

La Opinión Disidente de los Jueces Al-Khasawneh y Simma a la sentencia Pulp Mills (Argentina v. Uruguay, La Haya, 2010)¹

OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA DE LOS JUECES AL-KHASAWNEH Y SIMMA²

La Corte ha evaluado las pruebas científicas presentadas de una manera metodológicamente defectuosa – No estamos en posición de evaluar las pruebas presentadas por cada Parte en cuanto a si ha habido una infracción del Estatuto de 1975 – Los casos con numerosos elementos de hecho y científicamente complejos requieren que la Corte vaya más allá de los métodos tradicionales de investigación – La Corte debió haber hecho uso de las diversas posibilidades disponibles en el Estatuto y en el Reglamento – La Corte debió haber asignado peritos propios o por terceros sometidos a examinación cruzada – La interacción con el perito como letrado priva a la Corte de poder considerar de manera plena los hechos presentados – El uso de “expertos fantasmas” por parte de la Corte no es una práctica aceptable en controversias con un componente científico complejo – Otros organismos de resolución de controversias han recurrido a los conocimientos científicos de una manera más convincente – La Corte ha interpretado su rol en el presente caso de una manera extremadamente estrecha, dado que el Estatuto de 1975 le habría permitido tener una visión de futuro, abordar una “evaluación de riesgo” exhaustiva y adoptar una lógica preventiva en vez de compensatoria – Esta lógica tiene una fuerza particular en controversias ambientales – La Corte no ha logrado comprender el carácter innovador y progresivo del Estatuto de 1975 – La Corte tampoco ha extraído conclusiones adecuadas del vínculo entre obligaciones procedimentales y sustantivas – En suma, la Corte ha perdido una oportunidad de oro para demostrar su capacidad de abordar controversias científicamente complejas de manera moderna.

1. La actual controversia entre Argentina y Uruguay dice relación con un problema acuciante de nuestros tiempos, la protección del medioambiente y la salud humana. Es un caso notable: hace 35 años, dos Estados adoptaron un tratado exhaustivo, muy progresista para su tiempo, en el que apuntaron a regular la administración de un complejo ecosistema de un río, incluyendo obligaciones de tomar medidas para

¹ Traducido del original en inglés intitulada “JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES AL-KHASAWNEH AND SIMMA” en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia titulada “Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)” de 20 de abril de 2010.

² Traducción efectuada por Sergio Peña Neira, Investigador asociado, Dirección de Investigación y Relaciones Internacionales, Universidad Bernardo O’Higgins, Chile, e Investigador en el Centro de Estudios Jurídicos Academia, Profesor en la Universidad Andrés Bello, Chile, LLL, MA in International and EU Relations (Amsterdam), Investigación predoctoral (Goettingen, IAS-UNU), D.E.A. en Ciencia jurídica (Huelva-UNIA), Dr. iur (c) (Huelva-UNIA), Miembro de la Sociedad chilena de Derecho internacional y de la Asociación de Derecho internacional. Investigador de la línea de investigación “Estado de Derecho internacional”, Universidad Nacional Autónoma de México.

prevenir la contaminación de dicho ecosistema. Se comprometieron específicamente a cooperar e informarse mutuamente de todo lo que pretendieran hacer que pudiera tener un efecto sobre el recurso natural compartido que forma su frontera común: el Río Uruguay. Treinta años más tarde, uno de los dos Estados decide actuar como si el tratado nunca hubiese sido adoptado: sin consideración de sus obligaciones procedimentales del Estatuto de 1975, Uruguay autorizó una construcción a gran escala precisamente dentro del ecosistema del río. La Sentencia de la Corte caracteriza la infracción de Uruguay en los términos más claros, y coincidimos sin reserva con el párrafo dispositivo 1 de la Sentencia, la que juzgó que hubo una infracción por parte de Uruguay de sus obligaciones de notificar y de informar.

