

## UN FALLO POSTMODERNO

(Laudo de 06/09/06 del TAH del MERCOSUR)\*

Z

Zlata Drnas de Clément\*\*

**SUMARIO:** Introducción. I. Competencia del Tribunal. II. Técnica analítica post-racionalista. A) Descontextualización de institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico jurídico propio de esos institutos. B) Imbricación de los sentimientos del Tribunal con la ponderación de los hechos. C) Asignación de peso jurídico a creencias intersubjetivas aun cuando respondan a error o desconocimiento de derecho. D) Reconocimiento de la complejidad de la situación a través de la multiactorialidad. Conclusiones.

### Introducción

El laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de MERCOSUR (TAHM) constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay contra la República Argentina<sup>1</sup> sobre “*Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay*”, de fecha 6 de septiembre de 2006, se manifiesta como un fallo postmoderno, adecuado a la errática relación entre ambos países vecinos en materia de la controversia por la instalación de celulósicas sobre el río Uruguay<sup>2</sup>, como también conforme a la orientación política de los dos Gobiernos, que se reconocen progresistas. Esa adecuación ha sido percibida así por los contendientes, a tal punto, que los principales diarios argentinos y uruguayos, al día siguiente de la comunicación del laudo, ponderaron el pronunciamiento positivamente, considerándose ambos Estados total o parcialmente victoriosos en la contienda.

---

\*Trabajo publicado en *DeCITA*, Vol. 7, Ed. Boiteaux/Zavalía, Brasil-Argentina, 2007.

\*\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba y de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Integrado por Luis Martí Mingarro (Presidente), José María Gamio (Uruguay) y Enrique Carlos Barreira (Argentina). Debe tenerse presente que el primer árbitro designado por Argentina (luego renunciante), Héctor Masnatta, objetó la designación de Luis Martí Mingarro como Presidente por ser de la nacionalidad de una de las empresas involucradas en la divergencia (ENCE). No hacemos referencia a otras cuestiones incidentales suscitadas durante el procedimiento arbitral por no considerarlas sustanciales con relación al fondo de la controversia.

<sup>2</sup> V. nuestros trabajos: “El Diferendo de las celulósicas de Fray Bentos a la luz del Derecho internacional”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 6, pp. 10-53; *La Agenda argentino-uruguayana a la luz de la Ordenanza de la CIJ de 13 de junio de 2006* ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)); “La cuestión de los cortes de rutas entrerrianos como respuesta a la instalación de las pasteras en Fray Bentos debe ser dirimida ante la CIJ”, en *Revista Electrónica del Centro de Estudios Avanzados*, Universidad Nacional de Córdoba, 2006-1 ([www.cea.unc.edu.ar](http://www.cea.unc.edu.ar)) ([www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)); “Cuestiones de hecho y de derecho en la controversia por las celulósicas del río Uruguay”, en *Revista Agenda Internacional*, publicación del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

Por ejemplo, el *Diario la Nación* de Argentina de 7 de septiembre de 2006, entre sus titulares, resaltó: “*El conflicto con Uruguay: fallo salomónico de un tribunal regional. Papeleras: critican los cortes pero no sancionan al país*”<sup>3</sup>. Al mismo tiempo,

---

<sup>3</sup> Es de observar que la afirmación de que Argentina no ha sido “sancionada” es errónea, en tanto, “sancionar” no sólo implica “castigar”, también significa pronunciar el derecho de las Partes, lo que el Tribunal ha hecho al acoger parcialmente la reclamación uruguaya y declarar que “la ausencia de las diligencias debidas” por parte de Argentina para “prevenir, ordenar o en su caso corregir los cortes de las rutas” que unen Argentina con Uruguay “no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios”. Bien es sabido que el derecho de los procesos de integración es un derecho *sui generis*, distinto del derecho internacional y del derecho interno. Los Tribunales *Ad Hoc* del MERCOSUR en sus laudos precedentes, se han limitado en caso de violaciones al derecho del MERCOSUR, a disponer, por ejemplo, \*que “el régimen (...) objeto de la controversia deberá ajustarse (...)” (Laudo I); \*que “la resolución (...) y los actos administrativos que en su consecuencia fueron implementados, no son compatibles con (...) la normativa MERCOSUR en vigor y por lo tanto deberán ser revocados” (Laudo III); \*que se declara que “la resolución (...) es violatoria de la normativa MERCOSUR” (Laudo V); \*que “la portaria N° (...) es incompatible con la normativa MERCOSUR” y, consecuentemente, el país infractor deberá “adaptar su legislación interna” (Laudo VI); \*que se declara que “existe una situación de incumplimiento (...) a la obligación impuesta” y se ordena “la incorporación al ordenamiento jurídico interno de (...)” (Laudo VII); \*que el Tribunal decidió el cese de los efectos discriminatorios en el plazo de (...) (Laudo VIII); \*que el Estado infractor “proceda a eliminar la bonificación establecida en la Ley (...)” (Laudo IX), etc. Por su parte, el laudo bajo consideración (de 6 de septiembre de 2006), en los Numerales 188 y 189 (Conclusiones) hace presente: “*El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio más que a la imposición de una segunda barrera al comercio por vía de retorsiones. De tal manera, la obligación de reparar debe ser interpretada en un sentido prospectivo, procurando remover los obstáculos y las dificultades y superar los fracasos ocasionales, como es el presente, limitando el daño hacia el futuro. Por eso sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial*” (Numeral 188). “*La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita*” (Numeral 189). De modo similar, si bien bajo un sistema de acciones y procedimientos mucho más complejo que el del MERCOSUR, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que declaran un incumplimiento, obligan al Estado infractor a adoptar las medidas necesarias para restaurar a la mayor brevedad la legalidad comunitaria, no correspondiendo al Tribunal prescribir las medidas oportunas. El miembro que no cumple con el dictamen del Tribunal puede dar lugar a un nuevo procedimiento por incumplimiento. Más aún, en el sistema europeo, a partir del Asunto *Comisión v. Italia, 13 de julio de 1972 (48/71)*, primer proceso de “incumplimiento sobre incumplimiento”, el órgano pertinente de la Comunidad (Comisión) puede interponer recurso ante el Tribunal indicando el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a monto alzado o la multa coercitiva a pagar por el incumplidor (V. R. ALONSO GARCIA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*, 3ra. Edición, Navarra, Thomson Civitas, Aranzadi, 2006, pp. 49-50); F. M. MARIÑO / V. MORENO CATENA / C. MOREIRO, *Derecho Procesal Comunitario*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 115 y ss.). Además, en todos los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del MERCOSUR (a excepción del Laudo IX), cada Parte se ha hecho cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por ella nombrada; la compensación del Presidente y demás gastos del Tribunal se ha dispuesto sean abonados por montos iguales por las Partes. Todo ello de conformidad al Art. 36 del *Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Es de observar que el sistema de este Protocolo contempla, en su Art. 31, la posibilidad de aplicación de medidas compensatorias para obtener el cumplimiento de un laudo.

el *Diario La República* de Uruguay tituló la noticia: “*Argentina violó el Tratado de Asunción que garantiza la libre circulación. El Tribunal del MERCOSUR dio la razón a Uruguay*”.

Tal como lo señala el Numeral 17 del laudo “(e)l fundamento de la reclamación de la República Oriental del Uruguay lo constituyen los *cortes*, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican (Argentina) con Uruguay, dispuestos por movimientos ambientalistas argentinos *en protesta* por la construcción de plantas de celulosa sobre el río Uruguay, limítrofe entre ambos países” (el resaltado nos pertenece).

El país oriental, en el *petitum* de su presentación, solicitó al Tribunal que decida:

“a)- que Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, artículos 1, 2 y 10 par.2 del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios<sup>4</sup> así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia<sup>5</sup>; y

b)-que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación, debe adoptar las medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar tales impedimentos y garantizar la libre circulación con Uruguay (Numeral 33 del laudo)”.

Uruguay, en su reclamación, *i.a.*, hizo presente también, que:

“(…) en materia de libre circulación de personas, los cortes de ruta han desconocido compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a Derechos Humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas” (Numeral 27 del laudo)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> El Art. 1 del Tratado de Asunción (TA) establece que el mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países a través de la eliminación, entre otras, de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente. El Art. 5 del TA enuncia los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común, si bien, ninguno de ellos impone de modo explícito la libre circulación. El Anexo I del TA se ocupa del Programa de Liberación Comercial, refiriéndose los artículos invocados por Uruguay a la eliminación de gravámenes y restricciones al comercio recíproco. El Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios del MERCOSUR en su Art. II, define al comercio de servicios; conceptualiza qué debe entenderse por “medida de Estado Parte”, punto en el que destaca el compromiso de cada Estado Parte de tomar las medidas necesarias que estén a su alcance para lograr la observancia del Protocolo por los gobiernos y autoridades estatales, provinciales, departamentales, municipales o locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio. El referido artículo, también, determina el ámbito material de aplicación del instrumento (prestación de servicio, compra, pago o utilización del un servicio, acceso a servicios y su utilización, presencia comercial de personas de un Estado Parte en el territorio de otro para la prestación del servicio). En su Art. III establece la aplicación entre los Estados Partes de la cláusula del “trato de la nación más favorecida”. En su Art. IV, dispone el acceso a los mercados en el marco de la cláusula de trato de la nación más favorecida y, en particular contempla, *i.a.* el movimiento transfronterizo de capitales, la no limitación del número de prestadores de servicios, del valor total de activos o transacciones, del número de operaciones, etc.

<sup>5</sup> V. *infra*, sobre el valor asignado por los Tribunales del MERCOSUR a esta fuente normativa.

<sup>6</sup> Llama la atención esta reclamación de Uruguay, tratándose de materia ajena la competencia del Tribunal. V. *infra*.

