islas Malvinas. A principios de los años '60 existió otra posibilidad y fue discutido entre los gobiernos de Argentina y Chile llevar el caso de Beagle a la Corte Internacional de Justicia y luego se decidió utilizar otros mecanismos.

En la década de los '70, nuestro país celebró tratados con Chile y con Uruguay, en el cual estaba prevista la posibilidad de llevar las controversias a la Corte Internacional de Justicia. Quizás esta hipótesis se veía muy lejana; yo no estoy seguro que los negociadores del tratado con Chile y de los tratados con Uruguay imaginaran que nuestros países podrían llegar alguna vez a estar litigando en el Palacio de la Paz en la Haya.

Por todas las razones que acaba de presentar la Doctora Ruiz Ceritti, la Argentina se vio obligada a llevar el caso de las pasteras ante la Corte Internacional de Justicia.

Felicito a los organizadores de este seminario por esta iniciativa de coordinar esta jornada pública. Me parece una muy buena oportunidad para hacer un balance de lo que fue realizado, de lo que la Argentina expuso ante la Corte Internacional, y de lo que la Corte Internacional decidió. Me parece bien porque debe ser motivo de reflexión para recoger experiencias en vistas al futuro.

El tema que se me ha impartido es la materia jurídica de la controversia. La amplitud del tema es tal, que quizás yo necesitaría una jornada y media, y no la tenemos. Mi temor es que me limite en una mera lista de los temas.

* Sesión Académica en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales el día 30 de septiembre de 2010 organizada por el Instituto de Derecho Internacional del CARI.

Consejo Argentino
para las Relaciones
Internacionales
Uruguay 1037, 1º piso
C1016ACA Buenos Aires
Argentina

Tel: ++54 (11)
4811-0071 al 74

Fax: ++54 (11)
4815-4742

cari@cari.org.ar
www.cari.org.ar

Globalmente hay dos aspectos en los cuales los que han examinado casos y fallos se encargan de destacar. Está la parte procesal y está la parte sustancial. Y yo creo que hay otro aspecto fundamental que corresponde examinar que es, precisamente, si existía o no una controversia. Este es un punto liminar.

En diciembre de 2005, una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay negaba la existencia misma de una controversia entre la Argentina y el Uruguay, en relación a la instalación de dos pasteras en la orilla uruguaya del río Uruguay.

Esta posición inclusive fue sostenida por Uruguay en las audiencias del mes de junio de 2006, relativas a la demanda por parte de la Argentina de medidas cautelares.

Ustedes recordarán que en ese momento el Uruguay negaba la existencia del *fumus boni iuris*; es decir, para Uruguay simplemente no había ninguna medida cautelar que adoptar simplemente porque no había ningún derecho argentino que preservar, porque todo ocurría de una manera completamente conforme con el derecho internacional.

A mí me parece que este es un primer punto para examinar, pero yo sé que ustedes al venir aquí tienen la inquietud de saber si hizo bien la Argentina en llevar el caso a la Corte Internacional de Justicia. Es una pregunta legítima que podemos hacernos y para ello yo les voy a dar mi opinión al final de mi intervención.

Pero los invito a que ustedes examinen la evolución de los petitorios de las partes en el caso ante la Corte. Las partes fueron presentando su petitorio en la memoria, en la contra memoria, en la réplica, en la duplica y al final de la fase oral. Esto muestra muy claramente cómo el proceso se va desarrollando y cómo se modifican las posiciones originales de las argumentaciones uruguayas, aquellas que decían “esto es una cuestión simplemente de soberanía uruguaya, la Argentina no tiene absolutamente nada que decir. El Estatuto del río Uruguay no es aplicable a estos dos proyectos porque lo que está en juego es simplemente la soberanía uruguaya”. Ustedes van a ver cómo van evolucionando las posiciones jurídicas de las partes.