I. UNA OPORTUNIDAD PÉRDIDA DE AFRONTAR LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA DE MANERA MODERNA

2. Aunque estamos de acuerdo con la consideración de la Sentencia en cuanto a la infracción de Uruguay de sus obligaciones procedimentales, no podemos aprobar el párrafo dispositivo 2 de la Sentencia de la Corte, y por tanto hemos votado en contra. Como explicaremos en la siguiente disidencia, la Corte ha evaluado las pruebas científicas presentadas por las Partes de una forma que consideramos metodológicamente defectuosa: la Corte no ha seguido el camino que debía respecto a los hechos científicos controvertidos; ha omitido recurrir a las posibilidades dispuestas en su Estatuto y así simplemente no ha hecho lo que habría sido necesario para arribar a un fundamento para la aplicación del derecho a los hechos científicamente ciertos cómo es posible en un procedimiento judicial. Por tanto, enfrentados a los resultados de un método de investigación científica deficiente, no estamos en posición de aceptar “que la República Oriental de Uruguay no ha infringido sus obligaciones sustantivas en virtud de los Artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975”. La prueba presentada por Uruguay para establecer este resultado no ha sido tratada *lege artis* por la Corte; lo mismo es válido para la evidencia presentada por Argentina para que la Corte llegara a la conclusión opuesta. En consecuencia, y lógicamente, no tenemos otra posibilidad más que disentir.

3. El caso ante nosotros, por ser tener los hechos (el *factum*) gran intensidad es diferente a la mayoría de los casos presentados a la Corte y plantea serias preguntas en cuanto al rol que la prueba científica puede jugar en una institución judicial internacional. Los métodos tradicionales para valorar la prueba son deficientes al evaluar la relevancia de hechos científicos tan complejos y técnicos, y sin embargo la Corte ha explicado lacónicamente, en el párrafo 168 de su sentencia, que:

“es responsabilidad de la Corte, luego de haber dedicado debida consideración a toda la evidencia presentada por las Partes, determinar que hechos deben ser considerados relevantes, para otorgar su valor probatorio, y para obtener conclusiones de ellas de forma apropiada”.

Así, la Corte se aferró a los hábitos que tradicionalmente ha seguido para la valoración y evaluación de la prueba para llegar a la consideración del párrafo dispositivo 2. Ha tenido ante ella un caso de derecho internacional ambiental de naturaleza ejemplar – un “ejemplo de manual”, por así decirlo, de supuesta contaminación transfronteriza – mas la Corte lo ha abordado de manera que aumenten las dudas en la comunidad jurídica internacional sobre si la Corte, como institución, está en buenas condiciones para abordar cuestiones científicas complejas (cf. S. Rosenne, “Fact-Finding Before the International Court of Justice”, en *Essays on International Law and Practice*, 2007, p. 235, p. 250; A. Riddelly B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, 2009, p. 353; C. M. Schofield and C. H. Carleton,

"Technical Considerations en Law of the Sea Dispute Resolution", en A. G. OudeElferink y D. R. Rothwell (eds.), *Oceans Management in the 21st Century*, 2004, p. 251, p. 252). Por esta razón, en esta opinión disidente, nos esforzaremos por explicar por qué no podemos seguir a la Corte por este camino.

4. La Corte por sí sola no está en una posición adecuada para evaluar y ponderar pruebas científicas complejas como las presentadas por las Partes. Para referirse solo a algunas instancias pertinentes para nuestro caso, una corte de justicia no puede evaluar, sin la asistencia de expertos, reclamaciones sobre si un modelaje bidimensional o tridimensional es el mejor o incluso apropiado a la hora de evaluar la hidrodinámica de un río, o que rol puede jugar un Trazador Doppler acústico de perfiles de corrientes (traducción utilizada por la UNESCO) en tal evaluación. Tampoco está la Corte, de hecho ninguna corte salvo una especializada, en una buena posición, salvo con ayuda de expertos, para considerar los efectos de la descomposición de nonilfenol, la unión de sedimentos al fósforo, la posible cadena causal que pueda llevar a un florecimiento de algas, o las implicancias de diversas sustancias para la salud de varios organismos que existen en el Río Uruguay. Esto verdaderamente no es controversial: la tarea de una corte de justicia no es dar una evaluación científica de lo ocurrido, sino evaluar las reclamaciones de las partes presentadas ante ella y si tales reclamaciones están suficientemente fundadas de manera que constituyan una prueba de una infracción a una obligación legal.