Argentina rechazó el reclamo uruguayo arguyendo que carecía de objeto en virtud de que, a la fecha de la demanda, los cortes de ruta habían cesado, situación que se mantenía durante la sustanciación del caso (Numeral 36 del laudo); que Uruguay no sufrió perjuicios desde el punto de vista comercial ni turístico” (Numeral 41 del laudo); que los cortes eran anunciados y existían vías alternativas de comunicación (Numeral 42 del laudo); que Argentina no alentó los cortes pero comprendió las manifestaciones, entendiéndolas como ejercicio de un legítimo derecho humano de expresión de pensamiento y reunión, de jerarquía constitucional en el derecho interno, superior al derecho de libre circulación (Numerales 41 y 42 del laudo)<sup>7</sup>; que la libre circulación de personas no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR (Numeral 49 del laudo).

El Tribunal decidió el 6 de septiembre de 2006:

- 1) *Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.*
- 2) *Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.*
- 3) *Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal “Ad Hoc” adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada.*

Afirmamos que el laudo del TAHM de 6 de septiembre de 2006 –que ha sorprendido y desconcertado a más de un doctrinario de derecho internacional y derecho de la integración- es un “laudo postmoderno”, ya que:

- \*-Declara la competencia del Tribunal para pronunciarse en el asunto, aún cuando el propio Tribunal reconoce que la cuestión excede la materia de su competencia (I).
- \*-Emplea en el análisis de los hechos y el derecho una técnica postracionalista en la que: \*descontextualiza institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico jurídico propio de esos institutos; \*imbrica los sentimientos del Tribunal con la ponderación de los hechos, \*asigna peso jurídico a creencias intersubjetivas que responden al error de derecho; \*reconoce la complejidad de la situación dada la multiactorialidad; \*deja de lado las argumentaciones propias de la analítica jurídica; \*muestra poco apego al derecho formal del MERCOSUR y al derecho internacional (II).

Pasamos a considerar brevemente cada una de estas afirmaciones.

---

<sup>7</sup> De modo similar a lo observado en nota anterior, sorprende que Argentina haya pretendido fundar su defensa en base al derecho interno y al respeto a los derechos humanos. Sólo resultaría entendible (en el marco de la situación) si se hubieran invocado circunstancias internas incontenibles u obligación internacional imperativa de derechos humanos como causal de eximición de ilicitud. V. *infra*.

## I.-Competencia del Tribunal

Llama la atención que el Tribunal se haya declarado competente para entender en la demanda presentada por Uruguay, cuando el país oriental ha señalado, tal como lo destacáramos precedentemente, que “(e)l *fundamento de la reclamación* de la República Oriental del Uruguay lo constituyen los *cortes*, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican con Uruguay, dispuestos por movimientos ambientalistas argentinos *en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el río Uruguay*, límite entre ambos países” (Numeral 17 del laudo) (El resaltado nos pertenece) y, el propio Tribunal hace presente que “(EL) *CONFLICTO RECONOCE UNA NORMATIVA QUE REVISTE CARÁCTER BILATERAL CUYO OBJETO EXCEDE A LA MATERIA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA PROPIAMENTE DICHA*, razón por la cual se ventila ante otra jurisdicción” (Numeral 161 del laudo). Si los cortes se produjeron *en respuesta* a una situación que excede la materia integración, no correspondía que el Tribunal se declare competente, aislando una “respuesta” (decisión) de su causal desencadenante.

Ello, más aún, si se tiene en cuenta que los cortes, al igual que la tolerancia del Gobierno argentino frente a ellos, no se ha dado en el marco de relación comercial alguna entre los dos países. El propio Tribunal ha reconocido que *LA OMISIÓN DEL GOBIERNO ARGENTINO DE IMPEDIR LOS CORTES DE RUTA Y PUENTES NO HA TENIDO POR OBJETO IMPEDIR LA LIBRE CIRCULACIÓN*<sup>8</sup>:

*“No surge (...) que haya existido en las autoridades argentinas la intención de impedir la libre circulación y burlar el compromiso del Art. 1º del Tratado de Asunción (...)”* (Numeral 142 del laudo).

En trabajos anteriores hemos sostenido que *LOS CORTES / TOLERANCIA DEL GOBIERNO ARGENTINO FRENTE A LOS MISMOS HAN CONSTITUIDO UNA CONTRAMEDIDA ADOPTADA FUERA DEL MARCO DE LAS RELACIONES COMERCIALES Y DE INTEGRACIÓN DE LOS DOS PAÍSES*, habiéndose producido en respuesta a un ilícito previo, con el objeto de presionar al infractor (Uruguay) a ajustar su conducta a derecho, inducirlo a retomar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales conforme al Estatuto del Río Uruguay de 1975<sup>9</sup>.

Esta situación, que aun sin usar explícitamente el término “contramedida” está implícita en la percepción de la situación por parte del Tribunal y de la propia Parte Reclamante -como hemos podido observar en los numerales 17, 161, 142 del laudo, que ya refiriéramos-. Ello hace que, por esta causa, también, consideremos que el Tribunal debió haberse declarado incompetente para entender en el asunto<sup>10</sup>. Es al Tribunal de La

---

<sup>8</sup> No obsta a la validez de esta observación el hecho de que el Tribunal en el referido numeral haya usado la afirmación con otros fines argumentativos.

<sup>9</sup>V. *infra* “II-Técnica analítica postracionalista. A)-Descontextualización de institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico jurídico propio de esos institutos”.

<sup>10</sup> V. *infra* lo relativo a la admisibilidad de aplicación de contramedidas en un sistema de integración.

Haya quien debió entender –al resolver sobre el fondo- sobre la licitud o no de la circunstancia eximente de ilicitud que constituyeron los cortes / omisión del Gobierno de despejar las rutas y puentes<sup>11</sup>.

Atento a que se ha considerado al conflicto como una cuestión ambiental (si bien, a nuestro criterio se trata de un error de apreciación)<sup>12</sup>, en este orden de consideraciones, se debe tener presente que la relación comercio-ambiente contemplada en el sistema del MERCOSUR posee una dimensión diferente a la que se debate entre Argentina y Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia.

Tal como lo señaláramos en trabajos anteriores<sup>13</sup>, el MERCOSUR tiene un objetivo prioritariamente comercial: alcanzar la ampliación de las dimensiones de los mercados nacionales a través de la integración. Si bien el párrafo tercero de la parte preambular del *Tratado de Asunción (TA)*<sup>14</sup>, aclara que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el “más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles” y “la preservación del medioambiente”, las referencias al medio ambiente no son autónomas, sino dadas en el marco de las relaciones comerciales del proceso de integración.

El centramiento económico-comercial al que hacemos referencia se observa también en el artículo 1 del propio *Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias en el MERCOSUR (PO)*, el que expresamente dispone que las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del Protocolo pueden también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR, estableciendo que, a elección de la demandante, podrán someterse a uno u otro foro<sup>15</sup>. La libertad general de foro que seguidamente

---

<sup>11</sup> En tal sentido, es de observar, que el Gobierno de Uruguay, frente a la reconducción en noviembre de 2006 de los cortes de rutas por parte de los Asambleístas de Gualaguaychú, el 29 de ese mismo mes, acudió a la Corte Internacional de Justicia (y no al sistema del MERCOSUR), solicitando la indicación de medidas cautelares que requirieran a la Argentina, *ia.*, que adopte las medidas necesarias para prevenir o poner fin a los cortes de circulación entre los dos países.

<sup>12</sup> A nuestro entender, en lo esencial, el conflicto se centra en la cuestión relativa a los derechos “de” soberanía, de uso y aprovechamiento de recursos naturales compartidos entre Argentina y Uruguay y no de una diferencia en materia ambiental, más allá de que el uso unilateral del río (uso ilícito *per se*) pudiera o no tener efectos perjudiciales reales o potenciales para Argentina.

<sup>13</sup> V. Nota 2.

<sup>14</sup> El *Tratado de Asunción (TA)* en ninguno de sus veinticuatro artículos, ni en los Anexos hace referencia al medio ambiente. Tampoco lo hace el *Protocolo de Ouro Preto* en sus 53 artículos, limitándose a reconfirmar los objetivos del *TA*.

<sup>15</sup> Art. 1 del *PO*: “1. Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo. 2. Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del

enuncia es simplemente reflejo de la libertad general de las Partes para elegir las formas de solución de una controversia.

Este objetivo del MERCOSUR, ajeno al diferendo argentino uruguayo por las pasteras hace impertinente al sistema de solución de controversias del MERCOSUR para aportar a la pacificación. Manifestación de ello es la decisión de Uruguay de 29 de noviembre de 2006 de acudir ante la Corte Internacional de Justicia para pedir una medida cautelar con relación a la reconducción de cortes de rutas y puentes en Argentina, tal como ya lo señaláramos.

Es de resaltar, tal como ya lo hiciéramos, que el propio Protocolo dispone que, una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias, ninguna de las Partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto.

En consecuencia, de conformidad al *PO, SIENDO QUE LOS CORTES Y OMISIÓN DEL GOBIERNO ARGENTINO EN IMPEDIRLOS HAN SIDO EN RESPUESTA A UN PRESUNTO ILÍCITO URUGUAYO, QUE SE ESTÁ DIRIMIENDO EN LA HAYA, el Tribunal debió haber decidido que URUGUAY NO PODÍA ACUDIR A OTRO FORO RESPECTO DE LA MISMA CUESTIÓN.*

Más aún, deseamos resaltar que -a excepción de la propia “Decisión I” del Tribunal- sólo el numeral 161 hace referencia a su jurisdicción:

*“Dicho conflicto<sup>16</sup> reconoce una normativa que reviste carácter bilateral cuyo objeto excede a la materia de integración económica propiamente dicha, razón por la cual se ventila ante otra jurisdicción. El que tenemos entre manos, en cambio se refiere a la interrupción del tránsito por los puentes sobre el río Uruguay con las consecuente barrera de hecho a la libre circulación económica que compromete el cumplimiento de los objetivos asumidos en el ámbito del Tratado del MERCOSUR y, en segundo lugar, genera distorsiones en el comercio de Uruguay no solamente con Argentina sino también con otros países miembros y no miembros del MERCOSUR con los cuales dicho país comercia a través del tránsito terrestre por territorio aduanero argentino, razones ambas por las cuales la jurisdicción aplicable es la de este tribunal” (Numeral 161).*

Con similar criterio parcial, un eventual conflicto armado, también interrumpiría la libre circulación y en ese caso, esa presunta barrera sería de competencia de tribunales del MERCOSUR.