Para hacer un balance, hay que ver qué es lo que pedimos en la demanda y creo que no está de más recordar que cuando fuimos a la Haya el 4 de mayo del 2006, estábamos hablando de dos fabricas de pasta de papel – ENCE y BOTNIA. Sabemos que ENCE, en septiembre de 2006 abandonó su proyecto y decidió no construir su fábrica en las proximidades del puente Libertador Gene-

ral San Martín.

Voy a hacer una lista de aproximadamente diez puntos que pueden examinarse como la materia jurídica de la controversia, sobre todo para poner énfasis en los puntos en los que las posiciones jurídicas de las partes eran totalmente encontradas.

Ya hablamos de la primera visión uruguaya que decía que la instalación de dos fabricas en la orilla era una decisión soberana del Uruguay. Y hemos visto también como el Uruguay fue evolucionando en su posición.

Un punto que fue fundamental en la discusión fue si la Argentina había consentido o no a la construcción de las fábricas y si efectivamente las partes habían decidido dejar de lado el Estatuto del Río Uruguay y utilizar otro tipo de mecanismos bilaterales.

En estos dos puntos yo creo que la posición Argentina fue ampliamente reconocida por la Corte Internacional de Justicia. Quedó claro que la Argentina no había aceptado la construcción de las fábricas y que en ningún momento la Argentina había puesto fin a la controversia.

Para ello, la Corte examinó dos cuestiones fundamentales: el llamado entendimiento Bielsa-Opertti en el 2004 y el comunicado de prensa anunciando la creación del grupo de trabajo de alto nivel en mayo del 2005.

El Uruguay había invocado toda una serie de argumentos para demostrar, pretendidamente, que la Argentina había consentido a la construcción de las fábricas o que había aceptado dejar de lado el Estatuto del Río Uruguay, o que si conflicto surgiese, en algún momento sobre la aplicación de artículos 7 y siguientes del Estatuto, esto ya había sido resuelto.

El Uruguay había mencionado una serie de informes presentado ante las dos cámaras legislativas de la Nación. La constitución del llamado PROCEL en el seno de la CARU; y en esto yo creo que la Corte nos dio ampliamente la razón y es un elemento fundamental que va más allá del caso de la Argentina y el Uruguay.

Cuando se llega a una instancia arbitral, muchas veces se examinan únicamente los mejores argumentos para presentar ante el tribunal, sin tener en cuenta la posición jurídica tradicional del país en cuestión en el ámbito general; es decir, sin considerar las implicancias que puede tener adoptar una posición que conviene en un momento dado, pero que en el futuro puede tener implicancias negativas en otras disputas.

Yo creo que un elemento fundamental a destacar es la completa coherencia de la posición argentina en el caso contra Uruguay, con sus posiciones jurídicas de principio tradicional. ¿Por qué menciono esto ahora? Precisamente porque se trataba aquí de la posición que la

Argentina tradicionalmente tiene en lo que hace a la renuncia de derechos. La posición tradicional de la Argentina es que no se puede admitir fácilmente que un Estado renuncie a sus derechos.

Recuerdan que la Argentina emitió una reserva al artículo 45 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, precisamente para preservar esta posición Argentina que, justamente, es estricta en materia de aquiescencia.

La posición de la Argentina fue coherente con esta actitud y también con la idea del sentido de las negociaciones. Cuando hay una obligación de negociar, hay que negociar. La negociación tiene que tener un sentido, debe hacerse con el fin de llegar a una solución a la controversia. En todo esto, yo creo que en el caso ante la CIJ la Argentina claramente respetó esta posición de principio en el ámbito general.

En el caso concreto de la controversia con el Uruguay, está de más que hablemos de los vínculos tradicionales de los dos Estados, ya que la Argentina dio pruebas de buena voluntad para resolver el conflicto. Yo creo que nadie puede decir que la Argentina tuvo una actitud intransigente en el sentido de dar una solución al conflicto. El problema es que Uruguay sistemáticamente interpretó la posición Argentina de llegar a una solución al conflicto de una manera tal que significaba que la Argentina aceptaba la posición uruguaya.