5. Sin embargo, al hacerlo la Corte está llamada "a evaluar la relevancia y el valor de la prueba producida en cuanto es necesaria para la determinación de los problemas que considera son esenciales resolver" (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-2005*, Vol. III, 4th ed., 2006, p. 1039). Así, es el método seguido por la Corte en este caso el que es problemático. La Corte aquí se ha conformado con escuchar los argumentos de las Partes, hacer algunas preguntas y luego desaparecer y deliberar *a puertas cerradas*, solo para emerger con respuestas breves y formalistas sobre si ha habido violaciones de la obligación sustantiva de prevenir la contaminación contenida en el Artículo 41 del Estatuto de 1975. En muchos párrafos, la Corte señala que "no ve la necesidad" o "no está en posición" de llegar a conclusiones específicas (párrafos 213, 228), que "no hay pruebas claras que apoyen" ciertas reclamaciones (párrafos 225, 239, 259), que ciertos hechos "no han sido establecidos a satisfacción de la Corte" (párrafo 250), o que la prueba "no avalan las reclamaciones" (párrafo 257) de que Uruguay ha infringido sus obligaciones del Estatuto de 1975. En otras palabras, la Corte ha utilizado las normas tradicionales sobre la carga de la prueba y ha obligado a Argentina a sustanciar las reclamaciones sobre tópicos que la Corte no puede, como corte de justicia que es, comprender a cabalidad sin recurrir a la evaluación de expertos. Mas es ciertamente compatible con la función judicial de la Corte el recurrir, cuando sea necesario, a expertos: como la Corte lo ha señalado previamente, "el propósito de la opinión de expertos debe *asistir* a la Corte al dictar sentencia sobre los puntos sometidos a su decisión" *Application for Revision and Interpretation of the Judgement of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/LibyanArabJamahiriya)*. *LibyanArabJamahiriya*, *Sentencia*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 228:). A pesar de que en este caso concreto la mayoría de nuestros colegas no consideró necesario hacer tal cosa, argumentamos enérgicamente que habría sido indispensable en este caso.

6. No estamos convencidos por la reclamación de que, en un caso como el presente, el conocimiento científico puede ser aportado satisfactoriamente, por expertos actuando como letrados de las Partes en virtud del Artículo 43 del Estatuto. En este punto, compartimos las preocupaciones expresadas por la Corte en el párrafo 168 de la Sentencia. Pero no estamos de acuerdo con la aproximación pasiva de la Corte a la conducta de las Partes aquí, siendo que existían numerosas alternativas para la Corte.

7. Una ruta para la Corte, disponible en el Artículo 62 de su Reglamento, habría sido llamar a las Partes a producir prueba o explicaciones consideradas necesarias para la comprensión de las materias en cuestión, u ordenarles que organizaran la concurrencia de expertos en virtud del párrafo 2 del Artículo citado. Esto habría activado los Artículos 64 (b) y 65 del Reglamento, por los cuales los expertos, y las pruebas que entregan, podría haber sido examinada por las Partes y el tribunal, bajo el control del Presidente. Estas salvaguardas procedimentales no existen para los expertos que concurren en virtud del Artículo 43 del Estatuto, quienes hablan a la Corte como letrados.

8. Sin embargo, consideramos que la Corte tenía una alternativa más atractiva, dispuesta en el Artículo 50 de su Estatuto: "La Corte podrá, *en cualquier momento*, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial". El Artículo 67 del Reglamento complementa el Artículo 50 del Estatuto con varias modalidades, siendo la principal de ellas el requerimiento de que se les "dará" a las partes la oportunidad de comentar todo informe o acta de la investigación ordenada por la Corte. Aunque, a diferencia del procedimiento descrito en el párrafo 7 más arriba, este procedimiento no permite a las partes el examen cruzado de los peritos designados por la Corte, pero sin embargo les otorga la posibilidad de evaluar las opiniones que dichos expertos puedan producir. La Corte, por lo tanto, está dotada de considerable discreción, y de dos procedimientos bien definidos en su Estatuto y en su Reglamento, para recurrir a fuentes externas de conocimiento al tratar complejas controversias de carácter científico o técnico. Con todo, consideramos que respecto al presente caso, uno de los más intensos fácticamente que han sido presentados a la Corte para que resuelva, le habría correspondido a la Corte haber recurrido al menos a una de las fuentes de conocimiento externo que está facultada para consultar.

9. Es irrelevante si tal recopilación de conocimientos en el presente caso podría haber sido realizada a través del camino prescrito en el Artículo 62 del Reglamento (al llamar a las Partes a producir prueba) o en virtud del Artículo 67 del Reglamento y el Artículo 50 del Estatuto (al nombrar sus propios peritos); el punto que queremos hacer notar es simplemente que la Corte, al tratar una controversia con aspectos científicos o técnicos complejos (que se volverá cada vez más común en tanto el mundo se enfrentará con más desafíos medioambientales o de otra índole), debiera aprovechar las herramientas disponibles en su instrumento constitutivo para evaluar adecuadamente la prueba puesta ante ella. La flexibilidad de la redacción del Artículo 50 del Estatuto, por ejemplo, permite recurrir a él en cualquier momento del procedimiento, lo cual es especialmente notable, ya que significa que el procedimiento del Artículo 50 puede ser utilizado desde el comienzo de una controversia, durante las fases escritas u orales, o incluso después de que las partes han asignado peritos y la prueba es considerada insatisfactoria por la Corte.