Es de tener en cuenta lo señalado por Stoffel Vallotton: “en casos de omisión o inactividad manifiesta de las autoridades públicas ante actuaciones de particulares que llegan a obstaculizar la libre circulación de mercaderías”, “las indudables connotaciones políticas de tales actuaciones dificultan la acción adecuada de las autoridades públicas y hacen delicada una respuesta tajante respecto a la atribución de la responsabilidad del Estado (...)”. La autora recuerda en nota de pie de página la respuesta del Presidente de

---

MERCOSUR, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro (...)”.

<sup>16</sup> No resulta claro a qué conflicto se refiere el Tribunal ya que, bajo el título II-I LA ACTITUD DE LOS VECINOS DE GUALEGUAYCHÚ, sólo se refiere a las protestas.

la Comisión Jenkins a la pregunta escrita n° 909/79 de M. Moreland de 20 de mayo de 1980 (*J.O.C.E. C. n° 156* de 25 de junio de 1980, p. 11). Este último había preguntado si las acciones sindicales, tales como los piquetes de huelga organizados en los muelles, que obstaculizaban los intercambios comerciales entre Estados Miembros podían constituir una limitación cuantitativa a la libre circulación de mercancías contraria al Tratado. La Comisión contestó: “(...) no constituyen como tales una restricción cuantitativa a los intercambios en el sentido del Art. 30 ... No obstante, la Comisión reconoce que acciones como las que se describen... sin ser contrarias al Art. 30 pueden, en ciertas condiciones, perturbar los intercambios en el interior de la Comunidad. Aún estimando que se trata de un tema que merece una reflexión profunda”. La autora agrega a modo de conclusión: “Mientras el Derecho comunitario no considere contrario a los Arts. 30 ó 34 la permisividad del Estado Miembro con respecto a ciertas actuaciones de particulares, éstos seguirán pudiendo restringir impunemente la libre circulación de mercancías”<sup>17</sup>.

## **II.-Técnica analítica postracionalista**

El Tribunal, al realizar el análisis de los hechos y el derecho aplicable, emplea una técnica postracionalista, ya que \*descontextualiza institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico legal propio de esos institutos; \*imbrica los sentimientos del Tribunal con la ponderación de los hechos, \*asigna peso jurídico a creencias intersubjetivas aun cuando respondan a error de derecho; \*reconoce la complejidad de la situación dada su “multiactoralidad”.

### ***A)-Descontextualización de institutos jurídicos, evitando emplear el lenguaje técnico jurídico propio de esos institutos***

Es de observar que, si bien, Uruguay señala que la base de su reclamación surge por los cortes, reconoce que los mismos: \*son en “*protesta por la construcción de las plantas de celulosa*” (Numeral 17 del laudo). El propio Tribunal en sus “Considerandos” observa que \*son en “*reacción ante la construcción*” de las pasteras (Numeral 85 del laudo); \*son consecuencia del “*hecho de que en la costa uruguaya no cesaran las construcciones*” (Numeral 157 del laudo), etc.

A pesar de esas manifestaciones del Estado Reclamante y del Tribunal, en el laudo, en ningún momento, se ha hecho referencia a “*CONTRAMEDIDAS*” U *OTRA CIRCUNSTANCIA EXCLUYENTE DE ILICITUD*, aspecto particularmente relevante, si se tiene en cuenta que el Tribunal también puso de manifiesto la justificabilidad de esos hechos al expresar “*su comprensión en cuanto al sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay*” (Numeral 173 del laudo, entre otros párrafos de significación equivalente).

---

<sup>17</sup> N. STTOFFEL VALLOTTON *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancía en la Comunidad Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 260-261 y 265.

Aun cuando Argentina no invocó expresamente una circunstancia eximente de la ilicitud del corte de las rutas de acceso a puentes internacionales entre Argentina y Uruguay, el comportamiento de los Asambleístas de Gualeguaychú (transformado en acto de Estado por no haber adoptado éstas las medidas eficaces disponibles para hacer cesar diligentemente los actos de particulares violatorios del derecho a la libre circulación), constituyó una “reacción”, una respuesta a ilícito anterior uruguayo.

Indirectamente, podría considerarse que la argumentación argentina de la prevalencia del derecho humano de expresión sobre el derecho a la libre circulación, por su condición de protesta, respuesta de los Asambleístas por la construcción de las pasteras sobre el Río Uruguay realizada en violación al Estatuto del Río Uruguay de 1975, reacción a un ilícito anterior, puede ser considerada invocación de una circunstancia eximente de ilicitud. Especialmente, esa intención se observa al usar Argentina argumentaciones tales como: “*comprendió (...) las manifestaciones llevadas a cabo por entender que constituyen el ejercicio de un legítimo derecho*” (un derecho humano lesionado, que es al mismo tiempo lesión a los derechos “de” soberanía argentinos sobre el río). Es de observar que la invocación de causas eximentes de ilicitud son parte del orden público internacional, sustentado en principios fundamentales de derecho internacional.

Además, indirectamente, Argentina arguyó otras circunstancias eximentes de ilicitud -según lo expresa el propio reclamo uruguayo- al destacar que el Presidente de Argentina había manifestado “que no puede pedir a los manifestantes lo que no le darán”, que su Ministro de Interior expresó “nada se les puede decir a los manifestantes” (Numeral 19 del laudo). A ello se agregan argumentos de la Parte argentina que señalan:

*“La Parte demandada ha procurado refutar el cargo según el cual habría incurrido en omisión, en el caso, en virtud de que en reiteradas oportunidades sus autoridades -tanto nacionales como provinciales- trataron de disuadir a los manifestantes respecto a los cortes de rutas. **Una acción más enérgica –agrega- no habría sido procedente sino a riesgo de violar Derechos Humanos en vigor cuando no, de provocar graves alteraciones del orden público**”* (Numeral 124 del laudo) (El resaltado nos pertenece).

*“La Parte Reclamada invoca la **imposibilidad** de adoptar, frente a los cortes de rutas, medidas más enérgicas que las de disuasión por cuanto ello importaría tanto como desconocer derechos humanos como los de libertad de expresión, de reunión y de manifestación (...)”* (Numeral 127 del laudo) (El resaltado nos pertenece).

Si bien Argentina, basó erróneamente esas limitaciones para la *represión* en la violación a los derechos humanos vigentes en su derecho interno, bien pudo haberlo hecho en base a limitaciones frente al derecho internacional de los derechos humanos, lo que debió haber llevado al Tribunal, también a no considerarse competente para entender en la cuestión. Es de observar que el Tribunal, a pesar de haber reconocido su sensibilidad frente a las violaciones de derechos humanos (Numeral 126); la posibilidad de apartarse de compromisos asumidos en acuerdos comerciales en caso de que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional (Numeral 133); de haber manifestado su conocimiento del cuestionamiento a su competencia jurisdiccional para entender en materia de derechos humanos (Numeral 125); decidió pronunciarse en materia de esos derechos. Así expresó:

*“La política de tolerancia del Gobierno de la Parte Reclamada en relación con los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay cuyas consecuencias son objeto de esta controversia, encontraría su explicación y significado, según lo expresa la Parte Reclamada en su escrito de respuesta, en los derechos humanos, especialmente los de expresión y reunión, amparados por la Constitución Argentina, la cual incorpora en su articulado diversos Tratados Internacionales que los consagran. No obstante, tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad (Numeral 178 del laudo).*

Las circunstancias eximentes de ilicitud (consentimiento, legítima defensa, contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, cumplimiento de normas imperativas) son oponibles a obligaciones emergentes de un tratado, de una norma consuetudinaria o cualquier otra fuente normativa. No anulan ni dan por terminada la obligación, sino que actúan como justificación del incumplimiento mientras subsista la razón que provocó su invocación<sup>18</sup>. Es de tener en cuenta que no se trata de circunstancias eximentes de responsabilidad sino de exclusión de ilicitud de un comportamiento u omisión. De haber admitido a la imposibilidad argentina de reprimir a los ciudadanos que protestaban legítimamente (por cualquier circunstancia eximente de ilicitud), el TAHM no debió decidir que “la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado (...) no es compatible con (...)”.

Retomando la consideración relativa a las “Contramedidas”, recordamos que el Proyecto sobre *Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional (2001), (Proyecto CDI-RHII 2001), con reconocido valor de norma consuetudinaria en la mayor parte de su contenido, establece en su Art. 22 que:

*“La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida (...)”<sup>19</sup>.*

Además, de conformidad al Art. 49 del mismo Proyecto, un Estado que se considere lesionado y adopte contramedidas<sup>20</sup>, debe cumplir con ciertas condiciones sustantivas y procedimentales: \*que las medidas sean proporcionales al perjuicio<sup>21</sup>; \*

---

<sup>18</sup> Anuario de la CDI 2001, p.170.

<sup>19</sup> (V. <http://www.un.org/law/ilc>).

<sup>20</sup> Debe tenerse presente que, a diferencia del sistema interno, el internacional es altamente descentralizado, por lo que la “intervención directa” del que ha sufrido la vulneración de un derecho fundamental (por ejemplo, violación de derechos de soberanos o de soberanía, como es el caso de la disposición unilateral de Uruguay sobre el río Uruguay-recurso natural compartido con Argentina, frecuentemente, es la única vía efectiva, para buscar en tiempo útil la restauración del derecho.