Esto fue lo que hubo que demostrar ante la Corte, que no se trataba de la aceptación del hecho consumado sino que, se trataba de la voluntad Argentina de encontrar una solución en el marco del mecanismo jurídico aplicable. La posición Argentina ha sido constante en la defensa del Estatuto del Río Uruguay.

En cierto modo, es de lamentar que fuera justo el Uruguay quien fue, en gran parte, promotor de toda una serie de elementos para garantizar la preservación del medio ambiente, no solo en el caso de la relación bilateral sino también en el ámbito regional e incluso en el ámbito universal.

Yo tengo la obligación de decir cómo, en aras de justificar una posición que consistía en autorizar la construcción de estas dos fábricas, el Uruguay renegó de toda una serie de posiciones que había defendido en el pasado. Es muy importante señalar cómo la Corte examina las posiciones uruguayas en las cuales se decía “Argentina aceptó la construcción de las fábricas”, “la Argentina resolvió la controversia relativa al estatuto del río Uruguay”, “la Argentina y el Uruguay decidieron suspender la aplicación del estatuto del río Uruguay y seguir otros mecanismos”.

Me parece muy importante examinar la manera en que la Corte nos dio la razón en este aspecto. Al Uruguay se lo tomaba en simple referencias en las cuales se afirmaban la idea de que había dos plantas que estaban proyectadas en la orilla uruguaya del río como manera de significar que la Argentina aceptaba la construcción de las fábricas.

La Corte fue muy clara al diferenciar que una cosa es constatar un hecho y otra cosa es interpretar eso como la aceptación de que este hecho es conforme a derecho. Este es un elemento muy importante del fallo y va mucho más allá de la cuestión bilateral Argentina-Uruguay; la Corte fue muy clara al indicar que una cosa es afirmar que hay una situación de hecho y otra cosa es aceptar que esa situación es conforme a derecho. Y la Corte constató, entonces, la violación uruguaya a las obligaciones de seguir el proceso de información, de consulta y de negociación previsto en los artículos 7 y siguientes del Estatuto del Río Uruguay.

Otro elemento que también debe destacarse es el problema de la buena fe en las negociaciones. En regla general, cualquier abogado sabe que es muy difícil probar la mala fe; casi una misión imposible. Yo creo que el mensaje que la Corte le ha dado a Uruguay es muy contundente y es un mensaje que la Corte rara vez se anima a dar. Los hechos estaban allí y la prueba estaba allí. El mismo día que se le promete a la Argentina, en una reunión bilateral de presidentes, que se le va a transmitir la información, el Uruguay autoriza la construcción. Ante esto, la Argentina envía su primera nota de protesta y comenta este elemento: “el presidente uruguayo se comprometió a informar a la Argentina y el mismo día se procede a la autorización”.

En el famoso entendimiento Bielsa-Operti, Uruguay consideraba que era la prueba más acabada de la aceptación Argentina de la construcción de las fábricas de celulosa de Mbopicua.

Y en su búsqueda por justificar la autorización de la construcción de las plantas, el Uruguay negó el Estatuto y la Comisión Administradora del Río Uruguay, que era una un motivo de orgullo, pienso yo en la relación bilateral.

Es útil destacar cómo el Uruguay presentaba el rol de la CARU como una simple correa de transmisión, una especie de buzón en el cual cada una de las partes va y deposita un sobre, y luego la otra parte viene a recoger el sobre. Esta fue la imagen que presentó el Uruguay sobre el rol de la CARU y creo no exagerar. Por lo tanto, la Argentina ocupa el rol de defender esta institución.

Hay que destacar también cómo la Corte Inter-

nacional de Justicia atribuye una importancia fundamental a la CARU; la califica como una organización internacional. Ya desde el primer momento en que la Corte pronunció la primera ordenanza sobre la providencia de medidas cautelares, la Corte ha destacado el rol fundamental que jugaba la CARU en el procedimiento y en el régimen establecido por el Estatuto del río Uruguay. Le ocupa a la Argentina salvar el estatuto y el procedimiento previsto por el establecimiento de los artículos 7 a 12 y salvar el rol de la CARU frente a las posiciones adoptadas por el Uruguay.