10. No es exactamente como si la Corte no hubiera invocado nunca sus facultades previstas en esta disposición. En el caso *Corfu Channel ((Reino Unido v. Albania), Orden de 17 de diciembre de 1948, I.C.J. Reports 1947-1948, pp. 124 y ss.)* ejerciendo sus facultades del Artículo 50 del Estatuto, la Corte ordenó a tres peritos navales evaluar la visibilidad de la costa albanesa para sustanciar la reclamación del Reino Unido, basada en una consideración de hecho, de que Albania pudo haber visto varias operaciones de colocación de minas ocurridas en su costa. En *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/Estados Unidos de América), (Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 165)*, la Corte, frente a una petición conjunta de las Partes, y de nuevo usando sus facultades del Artículo 50 del Estatuto, asignó un perito "en materias técnicas y en preparar la descripción de la frontera marítima y los gráficos . . ." (*ibid.*, p. 166). Ese informe de peritos fue anexo a

la posterior Sentencia de la Corte sobre esa controversia (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/Estados Unidos de América)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1984, pp. 347 y ss.).

11. Esta confianza en los peritos es del todo inevitable en casos relativos a hechos científicos y tecnológicos altamente complejos; estamos extremadamente lejos del caso *Canal de Corfú* en el año 2010, al evaluar como lo hacemos la separación de nonilfenolthoxylates, la cadena causal del fósforo y la contaminación dioxinas/furanos en un ecosistema de un río y el posible peligro de los bajos niveles de oxígeno disuelto. Como sugiere Shabtai Rosenne, la evolución tecnológica ha traído a la superficie la tensión que inevitablemente existe entre la concepción legal de "hecho" y de prueba por una parte, y la concepción de hechos en las ciencias, por la otra (Rosenne, "Fact-Finding", *op. cit.*, p. 238).

12. Sin embargo, la Corte tiene una desafortunada historia, cuando se enfrenta con prueba científica y técnica sofisticada que apoya las reclamaciones legales hechas por los Estados, de persistir en resolver estos temas puramente mediante la aplicación de sus técnicas legales tradicionales; y ha sido objeto de considerable crítica en este respecto, particularmente en muy recientes comentarios sobre sus métodos de trabajo (cf., por ejemplo, Rosenne, "Fact-Finding", *op. cit.*, pp. 239-242; Riddell and Plant, *op. cit.*, pp. 337-339; M. Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, 2010, p. 472). Brevemente, en un caso científico como la presente controversia, los conocimientos para tomar decisiones legales necesariamente emanan de peritos consultados por la Corte, aun cuando le corresponde a la Corte exclusivamente el ejercicio de funciones judiciales, tales como la interpretación de términos legales, la categorización legal de cuestiones fácticas y la evaluación de la carga probatoria.

13. Aparte de las críticas académicas, mientras la Corte persista en resolver controversias científicas técnicas sin recurrir a conocimientos externos dentro de un marco institucional apropiado como el que ofrece el Artículo 50 del Estatuto, se priva deliberadamente de la capacidad de considerar a cabalidad los hechos presentados y pierde las numerosas ventajas de un recurso como ese: la interacción con peritos en su calidad de tales y no como letrados (ver par. 6, *supra*); la ventaja de dar a las partes una voz para establecer la manera en que dichos peritos debieran haber sido utilizados, una oportunidad para las partes de revisar la elección de peritos de la Corte (y para que materias los peritos fueren necesarios); y la oportunidad para que las partes comenten sobre cualquier conclusión de los peritos que surja de ese proceso. También le daría a la Corte la oportunidad de combinar el rigor de la comunidad científica con los requerimientos de la sala de justicia – una combinación indispensable para la aplicación de las normas internacionales de protección del medioambiente y para otras controversias relativas a prueba científica (Rosenne, "Fact-Finding", *op. cit.*, p. 245).