<sup>21</sup> La proporcionalidad debe considerarse teniendo en cuenta las pérdidas sufridas en el marco general del contexto del conflicto [posiciones de principio, marco de política general] (V. al respecto la sentencia arbitral en el *Asunto Servicios Aéreos (Estados Unidos c. Francia)*, UNRIIAA, Vol. XVIII, 1978, p. 418).

que sean transitorias<sup>22</sup>; \*que sean adoptadas de modo que permitan la reanudación del cumplimiento de las obligaciones interrumpidas contra el Estado al que atribuye un hecho ilícito que lo afecta<sup>23</sup>; \*que hayan sido adoptadas con el objeto de inducir al violador inicial a cumplir las obligaciones que le incumben y no con fines sancionatorios.

El Tribunal, sin hacer referencia a que estaba ponderando el cumplimiento de requisitos para la aplicación de una contramedida lícita, en los hechos, ha efectuado esa valoración, al expresar:

*\*- “Como hemos visto, el hecho de que en la costa uruguaya no cesaran las construcciones que la población de la costa argentina considera agresivas del medio ambiente y que ello no fuera impedido por el Gobierno uruguayo, motivó una actitud de protesta por parte de los vecinos de la ribera argentina que, con el tiempo derivaron en los cortes de ruta (...) y que motivaran la controversia que se ventila ahora en este tribunal. La amenaza de un daño que dicha población percibe como cierto e inminente y la inicial falta de atención que atribuían a de ambos gobiernos ante sus peticiones, hace comprensible que en forma organizada, dicha población adoptara actitudes ostensibles en aras de divulgar, a través de manifestaciones de alto impacto en los medios de comunicación masiva, los argumentos en defensa de sus legítimos derechos”* (Numeral 157 del laudo).

*\*- “No obstante, dichas manifestaciones fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, tal como hemos visto precedentemente. Ello implicó una restricción fáctica al intercambio comercial de Argentina y otros países que comercian con Uruguay a través del paso de mayor importancia entre ambos países”* (Numeral 158 del laudo)<sup>24</sup>.

---

V. asimismo, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria-Checoslovaquia)*, que expresó: “A juicio de la Corte, una importante consideración es que los efectos de una contramedida deben ser proporcionales al daño sufrido, habida cuenta de los derechos en común. En 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en relación con la navegación en el río Oder, declaró lo siguiente: ‘La comunidad de intereses en un río navegable constituye la base de un derecho común, cuyas características fundamentales son la igualdad perfecta de todos los Estados ribereños en el uso de todo el curso del río y la exclusión de todo privilegio preferencial de cualquier Estado ribereño con relación con los demás...’. La evolución moderna del derecho internacional ha fortalecido también este principio en relación con los usos no navegacionales de los cursos de agua internacionales (...). La Corte considera que Checoslovaquia (Eslovaquia), al asumir unilateralmente el control de un recurso compartido, privó así a Hungría de su derecho a una parte equitativa y razonable del río (...)”. ( *CIJ Reports* 1997, p. 7). Incluimos esta referencia, a pesar de que puede parecer no pertinente, porque permite captar el ilícito anterior uruguayo, base de la contramedida.

<sup>22</sup> Antes de que Argentina presentara el caso ante la Corte, fueron levantados los cortes. El 21 de marzo de 2006 levantaron los cortes los “Asambleístas de Gualeguaychú”; al día siguiente, lo hicieron los “Asambleístas de Colón”. El 14 y 15 de octubre de 2006 se retomaron los cortes entre las 14 hs. del primer día y las 17 del día siguiente.

<sup>23</sup> Es de observar que ilícito uruguayo (uso unilateral de un recurso natural compartido en violación a normas consuetudinarias y convencionales) no ha cesado a pesar del levantamiento de los cortes, ni muestra visos de intención de readecuación de su conducta a derecho.

<sup>24</sup> Debe tenerse en cuenta que, de modo incoherente con este numeral, con relación a posibles terceros Estados afectados (al mismo tiempo Partes en el MERCOSUR), el Tribunal por resolución de 8 de agosto

*“Los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera en la costa argentina no pueden, pese a ello, ser justificables en la medida en que, tal como lo expresaran los tribunales “ad hoc” del MERCOSUR en el Laudo VIII sobre la aplicación de impuesto IMESI a la comercialización de cigarrillos y en el Laudo IX sobre subvenciones a la Lana, en el derecho del MERCOSUR ante el presunto incumplimiento de los compromisos de uno de los Estados Partes no se justifica el incumplimiento de los compromisos por parte del otro”* (Numeral 159 del laudo)<sup>25</sup>.

Como se puede observar en los párrafos precedentes, el Tribunal “comprende” la respuesta de los Asambleístas, la considera “legítima” y la hubiese seguido considerando así de no ser que, a su criterio, resultó “desproporcionadamente extensa”. Cabe preguntarse con relación a qué juzga el Tribunal “desproporcionada” la respuesta. Indudablemente, con relación al ilícito previo uruguayo, cuestión que se dirime en la Corte Internacional de Justicia y que no debió haber entrado en las ponderaciones del Tribunal mercosureño.

Un diferendo producido en el marco de cualquier proceso de integración no admitiría la aplicación de contramedidas, por la propia naturaleza del sistema. Sin embargo, las contramedidas son aplicables en las relaciones interestatales de cooperación y coexistencia, en tanto constituyen una de las causales de exclusión de ilicitud más propias del derecho internacional, reconocidas en el *Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, aprobado en 2001, el que en su mayor parte codifica normas consuetudinarias largamente consolidadas y reconocidas por la comunidad internacional. Tal como lo viéramos precedentemente<sup>26</sup>, incluso en el sistema europeo (mucho más avanzado en el principio de mercado común y proceso integrador que el del MERCOSUR) se ha distinguido entre intereses comunitarios de otros intereses esenciales de un Estado (dignos de protección), los que deberían requerir un examen de más cuidado y respeto a la soberanía del Estado.

El Art. 50 del referido Proyecto (CDI-RHII-2001) dispone que las contramedidas no deben afectar:

- a) la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas, es decir, contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas;
- b) las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;
- c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;
- d) otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

---

de 2006 declaró que no procedía cursar invitación a Estados Miembros del MERCOSUR para que comparezcan en las presentes actuaciones a los efectos y en los términos del Art. 14 de las Reglas de Procedimiento, haciendo lugar al escrito argentino de 1 de agosto de 2006 que hacía saber al Tribunal que no entendía pertinente la participación de terceros Estados en un diferendo que consideraba estrictamente bilateral.

<sup>25</sup> Llama la atención esta referencia del Tribunal, ya que la violación del Estatuto del Río Uruguay de 1975, nada tiene que ver con el sistema MERCOSUR. Por otra parte, en ningún momento, Argentina invocó la *exceptio non adimpleti contractus*. Por el contrario, pretende hacer valer la obligación uruguaya de cumplirlo y no tiene interés en suspender o dar por terminado el acuerdo de 1975.

<sup>26</sup> V. *supra* texto correspondiente a la referencia de nota 17 del presente trabajo.

Probablemente, es en el contexto de estos requerimientos que el Gobierno argentino -aun sin invocar la aplicación de una contramedida como causal de exclusión de ilícito- ha manifestado considerar al derecho de expresión como derecho humano fundamental, en contraposición al derecho a la libertad de circulación de bienes y servicios, derecho “legalmente protegido pero que no reviste esa calidad de derecho humano” (Numeral 72).

El hecho de que el TAHM no hiciera el debido encuadre de hechos y derecho, es decir, reconociera a cortes de rutas como respuesta a ilícito anterior como contramedidas, le ha traído no pocas dificultades al Tribunal para mantener la coherencia de sus razonamientos, tal como veremos más adelante.

Indudablemente, las relaciones entre hechos y derecho son llevadas adelante de modo poco riguroso por parte del Tribunal, el que resuelve sobre su competencia y -tal como veremos más adelante- sobre el derecho de las partes sin afincarlo en los institutos construidos por el derecho internacional, como tampoco en los del “derecho de la integración”. Ello, a pesar de que el Reglamento del Protocolo de Olivos, en su Art. 40 1) dispone que los laudos “*deberán contener necesariamente los siguientes elementos: (...) VII G los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión del TAH*”. Reiteramos, en particular, lo ya observado con relación al punto 1 de la “Decisión” contenida en el laudo: el Tribunal no funda en hecho ni en derecho su competencia jurisdiccional, aspecto este último que considera en un solo Numeral<sup>27</sup>.

Con relación a la *DILIGENCIA DEBIDA*, merece observarse que el Tribunal sólo en dos numerales<sup>28</sup> cita al instituto de derecho internacional bajo esa denominación, prefiriendo referirse a “actuar razonable”, “medidas apropiadas”, “medidas adecuadas”, “conducta debida”, “conductas debidas”, “diligencias debidas”, etc. Esa tendencia a usar terminología no propia para referirse a un instituto jurídico, permite la descontextualización del “deber” de “diligencia debida” de la construcción clarificadora que la analítica jurídica le ha dado (incluyendo el momento inicial del deber, los requisitos para su efectivización, las modalidades de su cumplimiento, las consecuencias de su incumplimiento, etc.).

El laudo en el Numeral 153 expresa:

*“Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior (23<sup>29</sup>), y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la*

---

<sup>27</sup> V. *supra* en el Punto I Competencia, la referencia al Numeral 161 del laudo.

<sup>28</sup> Numerales 153 y 183.

<sup>29</sup> En este punto el laudo contiene citas bibliográficas que remiten a Verdross en una edición de su *Derecho Internacional Público* de 1969; a Oppenheim en edición de 1961 de su *Tratado de Derecho Internacional Público*; a Rousseau en su *Derecho Internacional Público* de 1960, etc. Todas obras “antiguas” cuya cita sorprendería, de no ser que se tenga en cuenta el escaso aprecio y apego que manifiestan los postmodernos a las construcciones del racionalismo jurídico.