La corte definió claramente la violación del Uruguay en la obligación de informar, de consultar y de negociar. En esto podemos decir que tuvimos amplia satisfacción. Ciertamente hay aspectos en lo que hace a la interpretación que la Corte ha hecho del procedimiento en las cuales podemos tener discrepancias; y ciertamente las tenemos, como por ejemplo, hasta dónde llega la obligación que tiene una de las partes que considera la posibilidad de construir una obra y hasta dónde ampliar esa obra.

La Corte hace una interpretación del artículo 9 y del artículo 12 que, en cierto modo, es restrictiva. Pero, al mismo tiempo, la Corte afirma que existe esta obligación de informar, consultar y negociar y que durante el periodo de negociaciones la parte interesada debe abstenerse de construir la obra.

Yo no creo que en el futuro la otra parte pretenda seguir un procedimiento diferente y trate de jugar simplemente con las obligaciones del Estatuto, dejando de lado el procedimiento en su globalidad. Hay una opinión muy fuerte de la Corte que fue decidida casi por una unanimidad. Y hubo algunos jueces que fueron mas allá y que interpretaron el artículo 9 y 12 del Estatuto del Río Uruguay de la misma manera que lo hizo la Republica Argentina.

Está también el ejemplo opuesto que es el del juez británico, Christopher Greenwood, que consideró que las violaciones uruguayas eran de una menor cuantía de lo que el fallo de la corte había decidido. Ustedes especularán sobre las razones del juez Greenwood de adoptar esta actitud restrictiva en materia de las obligaciones que tienen los estados al negociar o lo que pueden hacer o no cuando tienen la obligación de negociar. Me refiero al tema de Kosovo. Efectivamente, si uno lee la posición escrita del Reino Unido en el procedimiento consultivo de la Corte en el tema Kosovo, el Reino Unido dice que si hay un proceso de negociación las partes pueden hacer lo que quieren. No hay una obligación de abstenerse, de aplicar lo que consideran su posición jurídica y las partes

pueden hacer lo que quieren aún cuando estén negociando.

Ahora nos centraremos en algunos de los aspectos sustanciales del fallo de la Corte. Un elemento positivo es la reafirmación del principio de la comunidad de intereses. Se trata de un curso de aguas compartidos y, por ende, existe una comunidad de intereses; esta fue la posición que la Argentina defendió ante la CIJ, frente a lo que podía calificarse como una posición similar a la Doctrina Harmon de parte de nuestros hermanos uruguayos. Quizás estoy exagerando un poco, pero creo que no.

La posición Argentina fue que existe una comunidad de intereses; la Corte reconoció la existencia de esta comunidad de intereses sobre la base esencial del Estatuto del Río Uruguay y es esto también lo que motivo a la Corte a decir lo que expresa en el párrafo 281 del fallo. Este es un punto positivo del fallo en lo que hace a los aspectos sustanciales.

La Corte examina el concepto de la utilización racional y optima o el concepto de utilización razonable y equitativa del derecho internacional general. Ciertamente, yo creo que podríamos haber esperado un análisis mas profundo de parte de la Corte en este aspecto, pero lo que es importante es que la Corte considera que existe una obligación de naturaleza consuetudinaria de no causar un daño o perjuicio sensible al curso de agua internacional.

Un problema fundamental que merece crítica en el fallo es el análisis hecho por la Corte sobre la existencia de usos previos de un curso de agua internacional. La posición argentina fue defender ante la CIJ que la utilización racional y optima del río implica tener en consideración los usos previos y legítimos del río. La corte no nos siguió en este aspecto, y ustedes saben la discusión que ha habido en el ámbito general sobre esta cuestión.

Estaba la posición que decía que los usos previos son determinantes y deben seguirse porque tiene prioridad, y estaba la posición absolutamente contraria. La convención de 1997 sobre la utilización de aguas internacionales a otros fines que no sea la navegación no adoptó el criterio de la prioridad de los usos previos, sino que lo consideró un factor pertinente o relevante entre otros. Este es un punto que yo creo que puede criticarse al fallo de la corte.