14. No sería suficiente si la Corte, en controversias con un componente científico complejo, continuara recurriendo a "expertos" internos, como parece haber ocurrido en el caso, *inter alia*, en ciertos casos de delimitación marítima o de fronteras: nada menos que Sir Robert Jennings, un ex presidente de la Corte, ha señalado que "la Corte frecuentemente ha empleado cartógrafos, hidrógrafos, geógrafos, lingüistas e incluso peritos jurídicos especializados para asistir en el entendimiento de algún tema en un caso presentado a ella; y no ha sentido la necesidad de hacer este conocimiento público ni de informar a las partes" (Sir R. Y. Jennings, "International Lawyers and the Progressive Development of International Law", in J. Mazarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, 1996, p. 416). El Secretario de la Corte, Philippe Couvreur, ha definido el rol de los peritos contratados por la Corte únicamente para consulta interna como el de miembros

temporales del equipo de la Secretaría, encomendados con la labor de entregar opiniones científicas internas bajo la promesa de confidencialidad demandada del equipo a tiempo completo de la Secretaría. Como lo explica, sus conclusiones nunca se harían públicas (Ph. Couvreur, "Le règlement juridictionnel", in SFDI (ed.), *Le processus de délimitation maritime : Étude d'un cas fictif : Colloque international de Monaco du 27 au 29 mars 2003*, 2004, p. 349, p. 384). Mientras que la consulta de peritos "invisibles" sería perdonable si su aporte se relaciona con los márgenes científicos de un caso, la situación es bien diferente en controversias científicas complejas, como el presente caso. Bajo circunstancias como las del presente caso, adoptar tal práctica podría privar a la Corte de las ventajas mencionadas anteriormente de transparencia, apertura, equidad procesal, y la capacidad de las Partes de comentar o asistir a la Corte en el entendimiento de la prueba presentada. Estas son preocupaciones basadas no solamente en principios abstractos, sino que en la buena administración de justicia (C. Tams, "Article 50", in A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2006, p. 1109, p. 1118). Transparencia y equidad procesal son importantes porque requieren que la Corte asuma su deber de facilitar la producción de prueba y de alcanzar la mejor representación de los hechos esenciales en un caso, para resolver de la mejor manera una controversia.

15. Otros organismos internacionales han aceptado la realidad de los desafíos planteados por la incertidumbre científica en el proceso judicial: en *Iron Rhine Railway (Bélgica v. Holanda)*, *Laudo Arbitral*, 24 de mayo de 2005, el Tribunal recomendó que las partes establecieran un comité de peritos independientes dentro de 4 meses desde la fecha del laudo para determinar numerosos hechos, *inter alia*, los costos de reactivar el Iron Rhine Railway, los costos de desarrollos autónomos alternativos de Holanda y los beneficios cuantificables derivados a Holanda en razón de la reactivación (*ibid.*, par. 235). El Tribunal consideró más apropiado que los peritos "investigaran cuestiones de considerable complejidad científica en cuanto a que medidas serían suficientes para alcanzar los niveles requeridos de protección medioambiental" (*ibid.*). El enfoque híbrido del Tribunal de *Iron Rhine* para designar expertos es un ejemplo positivo que podría servir a la Corte; no vemos razón por la que no podría ser ubicado en el Artículo 50 del Estatuto. Más aún, en el Laudo del Tribunal Arbitral de 17 de septiembre de 2007 en *Matter of an Arbitration between Guyana and Suriname*, el Tribunal asignó un perito hidrográfico independiente y lo dirigió a específicos puntos de hecho que debía examinar (Procedural Order No. 6 of the Tribunal, 27 November 2006; Order No. 7 of the Tribunal, 12 March 2007). Las Partes tuvieron la oportunidad de comentar el informe del perito hidrográfico independiente antes de que fuera adoptado por el Tribunal (Order No. 8 of the Tribunal, 21 May 2007). Los hallazgos del perito hidrográfico independiente fueron considerados en adición a la evidencia pericial presentada por las Partes en sus alegatos, y el Laudo ha sido descrito como uno "basado en un sólido entendimiento y reconocimiento de los puntos técnicos relevantes de la disputa" (Riddell and Plant, *op. cit.*, p. 356).