*prevención de los hechos de esos individuos (24<sup>30</sup>) que es impuesta por el derecho internacional<sup>31</sup>, exigiendo determinados resultados (25) con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos, sin obligar a alcanzarlos de una específica manera o a través de un cierto órgano. En este sentido cabe puntualizar que cada Estado conserva su libertad para elegir los medios de ejecución que considere convenientes, de acuerdo con sus tradiciones y con los principios fundamentales de su organización política (26<sup>32</sup>)” (Numeral 153 del laudo) (El resaltado nos pertenece).*

Tal como lo señala el Tribunal, la “diligencia debida” no es un deber propio de los sistemas de integración, sino del derecho internacional, sin embargo, no reconoce la posibilidad de que el comportamiento argentino, que aparece como contrario a derecho constituya contramedida lícita, a la que el mismo derecho (internacional) que impone la diligencia debida, contempla como causal de exclusión de ilicitud. Además, el propio Tribunal arbitral en numerales anteriores del laudo reconoció que los cortes fueron en respuesta a hecho uruguayo anterior<sup>33</sup>.

Por otra parte, el Tribunal ha olvidado señalar desde qué momento ha incurrido el Estado argentino en omisión del deber de diligencia debida con relación al comportamiento de los vecinos de Gualeguaychú, atento a que en el Numeral 158 reconoció que las manifestaciones fueron legítimas en su comienzo pasando a deslegitimarse, sin precisar el punto de inflexión entre un estadio y el otro.

El Numeral 154 del laudo señala que:

*“El Tribunal más que juzgar si un Gobierno pudo haber tenido razones atendibles para considerar que actuaba razonablemente bien, debe considerar hasta que punto fue acertada la conducta efectivamente llevada a cabo en relación a todos los valores en juego<sup>34</sup>, entre los cuales no sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas, sino también las restricciones que la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR” (El resaltado nos pertenece).*

---

<sup>30</sup> La cita bibliográfica, a más de los ya citados Oppenheim y Rousseau, refiere al doctrinario uruguayo Jiménez de Aréchaga en una obra general de 1973 (*Manual de Derecho Internacional Público*). Es de observar que la cita corresponde a una etapa del desarrollo de la responsabilidad internacional en el ámbito de derecho internacional primitiva, anterior a la aprobación del primer proyecto parcial en el tópicos específicos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, lo que viene a corroborar la impresión-afirmación que hicieramos en nota anterior. Lo mismo sucede con la nota 25, en la que vuelve a citar a Verdross en edición de 1969. También llama la atención la referencia a “esos individuos”, redacción lingüísticamente objetable por cuanto en ese párrafo, ni en el anterior, hay referencia alguna a los vecinos de Gualeguaychú.

<sup>31</sup> V. *infra*, en este mismo punto, lo relativo a la percepción de los “principios y disposiciones del derecho internacional” como derecho aplicable por los Tribunales del MERCOSUR de conformidad al *PO*.

<sup>32</sup> El Tribunal en esta cita refiere la obra de Reuter *Introducción al Derecho de los Tratados*, de 1999, la que, al igual que las otras referencias a que hicieramos mención constituye un texto de estudio para alumnos de grado y, solo eventualmente, de referencia única para juristas formados.

<sup>33</sup> V. *supra*.

<sup>34</sup> Se habla de “valores”, de derechos y deberes de actores no estatales, pero no de derechos y deberes de las Partes (Estados), lo que es propio, entre los postmodernos, de los criticistas.

Según lo manifestado en este Numeral, da la impresión que, para el Tribunal, los únicos compromisos internacionales respetables son los asumidos en el ámbito del MERCOSUR, desdeñando la circunstancia -reconocida explícitamente por el propio Tribunal y ya señalada precedentemente- que la presunta violación argentina responde a una situación ajena al derecho mercosureño.

Además, entre las “razones atendibles” estaría el derecho del Estado lesionado por las construcciones en territorio uruguayo sobre el río Uruguay, a adoptar contramedidas lícitas, dimensión a la que el Tribunal no ha dado el valor jurídico adecuado, a pesar de haber reiterado en numerosos numerales su comprensión frente a la respuesta argentina. Si el Tribunal se hubiese referido a una “razón *jurídica* atendible”, distinta de la sociológica laxa, necesariamente, hubiese tenido que analizar las circunstancias eximentes de ilicitud.

El laudo continúa refiriéndose a la diligencia debida en el Numeral 175, el que expresa:

*“Sin perjuicio que la conducta de obstruir las vías de comunicación fue desplegada por particulares, la Parte Reclamada no deja por ello de ser responsable por hecho propio en la medida en que ha omitido su **deber de adoptar las medidas apropiadas para prevenir o corregir**<sup>35</sup> los actos de los particulares sometidos a su jurisdicción que causaren perjuicio a otro Estado Miembro del MERCOSUR en transgresión a las normas de su tratado constitutivo”* (Numeral 175 del laudo) (El resaltado nos pertenece).

Estas afirmaciones, no aparecen exactas a la luz del *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos Internacionalmente Ilícitos* de 2001 de la CDI, ya referido, el que, en su Art. 11 establece:

*“El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio”.*

En el Comentario al artículo, la CDI, destaca que el uso de las palabras “reconozca y adopte ese comportamiento como propio” tienen por objeto distinguir esas situaciones del mero apoyo u aprobación. Es decir que para que el hecho de los particulares le sea atribuible al Estado es necesario que reconozca el comportamiento y lo haga “suyo” ya sea por vía expresa o porque se pueda deducir de su comportamiento. Ello es independiente de la necesidad de determinar si el comportamiento resulta internacionalmente ilícito<sup>36</sup>.

*“La ‘conducta debida’ por la Parte Reclamada ante estos hechos, surge del compromiso de asegurar y mantener la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR, lo que implica la*

---

<sup>35</sup> Como parte de esa voluntad de alejarse de la terminología específica, propia de la analítica jurídica, hace referencia a “corregir”, resultando dudoso qué quiere significar con ello. Indudablemente, rechaza la idea de usar la palabra “reprimir”, expresión que provoca profunda repulsa, cualquiera sea la circunstancia, entre los postmodernos.

<sup>36</sup> *Informe de la CDI-2001*, Numerales 6 y 9, pp. 111-113.

*obligación de aplicar los medios necesarios para el logro de dicho objetivo” (Numeral 176 del laudo) (El resaltado nos pertenece)..*

Esta “conclusión” del Tribunal (Título III del laudo) no responde al Título II – G) del mismo instrumento, titulado “La conducta debida *ante las circunstancias existentes*”. Las circunstancias que analizó el Tribunal bajo ese rubro son totalmente ajenas al único elemento de derecho que pudo haber hecho que el no cumplimiento de la “diligencia debida” del Estado frente a los cortes fuera lícito: una cualquiera de las circunstancias excluyentes de ilicitud.

Debe tenerse en cuenta que, para que pueda considerarse que un Estado es responsable por una violación al derecho internacional por haber faltado a su obligación de “diligencia debida”, frente a otro Estado perjudicado, debe en primer lugar establecerse que la violación le es atribuible y, en segundo lugar, debe constatarse que no existen circunstancias eximentes de la ilicitud del hecho. Tal como señaláramos precedentemente, el Tribunal reconoció que los cortes eran una respuesta de particulares a ilícito uruguayo previo, atribuible al Estado argentino<sup>37</sup>. Debió haber analizado si esa respuesta/contramedida era lícita o no.

El Tribunal señaló que en una “primera etapa” los actos de los Asambleístas (también atribuibles al Estado por no haber adoptado las medidas necesarias para hacerlos cesar<sup>38</sup>) eran legítimos pero que en una segunda etapa fueron “perdiendo legitimidad” al “ir acumulando agresiones al derecho de *otras personas*” (Números

---

<sup>37</sup> El Numeral 181 del laudo expresa: “*El Gobierno de la Parte Reclamada pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en la ciudadanía asentada en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona*” (El resaltado nos pertenece). Olvida el Tribunal que las reclamaciones argentinas no sólo derivan de los eventuales daños a la calidad de vida o economía de los habitantes ribereños argentinos sino de la violación por parte de Uruguay de obligaciones consuetudinarias y convencionales con relación al uso y aprovechamiento del Río Uruguay, río limítrofe compartido con Argentina, lo que no se sustenta en “creencia (cierta o errónea)”, sino en argumentos de derecho que, se suponía, el Tribunal debía analizar para determinar su competencia, ya que reconoció la relación causa (instalación de celulósicas sobre el Río Uruguay) – consecuencia (protestas de particulares atribuibles al Gobierno argentino) (V. *i.a.* Números 17, 142, 161, 173, etc.). Declarada su competencia sólo debió haber estudiado la legitimidad de la contramedida adoptada por Argentina.

<sup>38</sup> No hallamos razón jurídica alguna para la constatación del Tribunal de que los cortes tienen como damnificados a terceros. Hubiese sido conveniente más bien tener presente a la hora de considerar los daños causados por los cortes, determinar si éstos fueron directamente inferidos a la contraparte o colateralmente hechos sufrir en función de la aplicación de una contramedida u otra circunstancia excluyente de ilicitud. Para ello, nada más claro que el Numeral 143 del laudo que expresa: “*(...) si bien los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes, los mismos afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país*” (El resaltado nos pertenece).

158 y 174 del laudo). Da la impresión que, a criterio del Tribunal, la falta de diligencia debida sólo se ha dado con relación a terceros no partes en la controversia.

### ***B)-Imbricación de los sentimientos del Tribunal con la ponderación de los hechos***

El Tribunal, bajo el Título II-F “Sobre la referencia a los derechos humanos”, si bien toma en consideración las objeciones formuladas en el sentido de que la materia Derechos Humanos es ajena a la normativa MERCOSUR (Numeral 125), no pudo sustraerse a expresar sentimientos de índole personal, ajenos al litigio:

*“Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos (...), por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad”* (Numeral 126 del laudo).