Lo mismo en lo que hace al contenido de la obligación de prevención, el principio de prevención. Si bien la Corte le reconoce el carácter consuetudinario, agrega que el fundamento de ello es la desidia diligencia. Pero claro, quizás la Corte podría haber ido un poco más allá en cuanto al análisis de su contenido.

Otro elemento positivo en el fallo sobre los aspectos sustanciales es la obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental. La Corte reconoce que se trata de una regla consuetudinaria. Yo creo que esto también es una contribución argentina a la consagración en el ámbito general de esta regla o este principio en materia de protección del medio ambiente.

La Corte dice que esta obligación de proceder a un estudio de impacto debe ser con anterioridad a la autorización. Podría haberse esperado un análisis más profundo del contenido del estudio de impacto. Es verdad que la Corte ha sido muy tímida aquí, y deja un poco en las manos del estado la cuestión de la determinación del estudio. Si la Corte se hubiera librado a un análisis de la práctica, quizás podría haber determinado el contenido preciso de esta obligación.

Por cuestión de tiempo me voy a limitar a mis conclusiones. Yo me pregunté al principio cómo si valía la pena o no llevar el caso a la CIJ. Mi respuesta es francamente positiva. La Argentina hizo muy bien en llevar el caso ante la CIJ.

Como les mencionaba, llegamos a la corte el 4 de mayo del 2006 pidiendo un pronunciamiento sobre dos fábricas proyectadas; una de ellas abandono su proyecto en septiembre de ese año. Pero la pregunta que hay que hacerse se si valía la pena o no el esfuerzo, ¿estamos mejor hoy que el 3 de mayo del 2006? Esa es la pregunta fundamental.

Por supuesto, cuando se lleva un caso ante la CIJ es muy raro que se obtenga un triunfo absoluto. Pero claramente estamos mejor hoy que cuando llevamos el caso a la CIJ, no solo en lo que hace a lo contencioso específico (que era la situación relativa a ENCE y a Botnia), sino también en lo que hace al futuro del Estatuto del Río Uruguay. La Argentina, a mi modo de ver, salvó el Estatuto del Río Uruguay y la CARU, a la vez que contribuyó en el plano general a la afirmación de reglas básicas en materia de curso de aguas internacionales y de protección del medio ambiente. Por eso mi análisis global es, insisto, francamente positivo.

*Marcelo Kohén es profesor de Derecho Internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra y miembro asociado del Instituto de Derecho Internacional. Egresó de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, donde comenzó su carrera docente. Es doctor de la Universidad de Ginebra y obtuvo el Diploma de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Su libro *Possession contestée et souveraineté territoriales* recibió el premio Paul Guggenheim. Se desempeñó o desempeña como abogado ante la Corte Internacional de Justicia en los casos *Malasia/Singapur*, *Costa Rica v. Nicaragua*, *Argentina v. Uruguay*, *Nicaragua v. Colombia* y en los procedimientos consultivos sobre el Muro en Territorio Palestino Ocupado y sobre la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo. Fue co-relator del Comité sobre la sucesión de Estados de la International Law Association y del Consejo de Europa sobre las inmunidades de Estado y es actualmente relator de la Comisión sobre responsabilidad y sucesión de Estados del Instituto de Derecho Internacional. Es autor de varios libros y ha publicado una gran cantidad de artículos, cursos y contribuciones a obras colectivas. Asimismo, ha dictado cursos y seminarios en diferentes instituciones en Europa, América, África y Asia, entre ellos la Academia de Derecho Internacional de La Haya.*

Para citar este artículo:

Kohén, Marcelo (2010), "La materia jurídica del Fallo de la CIJ sobre las fábricas de pasta de celulosa en el Río Uruguay", [en línea], Serie de Artículos y Testimonios, N° 70 Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Dirección URL: <http://www.cari.org.ar/pdf/>

Agradecemos la colaboración de Leidi Corso y Ramón Mansilla para la publicación de esta conferencia.