16. Sin embargo, probablemente la Organización Mundial de Comercio es la que más ha contribuido al desarrollo de una mejor práctica de consulta a fuentes externas para mejor evaluar la prueba presentada; de hecho, fue ideado como una respuesta a las necesidades del proceso de solución de controversias en casos que involucraban cuestiones científicas complejas (Foster, *op. cit.*, Cap. III). Varios paneles de la OMC han oído a expertos de las partes, han recurrido a organizaciones internacionales especializadas o agencias de información, o han oído abiertamente las opiniones de peritos designados por el Panel (ver, e.g., *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Complaint by Canada*, WT/DS48/R/CAN, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), DSR 1998:II, p. 235; *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Complaint by the United States*, WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), DSR 1998:III, p. 699; *European*

Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (2006) (en adelante, “EC-Biotech”); *Canada — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, WT/DS321/R, WT/DS321/AB/R (2008); *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute*, WT/DS320/R, WT/DS320/AB/R (2008)). La consulta de peritos científicos designados por paneles de la OMC puede tener lugar incluso cuando las partes no lo han solicitado (como en *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, WT/DS58/AB/R (1998), DSR 1998:VII, p. 2821 (en adelante “US-Shrimp”), e incluso si las partes han acordado que dicha consulta externa es innecesaria (como ocurrió en *EC-Biotech*, Panel Report 7.16). Entre tres y seis peritos son usualmente designados en un proceso de consulta de dos etapas, que comprende tanto etapas escritas como orales. Durante esta última fase, las partes son invitadas durante una “Reunión Conjunta” a comentar sobre los informes de peritos como también de los comentarios de la otra parte (este procedimiento fue primero usado en el caso de la OMC *US-Shrimp*). La segunda fase, oral, es particularmente interesante por la oportunidad que ofrece al panel y a las partes para la explicación de los conceptos, métodos y principios que subyacen en los argumentos científicos, de manera que mejoren su entendimiento general de la ciencia en juego en un caso determinado. Lamentablemente, aquí no se ha seguido el mismo curso de acción.

17. La presente controversia se ha convertido en una oportunidad desperdiciada por la Corte, dentro de su “discrecionalidad sin trabas” para hacerlo (Rosenne, *Law and Practice, op. cit.*, p. 1333), para aprovechar los procedimientos del Artículo 50 de su Estatuto y el Artículo 60 del Reglamento, y establecerse como una corte cuidadosa y sistemática que puede ser confiada con pruebas científicas complejas, en la que el derecho (o su incumplimiento) de una parte puede ser establecido. Más aún, la decisión de no emplear el procedimiento disponible en el Artículo 50 del Estatuto ha significado que la prueba no ha sido tratada de manera convincente para establecer la veracidad o falsedad de las reclamaciones de las Partes. Ciertamente, a los peritos se les harán preguntas de interpretación legal a través de su participación en la aplicación de términos jurídicos. Las conclusiones de peritos científicos pueden ser indispensables al extraer la esencia de conceptos tales como “significación” del daño, “suficiencia”, “umbral razonable” o “necesidad” en cada caso. Por esta razón, en un caso con evidencia científica compleja y donde subsiste un alto grado de incertidumbre científica incluso en las presentaciones de las partes, sería imperativo que la consulta a un perito, en forma pública y con participación de las Partes, tuviera lugar. Por tanto, disentimos con rudeza disentimos de lo que de otra manera es una Sentencia sólida.

II. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA ABORDAR UNA CONTROVERSIA MEDIOAMBIENTAL CON MIRAS AL FUTURO

18. Para pasar de la cuestión del fracaso de la Corte al evaluar la prueba científica *lege artis* a una materia muy relacionada: La Corte ha concluido que, si bien no tiene jurisdicción para resolver controversias relativas a la interpretación o aplicación del Estatuto de 1975 en virtud del Artículo 60, no “puede sostener la interpretación del Artículo 9 [presentada por Argentina] de acuerdo a la cual cualquier construcción está prohibida hasta que la Corte haya decidido de conformidad a los Artículos 12 y 60” (Sentencia, párrafo 154). Ha rechazado la hipótesis de que el Artículo 12 pueda contener tal “obligación de no construir” (*ibid.*) y también ha determinado que las Partes del Estatuto tienen derecho a implementar el proyecto una vez que la obligación de negociar de esa Parte ha terminado (*ibid.*, párrafo 155).