La imbricación de consideraciones ajurídicas y personales en la valoración de los hechos se observa, también, en el Numeral 133, el que manifiesta:

*“No escapa a este Tribunal que en materia de acuerdos multilaterales de facilitación del comercio y con especial referencia al régimen de la OMC, se ha sostenido que cabe apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional (16) y que **en los casos en los que la armonización de los derechos en juego resulta sumamente dificultosa o imposible, es inevitable que deba optarse por resguardar en la mayor medida los intereses y valores de mayor jerarquía, pues los "bienes jurídicos" no son otra cosa que objetos valiosos susceptibles de clasificarse jerárquicamente prefiriendo los más valiosos respecto de los menos valiosos (17).** Pero el Tribunal considera que, aun cuando por vía de hipótesis nos halláramos ante ese caso, ello habilitaría algún grado de restricción pero nunca la anulación absoluta del valor que sea considerado menor, en aras de otro que sea juzgado de mayor jerarquía”* (El resaltado nos pertenece).

Además, en este numeral, la segunda nota de pie de página (n° 17) remite a la obra “Filosofía del Derecho” de Luis Recassens Siches, de la que el Tribunal selecciona la siguiente frase:

*“Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía. Hay especies de valores que valen más que otras clases - por ejemplo, **los valores éticos valen más que los utilitarios** - y además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros, por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia”.*

Esta remisión a los valores, que hace el Numeral 133, es ajena a un análisis propio de la ciencia jurídica objetiva. Además, en la cuasi-jurisprudencia de la OMC no se halla dictamen alguno que permita lisa y llanamente a los Grupos Especiales, al Órgano de Apelación o al Órgano de Solución de Diferencias desconocer cláusulas de acuerdos del sistema mediante la invocación de principios y valores aceptados por la comunidad internacional. Ello, independientemente de la referencia bibliográfica que hace el tribunal a la obra de José Luis Pérez Gabilondo (*Manual sobre solución de controversias en la OMC*”, Buenos Aires, Editorial EDUNTREF, 2004, pp. 30 y 31).

Los conflictos jurídicos en el ámbito del sistema GATT/OMC se dirimen de conformidad al *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD)*, procedimiento obligatorio, que posee órganos permanentes. El sistema de solución de diferencias de la OMC ha sido creado en la convicción de que constituía y constituye un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Se ha considerado un enorme avance el que el Órgano de Apelación de la OMC en su primer Informe en el asunto *Essence* (p. 19) haya expresado -sólo a la hora de la interpretación de las normas del sistema- que “no es posible leer el GATT aislándolo clínicamente del derecho internacional público”. Tal como lo señalara Canal-Forgues, se trata de un pronunciamiento audaz ya que no sólo se refirió -como lo hace el Art. 3.2 del *ESD*- a las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional, sino al Derecho internacional público en general, sin distinguir normas consuetudinarias de convencionales, ni si se trataba de normas de interpretación o sustantivas<sup>39</sup>. Lejos se halla ese pronunciamiento de avanzada de la posibilidad de “*apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional*”, como lo señalara el TAHM en el Numeral 133 del laudo de referencia.

Precisamente, los principios y disposiciones del Derecho internacional son manifestaciones de la aceptación de determinados principios y valores por parte de la comunidad internacional.

Sin embargo, el alcance y significado de la inclusión de los “principios y disposiciones del Derecho internacional aplicables en la materia” en el Art. 34 del PO, en calidad de “derecho aplicable por los Tribunales del MERCOSUR”<sup>40</sup>, ha sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los Tribunales del sistema.

Así, el *Laudo II del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR* constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre “Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo” (27 de septiembre de 1999), en el Numeral 56, al considerar la fuente normativa del Derecho internacional<sup>41</sup>, expresó:

“(…) Dicha referencia (a los principios y disposiciones del Derecho internacional) cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen en el comercio internacional”.

---

<sup>39</sup> CANAL-FORGUES, E. “Sur l’interprétation dans le droit de l’OMC”, *RGDIP*, 2001-1, pp. 6-7.

<sup>40</sup> Art. 34 del PO: “Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”. Esta percepción integradora normativa ya se hallaba presente en el Art. 19 del *Protocolo de Brasilia* de solución de controversias (vigente entre 1991 y 2002).

<sup>41</sup> De conformidad al Art. 19 de Protocolo de Brasilia.

Sin embargo, esta percepción abierta a la aplicación de principios y disposiciones del Derecho internacional ha sido modificada por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)<sup>42</sup> en el *Laudo N° 1/2005* constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay” (20 de diciembre de 2005), el que expresa:

*“Este TPR nota a primera vista de que en realidad en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su Numeral 55. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental aludida). Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección de medio-ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del Derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es conciente de que no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el MERCOSUR) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el MERCOSUR) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recurrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional (...)”<sup>43</sup> (Numeral 9 del laudo). (El resaltado nos pertenece).*

El mismo laudo agrega:

*“Hacemos nuestra la siguiente aseveración: En efecto, ya sea que se considere al estoppel como principio de derecho internacional, ya como principio general del derecho, al no pertenecer éste al derecho originario, ni al derecho derivado, como tampoco ser un principio específico del derecho MERCOSUR, su aplicación solo es supletoria y en su caso debe adecuarse a la especificidad del objeto y fin del ordenamiento jurídico comunitario y ser útil para resolver el caso en cuestión (...)”. Consecuentemente este TPR concluye con la innecesariedad de la aplicación de este instituto para el caso de autos” (Numeral 23 del laudo). (El resaltado nos pertenece).*

---

<sup>42</sup> Este cambio interpretativo adquiere mayor relevancia cuando se tiene en cuenta que el TPR, en función revisora, sólo se ocupa de las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del TAHM, estando facultado para confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAHM, siendo su decisión definitiva y de condición prevaleciente sobre el laudo del TAHM.

<sup>43</sup> Por nuestra parte entendemos que la “autonomía” del ordenamiento del MERCOSUR no puede llevar a que se seccionen los hechos para “acomodar” el derecho.

Por su parte, el *Laudo N° 1/2006 Complementario del Tribunal Permanente de Revisión* que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre de 2005 en la controversia "prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay" (13 de enero de 2006), confirma el "*rol subsidiario o en el mejor de los casos complementario*" de los principios y disposiciones del Derecho internacional y siempre que sean aplicables en la materia (Numeral XIV del referido laudo).

Conforme a estos pronunciamientos, lo primero que debió preguntarse el Tribunal es si los cortes y la omisión en hacerlos cesar por parte del Gobierno argentino pueden ser considerados como producidos en el marco de las relaciones comerciales argentino-uruguayas del proceso de integración mercosureño. Si así hubiese llegado a entenderlo -por supuesto, erróneamente, según nuestro entender<sup>44</sup>- el Tribunal debió haber considerado, también, que tanto causa como consecuencia se encuadran en ese tipo de relaciones y analizarlas en su relación integral. Además, debió haber analizado si el Tribunal está habilitado para ponderar relaciones ajenas al sistema de integración (o a través de su ponderación, para afectarlas), tales como: soberanía y derecho de soberanía sobre un río limítrofe compartido; daños transfronterizos; violaciones a derechos humanos, entre otros). Si tras ello, aún se hubiese considerado competente<sup>45</sup> debió

---

<sup>44</sup> En ese sentido debemos entender que el Tribunal también consideró que los cortes (al igual que la omisión del Gobierno en hacerlos cesar) no se produjeron en el marco de las relaciones comerciales del proceso mercosureño y con el objetivo de perjudicar el tráfico comercial (V. *supra*, en particular, Numerales 180, 142, 143 ya citados).

<sup>45</sup> Aspecto que debió ser considerado y analizado en profundidad de modo previo a cualquier otra cuestión. Es de observar que, prácticamente, no hay consideraciones del Tribunal que funden la Decisión primera del laudo, la que expresa que el Tribunal: "(...) tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada". V. al respecto, en particular, el Numeral 161 en el que reconoce que la cuestión excede su competencia jurisdiccional y, al mismo tiempo, se declara competente para tratar sólo una parte de un complejo indisoluble: interrupción de tránsito/ libre circulación económica, sin efectuar análisis alguno en torno a la autonomía de esa porción que se adjudica. También se consideró competente para decidir en materia de derechos humanos al determinar en sus *Conclusiones* que "(...) tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad" (Numeral 178). Es de notar en este párrafo cómo se ha imbuido el Tribunal de su rol de Tribunal de Derechos Humanos y pasa a ocuparse de los derechos humanos de las personas particulares integrantes de la sociedad y de los grados en que pueden ser afectados. Este aspecto se reitera en el Numeral 179 de las Conclusiones y en varios otros párrafos del laudo. Así, por ej., en el Numeral 129, el Tribunal señaló que Argentina no respaldó en prueba su imposibilidad de actuar más allá de la disuasión frente a los cortes dado que la represión hubiese "implicado reacciones difíciles de controlar". Esta afirmación y su rechazo por parte del Tribunal también responde a la invocación de una circunstancia eximente de ilicitud de la omisión de hacer cesar los cortes por parte Argentina, distinta a la contramedida. En el Numeral 131, el Tribunal hace presente que la tolerancia con los cortes aparece como una política del Poder Ejecutivo argentino, acorde con su consideración que el derecho de protesta es un derecho humano no reprimible. Sin embargo, tras ocuparse del derecho interno argentino en los Numerales 137 y 138, el Tribunal, en el Numeral 139, expresa que: "*De ello cabe concluir que, ni aún en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás tal como lo expresa el Art. 29 apartado 2 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948, el Art. 32 apartado 2 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de enero de 1969 (...) y, en especial respecto de la libertad de expresión, el Art. 19 apartados 2 y 3 y artículo 21 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de*

haber analizado qué principios y disposiciones de Derecho internacional son aplicables a la materia.

En el Numeral 173 del laudo el TAHM “*pone de manifiesto su comprensión en cuanto al sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay. Ellos procuraron llamar la atención sobre unas construcciones potencialmente dañinas, y no alcanzaron reacciones categóricas de ninguno de los Gobiernos, argentino y uruguayo, a los que se dirigieron (...)*”. Tal como se puede observar en varios numerales del laudo (muchos de ellos ya citados en este trabajo), el Tribunal hace presente “su comprensión” frente a los cortes. Cabe preguntarse qué significado jurídico puede tener ello y qué valor le ha adjudicado, en definitiva. La respuesta, sin atenuantes, es: “ningún valor”. Preguntarse por qué ha incluido ese tipo de manifestaciones en el laudo sería desconocer las modalidades de abordamiento de los problemas “sociales” y de los “fenómenos jurídicos” según técnicas propias de la postmodernidad.

A continuación, en el mismo numeral, confirmando lo señalado precedentemente, el Tribunal expresa que “*(n)o le es posible (...) entrar a considerar la solución que el derecho deba dar a las mencionadas preocupaciones y aspiraciones*”. El Tribunal no justifica su presunta “imposibilidad”, circunstancia extremadamente grave en tanto está en el centro de la atribución de responsabilidad al Gobierno argentino de las consecuencias de los cortes efectuados en respuesta a ilícito previo atribuido por la Parte Reclamada a la Parte Reclamante.

Por una parte, olvida el Tribunal que no se trata de meras “preocupaciones o aspiraciones” de los Asambleístas sino de “reacciones”, “respuestas” a ilícito anterior, tal como el mismo Gobierno uruguayo afirmara en su reclamación (Numeral 17) y el propio Tribunal considerara (*i.a.* Numerales 87 y 157). Por otra parte, el Tribunal se contradice al expresar en el Numeral 174 que: “*No obstante, las manifestaciones basadas en los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera, fueron perdiendo su legitimidad originaria (...)*”. Con ello el Tribunal proclama no sólo su comprensión de los sentimientos de los manifestantes, sino que, además, los califica de legítimos inicialmente. Los argumentos de que se vale el Tribunal para considerar que las manifestaciones se han deslegitimado resultan jurídicamente endebles y basados en evaluaciones subjetivas y poco claras, tal como ya lo señaláramos. Además, esa debilidad jurídica salta a la vista en el párrafo del laudo

---

*1966, que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su Art. 75 inciso 22*”. Con relación a esta laxitud para determinar la propia competencia, debe recordarse que, en el marco del sistema europeo, en el *Asunto Algeria e.a. c. Asamblea común. 12 de julio de 1957, 7/56 y 3-7/57*, el Abogado General Lagrange señaló que “el Tratado (de la CECA) se funda en una delegación de soberanía consentida por los Estados Miembros a favor de instituciones supranacionales para un objeto estrictamente determinado, a saber: el funcionamiento de un mercado común del carbón y del acero; y concluía: “*el principio jurídico básico del Tratado es la competencia limitada*”. (Cf. R. ALONSO GARCÍA, Nota 3, p. 19). Por otra parte, la falta del Tribunal en fundar de hecho y de derecho su competencia jurisdiccional, punto I de la “Decisión” del laudo, tal como ya lo señaláramos, viola el Art. 40 del *Reglamento del Protocolo de Olivos*, el que establece que los laudos arbitrales deben contener necesariamente, *i.a.*, los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión.

que señala que *“la restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados”, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables (...)”* (Numeral 179) (El resaltado nos pertenece). Sorprende la referencia del Tribunal a “sacrificio”, más aún cuando el que pasa a ser ilegítimo es sólo el considerado “demasiado grande” (sic). Da la impresión que en este momento se desdibuja la noción de contramedida (presente en varios numerales del laudo) para dar paso -por los mismos hechos- a la consideración de un derecho humano de expresión, autónomo, ajeno a los hechos que la motivan.

La percepción subjetiva, ajena al análisis jurídico salta a la vista en las expresiones del Numeral 113 del laudo:

*“El tiempo de los cortes<sup>46</sup>, la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica han sido tan variables y del tal entidad que el Tribunal Arbitral Ad Hoc no puede dejar de valorar como infracción a lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción la efectividad de las restricciones resultantes de todo ello para la libertad de circulación de mercancías y servicios”* (El resaltado nos pertenece).

Da la impresión que son los matices de duración e imprevisibilidad los que han determinado la existencia de la violación del Art. 1 del TA. Por otra parte, la referencia a la “arbitrariedad” de los cortes contradice las múltiples expresiones de comprensión por parte del Tribunal de las protestas de los Asambleístas y de la presunta omisión en hacerlas cesar del Gobierno argentino (V. *i.a.* Numerales 17, 85, 157, 173, 181, etc.). Especialmente, vale resaltar parte del Numeral 173, en la que el Tribunal “pone de manifiesto “su comprensión” de ciertos sentimientos de los Asambleístas de Gualeguaychú, como si esa comprensión de tipo personal tuviera valor jurídico “*per se*”.

### ***C)-Asignación de peso jurídico a creencias intersubjetivas aun cuando constituyan error o desconocimiento de derecho***

La relevancia jurídica adjudicada a las convicciones particulares de distintos actores se observa tanto con relación a particulares como con relación al Estado argentino.

---

<sup>46</sup> El 8 de julio de 2005 se produjo el primer corte de rutas (136 nacional y 42 provincial/Puente General San Martín) entre Gualeguaychú y Fray Bentos. Los cortes se fueron repitiendo en forma esporádica con mayor o menor duración hasta el 2 de mayo de 2006 (dos días antes de que Argentina demandara al Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia). Los cortes sobre la ruta que une Paysandú con Colón (Puente General Artigas) se iniciaron el 16 de febrero de 2006 y se levantaron el 29 de abril del mismo año. Los cortes sobre el puente internacional ubicado sobre la represa de Salto Grande se produjeron los días 13 y 14 de enero de 2006 y 22 de febrero de 2006, sin superar la hora y media de duración en ninguno de esos días. Los cortes se retomaron en noviembre de 2006 generando serias polémicas sobre su legitimidad. No sólo atento al pronunciamiento de laudo que estamos analizando, sino de la indicación de la Corte Internacional de Justicia contenida en la ordenanza de 13 de junio de 2006 que “requiere” a las Partes *abstenerse de cualquier acción que pudiera tornar más dificultosa la solución del diferendo* (Parágrafo 82 de la ordenanza). Es de observar que las protestas de los vecinos de Gualeguaychú siempre han respondido a acto previo uruguayo considerado “nuevo ilícito”.

Así, por ejemplo, con relación a los particulares, el Tribunal ha considerado, en el Numeral 173 del laudo, al “sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay”.

Con relación al Estado argentino y a los particulares, el TAHM ha expresado:

*“Así las cosas, este Tribunal considera que el Gobierno argentino pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea, aún no lo sabemos pues ello dependerá de las conclusiones a que se arribe con el tiempo) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona”*<sup>47</sup> (Numeral 144 del laudo) (El resaltado nos pertenece).

Es de observar que en este numeral el Tribunal hace referencia a dos posibles circunstancias de exclusión de ilicitud: cumplimiento de normas imperativas y contramedidas<sup>48</sup>.

Por otra parte, resulta criticable en ese mismo numeral, la mención a la atendibilidad o no de los reclamos, según sea “cierta o errónea la creencia de la repercusión negativa para la calidad de vida y para el futuro económico de la zona” por dos razones: a) porque Argentina no invocó de forma directa esas causales, o al menos, no consta en laudo que así lo hiciera; b) por usar el Tribunal la primera persona plural, al decir “aún no lo sabemos”, ya que no es de la competencia del mismo llegar a “saber” de la cuestión.

El que el Gobierno argentino violase normas MERCOSUR, en la creencia de actuar dentro de la legalidad por ignorancia o error de derecho, no podría haber sido justificado por el Tribunal. Más bien, consideramos que el hecho de que Tribunal considerara que Argentina “pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad” viene a corroborar lo que señaláramos en el Punto I de este trabajo: que los Asambleístas y el Gobierno argentino actuaron sabiendo que los cortes/omisión del Estado de hacerlos cesar, hubiesen implicado violación de normas MERCOSUR de no ser constituían respuesta a ilícito anterior por lo que estaban eximidos de ilicitud por constituir contramedida lícita.

Llama la atención que el Tribunal se hubiese ocupado de considerar si Argentina obró de buena o mala fe o cuál era su intención al no hacer cesar los cortes.

---

<sup>47</sup> La peligrosidad ambiental de las celulósicas y sus impactos sociales y económicos no será probada en el ámbito de los tribunales del MERCOSUR, sino eventualmente en los estrados de la CIJ. Por otra parte, si bien, se ha puesto el acento en el posible daño transfronterizo, el punto central de conflicto se halla en la violación de la soberanía argentina, ya producida y evidente, al disponer Uruguay unilateralmente del río en violación a su condición de recurso natural compartido y en violación al Estatuto del Río Uruguay de 1975. V. nuestro trabajo “Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (2003), pp. 79 y ss.

<sup>48</sup> V. *supra* Punto II-A).

*“La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que Argentina haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos. Más bien, la actitud de ellos fue la de llamar la atención del Gobierno argentino sobre el problema. No surge por lo tanto que haya existido en las autoridades argentinas la intención de impedir la libre circulación y burlar el compromiso del Art. 1º del Tratado de Asunción, ya que la política de tolerancia adoptada por el gobierno argentino en relación con las manifestaciones de los vecinos de Gualeguaychú, parece no diferir de la adoptada en relación con los demás conflictos que hubo en las ciudades o rutas del interior de Argentina. Ello hace concluir a este tribunal que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay”* (Numeral 142 del laudo).