19. El Estatuto de 1975 contempla un doble rol de la Corte. El Artículo 60 del Estatuto dispone el rol tradicional de la Corte, es decir interpretar y aplicar derechos y obligaciones del Estatuto de 1975. Es un rol amplio, pero permanece confinado a la función judicial generalmente ejercida por la Corte cuando se enfrenta a una controversia que ha sido traído ante ella bajo una cláusula compromisoria. Típicamente consiste en una evaluación retrospectiva del caso en cuestión y es orientada a la perspectiva de identificar daño al ecosistema del río que esté ocurriendo actualmente o sea inminente. Esto refleja el enfoque tradicional a la solución legal de controversias internacionales como identificación de violaciones de obligaciones de una de las Partes y la reacción a tales infracciones en la forma de fijar una compensación adecuada o proporcionar remedios, por excelencia, retrospectivos.

20. Por el contrario, el Artículo 12 concibe un rol diferente de la Corte: Dispone que, si las Partes no logran llegar a un acuerdo sobre si un proyecto de operación "pueda producir perjuicio sensible a la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas" (Artículo 11), "se observará el procedimiento previsto en el Capítulo XV" (Artículo 12), esto es, la materia debe ser remitida a la Corte. Mientras esto parece presentar un mero camino que lleve a la aplicación del Artículo 60, diríamos que el procedimiento especial del Artículo 12 difiere del contenido en el Artículo 60 en cuanto modifica la función de la Corte, transformándola en el sentenciador primario sobre cuestiones científicas y técnicas cuando las Partes no llegan a acuerdo.

21. En nuestra opinión, en la esencia del Artículo 12, la Corte no está relegada a la función de sentenciar *ex post facto* si una infracción ha ocurrido y que remedios constituyen una reparación apropiada por la supuesta infracción, sino que en vez de ello, es cooptada por las Partes a asistirles desde una temprana etapa en el proceso de planificación. La perspectiva del Artículo 12 es decisivamente progresista, ya que en razón de él, la Corte debe entrar en juego *antes* de que un proyecto sea realizado, cuando exista desacuerdo sobre si existen potenciales efectos dañinos al medioambiente. Dejando a un lado la cuestión sobre si estas da pie a una "obligación de no construir" mientras esté pendiente la decisión de la Corte, el verdadero objetivo de la intervención de la Corte en razón del Artículo 12 es el de obtener su interpretación autorizada de que significa "perjuicio sensible" respecto a un proyecto específico y a sus específicos riesgos y repercusiones en el ambiente del Río Uruguay. Sobre la base de este aporte, las Partes pueden evaluar dentro del marco de su administración común del ecosistema del río, si el proyecto debe realizarse y en qué medida. Como se ha descrito arriba, las implicancias del rol descrito van mucho más allá del tema de si una llamada "obligación de no construir" está en el Artículo 12, a extender la manera en la que la Corte fija su procedimiento y maneja la prueba.

22. Para la Corte, a diferencia de la descarga estándar de sus responsabilidades en virtud del artículo 60, el procedimiento del Artículo 12 implica que tenga que tomar una visión y enfoque progresistas, participar en una evaluación de riesgo exhaustiva y adoptar una lógica preventiva antes que compensatoria al determinar los riesgos que puedan involucrar. Esta lógica conlleva una fuerza particular en el campo del derecho medioambiental. Como la misma Corte ha declarado en otro lugar, "en el campo de la protección ambiental, la vigilancia y prevención son requeridas por el frecuente carácter irreversible del daño al ambiente y por las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daño" (*Gabčíkovo-Nagyamaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 78, para. 140*).

23. Los puntos señalados antes relativos a la prueba pericial científica se aplican incluso más fuertemente en consideración a una perspectiva preventiva. Dada la multiplicidad de factores involucrados, los largos períodos de tiempo y la acumulación de efectos a ser tomados en cuenta, las

intrincadas cuestiones de causalidad e interdependencia a ser consideradas, forman todas ellas una compleja matriz de cuestiones fácticas que solo pueden ser transformadas en una sólida base probatoria para el razonamiento y decisión de la Corte, si, y sólo si, la Corte hace uso de aportes periciales técnicos y científicos externos, combinados con las necesarias garantías procedimentales. Esto se acentúa si existe una situación en que la comunidad científica está dividida y la cuestión que surge es el principio precautorio debiera entrar y en qué medida.