Cabe preguntarse, si los cortes devinieron ilegítimos transformándose de simple *restricción del tránsito* en *restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados*, de conformidad a lo señalado por el Tribunal en el Numeral 179 (citado *supra*), qué importancia para la determinación de la existencia o no de la violación de una norma jurídica podría tener la intención última del presunto infractor. Particularmente, teniendo en consideración que las precisiones en materia de *actus reus* y *mens rea* sólo son propios del derecho criminal y de una eventual defensa en base a la diligencia debida en esa área jurídica.

Más aún, la impertinencia de ese tipo de consideraciones se torna evidente a la luz de la afirmación efectuada por el Tribunal en las “Conclusiones” del laudo:

*“Pese a la ‘buena fe’ que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la ‘conducta debida’ no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente”* (Numeral 182 del laudo).

Es de observar que la identificación que hace el Tribunal de la diligencia debida con la “efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido” es errónea. Debe recordarse que en el *Asunto relativo al personal diplomático y consular en Teherán (EE.UU. v. Iran)* la CIJ atribuyó a Irán los actos de los militantes, principalmente, porque el Gobierno iraní “endosó” esos actos (CIJ 1980, sentencia de 24 de mayo, p. 3). Además, ni el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre *Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, de 2001, ni la jurisprudencia comunitaria europea conciben a la “diligencia debida” (“obligación de vigilancia, prevención y restauración) como obligación de resultado. Al respecto, incluso en el *leading case Comisión/Francia, C-265/95*, sentencia de 9 de diciembre de 1997, el tribunal ha considerado que, para que se pudiera atribuir al Estado el hecho de los particulares era necesaria la insuficiencia o falta de proporcionalidad de las medidas preventivas y represivas del Gobierno, lo que se había manifestado en la pasividad o ausencia de las fuerzas del orden público en el lugar de los hechos y (entre otros aspectos) por la falta de persecución penal de los culpables aún conociendo su identidad<sup>49</sup>.

No puede equipararse el incumplimiento de una norma comunitaria o internacional con el incumplimiento de una sentencia por incumplimiento (del sistema

---

<sup>49</sup> V. cdos. 43-63, p. I-7002-7004.

europeo), la que impone al condenado una obligación indisponible de resultado, estando todos los poderes del Estado llamados a restaurar la plena eficacia de la normativa comunitaria<sup>50</sup>. En el primer caso, se trata de una obligación de comportamiento, en el segundo (hasta ahora exclusivo del sistema europeo), de una obligación de resultado.

En otro orden de consideraciones, el Numeral 186 del laudo expresa:

*“El intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar cortes de ruta como los que aquí se han puesto de manifiesto, implicaría despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y alentar la reiteración de estos hechos por **cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente**, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente para el desarrollo futuro del MERCOSUR”.*

Dicho de otro modo, el Tribunal sólo para no alentar la reiteración de hechos en el futuro por cuestiones menos importantes que la que es objeto del laudo, no legitima los cortes, a pesar de que el caso bajo consideración lo hubiese ameritado.

Por otra parte, cuando el Tribunal se refiere a la “relevancia” de la presente cuestión, sin duda alguna, está contemplando el conflicto en su integridad: construcción de celulósicas- respuesta argentina y no sólo al aspecto parcial de la presunta violación de la libre circulación de bienes y servicios en el MERCOSUR entre los dos países.

#### ***D)-Reconocimiento de la complejidad de la situación atento a la multiactorialidad***

El Numeral 81 del laudo señala: “(...) el **caso presente no carece de complejidad, dada la diversidad de protagonismos -grupos, asambleas, poderes públicos - (...)**” (El resaltado nos pertenece).

Cabe preguntarse sobre el rol de los particulares en un litigio entre Estados en el ámbito del MERCOSUR y si el “caso” (como tal) puede considerarse “complejo” por el hecho de que en las violaciones atribuidas a un Estado se hayan visto involucrados individuos, grupos humanos, asociaciones de hecho, a más de los órganos del Estado.

Además, tal como lo resaltáramos en el punto anterior, con otro objeto, en varios numerales, el Tribunal incluye consideraciones referidas a actores distintos a los Estados Reclamante y Reclamado. Tal el caso *i.a.* de los numerales 154, 174, 178, 179, correspondientes a las “Conclusiones”, en los que el Tribunal se ocupa de los “ciudadanos de las fronteras amenazadas”, de los “operadores económicos”, de la “población” de Gualeguaychú, de las “personas imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio”, de “otros intereses respetables”, etc.

---

<sup>50</sup> F.M. MARIÑO / V. MORENO CATENA / C. MOREIRO (Nota 3) 93 y ss.

Así expresa:

*“ (...) (N)ó sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas<sup>51</sup>, sino también las restricciones que la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR” (Numeral 154).*

*”No obstante, las manifestaciones basadas en los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera, fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, pues en una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho” (Numeral 174 del laudo).*

En este último párrafo (al que ya hemos hecho referencia en otra spartes del trabajo), el Tribunal se toma la atribución de juzgar los sentimientos de la población manifestante, declarar legítimas sus manifestaciones en una primea etapa, quitarle legitimidad a los comportamientos en una segunda etapa por variadas razones, entre ellas, por derivar en “agresiones” al derecho de *otras personas*. Por otra parte, al expresar “sociedad civilizada” no se refiere a la sociedad de Estados sino a la conformada por particulares a los que *indica* que deben encausar sus conflictos por vías pacíficas y no las de hecho. Sin necesidad de mayores consideraciones, puede afirmarse que ése no es rol que el Protocolo de Olivos ha asignado a los TAHM.

Idéntica observación puede efectuarse a las conclusiones del Numeral 178 ya que, a pesar de haber tomado en consideración el Tribunal (de conforme al Numeral 125) que se había “puesto en cuestión la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral para entender en una materia que involucra aspectos de los Derechos Humanos que, como tales, resultan ajenos a la normativa del MERCOSUR (exposición del representante de la Parte Reclamada en la audiencia de 10 de agosto de 2006)”, el Tribunal hizo presente que, conforme al derecho interno argentino y al derecho convencional internacional, el derecho de protesta y otros derechos humanos no pueden afectar los derechos subjetivos de los demás, de modo de destruir o alterar el derecho de *otros integrantes de la sociedad de individuos*<sup>52</sup>.

En el Numeral 179, el Tribunal se ocupa de “*otros intereses respetables*”, a los que entiende “debe proteger” si la restricción a la libre circulación económica les implica “un sacrificio demasiado grande”. Sorprendentemente, deja entender (sin

---

<sup>51</sup> Sorprende la referencia a “las” fronteras, más aún que el Tribunal las considere “amenazadas”.

<sup>52</sup> Numeral 178: “(...) Tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad”.

fundamentación alguna) que de no ser tan grave el sacrificio, esos terceros particulares o públicos deberían haber tolerado la interrupción a la libre circulación<sup>53</sup>.

En el Numeral 184 (Conclusiones) se ocupa de variados actores y reconoce haber conocido en la etapa probatoria las repercusiones que los cortes han tenido sobre ellos:

*“El Tribunal Arbitral “Ad Hoc” en las etapas probatorias ha tenido ocasión de conocer las repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los **operadores económicos**, de los **ciudadanos** y de las **entidades públicas de uno u otro país** que se vieron obligados a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera y redistribuir, no sólo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados, con los correspondientes sobrecostos”* (Numeral 184 del laudo) (El resaltado nos pertenece).

Cabe preguntarse qué objetivo asignó el Tribunal a ese conocimiento de los efectos sobre particulares y entidades públicas de uno y otro país y qué consecuencias le atribuyó a ese reconocimiento.

### **Reflexiones finales**

Desde una dimensión jurídica racionalista, el laudo aparece como no sustentado en derecho, e incluso -al menos en lo que hace a la Decisión Primera del Tribunal-, pronunciado en violación al Art. 40 del Reglamento del Protocolo de Olivos (falta de un elemento necesario como es la fundamentación de su competencia en los hechos y en el derecho).

Desde una percepción multidimensional postmoderna, el laudo está basado en ponderaciones sociológicas, psicológicas, éticas, manifestándose como una exitosa respuesta a un conflicto considerado como un fenómeno jurídico complejo.

Es por ello que consideramos que -a pesar de su juego con la indefinición- el laudo termina decidiendo lo que parece no querer decir. Resuelve de modo que conduce a equívocos porque “comprende” y reconoce la existencia de una respuesta legítima pero no la acepta como circunstancia excluyente de ilicitud por acumular agresiones contra intereses de particulares, personas distintas de los Estados litigantes, como si en el sistema del MERCOSUR el particular hubiese alcanzado un nivel de participación similar al modelo comunitario europeo.

De modo poco coherente con sus propias argumentaciones, el Tribunal, tras manifestar -por lo visto inconducentemente- “comprender” la respuesta de los

---

<sup>53</sup> Numeral 179: *“La restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables; lo que no ha sucedido en este caso, ya que los cortes, además de repetirse en diversas formas e intensidades, se han dilatado por espacio de más de tres meses en un periodo del año de máxima actividad comercial y turística”*.

Asambleístas, “considerarla legítima”, sentirse “sensible” a la necesidad de respetar los derechos humanos, declarar la “buena fe” del Gobierno argentino, señalar que ni los cortes ni la omisión estuvieron dirigidos a afectar el comercio entre los dos países, como tampoco constituyeron restricciones no arancelarias, luego -sin fundamentación en derecho acorde a esa percepción de los hechos- decidió declararse competente en el caso y resolver que la ausencia de “las diligencias debidas” por parte de Argentina para prevenir, ordenar o corregir los cortes de rutas no era compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países, decisión que, paradójicamente, resulta inoficiosa para los intereses de Uruguay, dado que el pronunciamiento le es insuficiente para la adopción de las medidas compensatorias contempladas en el Art. 31 del PO frente a los nuevos cortes de rutas y puentes entre Argentina y Uruguay.