24. El Artículo 12 es el asiento natural de estas consideraciones y preocupaciones en el Estatuto de 1975. Es así, dado el momento de su adopción, una característica verdaderamente notable del Estatuto y refleja su naturaleza innovadora y progresiva. En su rechazo de la filosofía del *hecho consumado*, ofrece un gran ejemplo de cómo atrincherar el razonamiento progresista y preventivo a nivel institucional en la evaluación de riesgos del proceso de autorización. En particular, la evaluación preventiva de riesgos es necesaria en el crucial y cada vez más importante campo de la protección medioambiental. Reconociendo el frecuente "carácter irreversible del daño al ambiente (ver par. 22) es un paso de gran importancia que tomar. Más allá de esto, la Corte debe mantenerse atenta, al enfrentarse a desafíos de riesgo de contaminación medioambiental y de peligro de ecosistemas, de las debilidades y defectos inherentes del proceso judicial retrospectivo tradicional y su lógica compensatoria. El Artículo 12 del Estatuto de 1975 trasciende claramente este estrecho marco. Con todo, la mayoría parece haber asumido casi unánimemente que la Corte está actuando en razón del Artículo 60 del Estatuto de 1975 y ha decidido sobre esa base.

25. Sin embargo, el rol de la Corte, incluso bajo el Artículo 60, como es ampliamente evidenciado por la Sentencia, ha sido *de facto* el de una corte "especializada" o "experta", ejerciendo las funciones esperadas de ella en una controversia referida a ella por el Artículo 12. Es por tanto incluso más lamentable que la Corte no haya comprendido las implicancias de su función forjada por el Artículo 12. Nuestra convicción es que, con el Artículo 12 a la mano, dispuesto en el Estatuto de 1975, la Corte pudo y debió haber razonado de manera diferente, de manera más sensible a los aspectos futuros y preventivos que el Estatuto asocia al rol de la Corte. En contra de este antecedente, la Corte no tendría que limitar su propio rol a simplemente evaluar *ex post facto* los daños ocurridos, sino que podría haber mirado, de manera más exhaustiva, los riesgos involucrados y la importancia de las obligaciones procedimentales que las Partes han acordado precisamente para minimizar dicho riesgo. Al hacer eso, podrían haber adoptado también un enfoque más flexible del rol que la prueba pericial puede haber jugado en la resolución de esta controversia.

III. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA CLARIFICAR LA INTERRELACION ENTRE OBLIGACIONES PROCEDIMENTALES Y SUSTANTIVAS

26. Una observación final: en asuntos relacionados al aprovechamiento de recursos naturales compartidos y a la posibilidad de daño transfronterizo, la característica más notable que uno observa es la extrema elasticidad y generalidad de los principios sustantivos involucrados. La soberanía permanente sobre recursos naturales, el aprovechamiento racional y equitativo de dichos recursos, el deber de no causar daño apreciable o significativo, el principio del desarrollo sustentable, etc., reflejan esta generalidad. El problema se complica aún más por el hecho de que estos principios frecuentemente, cuando hay una controversia, son puestos en tensión entre ellos. Claramente en tales situaciones, el respeto por las obligaciones procedimentales adquiere considerable importancia y pasa al frente como el indicador esencial sobre si, en un caso concreto, las obligaciones procedimentales fueron infringidas o

no. Así, la conclusión de que el incumplimiento de las obligaciones procedimentales pertinentes efectivamente no ha tenido efecto sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas es una proposición que no puede ser fácilmente aceptada. Por ejemplo, habiendo cumplimiento de los pasos establecidos en los Artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975, esto podría llevar a la elección de un lugar más adecuado para las plantas de celulosa. A la inversa, en ausencia de tal cumplimiento, la situación que se obtuvo obviamente no fue distinta de un hecho consumado.

27. La Corte reconoce un vínculo funcional entre obligaciones procedimentales y sustantivas establecido por el Estatuto de 1975 (ver Sentencia, párrafo 79). Sin embargo, la Corte no le da una verdadera importancia a esta interdependencia, tanto al evaluar si una infracción del Artículo 41 del Estatuto de 1974 ha ocurrido como al determinar los remedios apropiados por la infracción de los Artículos 7 a 12. De acuerdo con la Corte, en cuanto el cumplimiento de obligaciones sustantivas ha sido asegurado (o al menos no se ha probado su falta), la infracción de obligaciones procedimentales no importaría mucho y por tanto una declaración en tal sentido constituye satisfacción suficiente; esta no es la manera apropiada de prestar la debida atención a la interrelación entre procedimiento y sustancia.

28. En conclusión, lamentamos que la Corte en el presente caso haya perdido lo que acertadamente puede llamarse una oportunidad de oro para demostrar a la comunidad científica su capacidad y preparación para abordar controversias científicamente complejas de forma vanguardista.

(Firmado) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(Firmado) Bruno SIMMA.
