

Casos de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia

Fronteras, conflictos armados,
derechos humanos y medio ambiente

Manuel BECERRA RAMÍREZ

Coordinador



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Doctor en Derecho Internacional por la Universidad Estatal M. V. Lomonósov de Moscú. Es investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Es profesor de Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la UNAM y director del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.



Manuel
BECERRA RAMÍREZ

CASOS DE AMÉRICA LATINA ANTE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA. FRONTERAS,
CONFLICTOS ARMADOS, DERECHOS
HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 931

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Rosa María González Olivares
Formación en computadora

Óscar Martínez González
Apoyo editorial

Mauricio Ortega Garduño
Optimización de imágenes

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

CASOS DE AMÉRICA LATINA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. FRONTERAS, CONFLICTOS ARMADOS, DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 7 de septiembre de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4825-5

CONTENIDO

Prólogo	XI
Luis BENAVIDES	
Introducción	1
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
CAPÍTULO PRIMERO. FRONTERAS	17
Delimitaciones territoriales en América Latina. Caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906 (Honduras <i>vs.</i> Nicaragua)	21
Gerhard NIEDRIST	
Sentencia en el caso El Salvador <i>vs.</i> Honduras, del 11 de septiembre de 1992	53
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
Caso relativo a la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua <i>v.</i> Honduras).	69
Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS	
Caso Costa Rica <i>vs.</i> Nicaragua. Disputa relativa a los derechos de navegación y otros relacionados	109
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
La sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso concerniente a la disputa territorial y delimitación marítima entre la República de Nicaragua y la República de Colombia	139
Marisol CUEVAS TAVERA	

El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia: las opiniones disidentes y su contribución a la función judicial de la Corte Internacional de Justicia	169
Andrés SARMIENTO LAMUS	
Rodrigo GONZÁLEZ QUINTERO	
Caso relativo a la disputa marítima Perú <i>vs.</i> Chile	197
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
Cuestión de delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas desde la costa nicaragüense	217
Andrés SARMIENTO LAMUS	
Rodrigo GONZÁLEZ QUINTERO	
Obligación de negociar. Bolivia <i>vs.</i> Chile ante la Corte Internacional de Justicia	245
Manuel BECERRA RAMÍREZ	
Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica <i>v.</i> Nicaragua)	273
Barbara STEPIEN	
CAPÍTULO SEGUNDO. CONFLICTOS ARMADOS	317
América Latina en la Corte Internacional de Justicia: el caso de Nicaragua contra Estados Unidos (1984)	321
Ricardo VALERO	
Paola A. HERNÁNDEZ OZUNA	
La jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia: análisis del caso Nicaragua <i>vs.</i> Honduras: ataques armados fronterizos y transfronterizos	349
Laura Alicia CAMARILLO GOVEA	
CAPÍTULO TERCERO. DERECHOS HUMANOS	367
Perú <i>vs.</i> Colombia: el caso de Víctor Raúl Haya de la Torre en la Corte Internacional de Justicia. Reflexiones sobre el derecho de asilo en la práctica latinoamericana	369
Paola A. HERNÁNDEZ OZUNA	

La trilogía <i>Haya de la Torre</i>	397
Eric TARDIF	
Comentario del caso <i>Haya de la Torre</i> de la Corte Internacional de Justicia.	433
Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA	
El caso <i>Nottebohm</i> (Liechtenstein v. Guatemala). Su interpretación en el siglo XXI	465
Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ	
El proceso y el legado del caso Avena	485
Luis Gabriel FERRER ORTEGA	
CAPÍTULO CUARTO. MEDIO AMBIENTE	537
Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso <i>Plantas de celulosa sobre el río Uruguay</i> (Argentina v. Uruguay), 20 de abril de 2010	539
Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA	
El caso de las papeleras o Pulp Mills, Argentina v. Uruguay.	577
Sergio PEÑA NEIRA	
Caso Ecuador c. Colombia: aspersiones de glifosato en la frontera: derecho internacional ambiental, lucha contra el terrorismo y negociación.	601
Fabián CÁRDENAS	
Zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) (procedimientos acumulados), 16 de diciembre de 2015	625
Juan Manuel PORTILLA GÓMEZ	
Acerca de los autores.	663

PRÓLOGO

La obra coordinada por el doctor Manuel Becerra Ramírez, *Casos de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia. Fronteras, conflictos armados, derechos humanos y medio ambiente*, representa una gran aportación para el estudio del derecho internacional en el continente americano.

Para entender la participación de los Estados latinoamericanos en la Corte Internacional de Justicia, es necesario, en nuestra opinión, un contexto histórico que nos permita dimensionar el deseo por la solución judicial de sus disputas.

La Organización de Naciones Unidas tiene como objetivo primordial el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Para ello, uno de los principales instrumentos que tiene es la solución pacífica de controversias.

Así, la Carta de Naciones Unidas establece que “los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”.¹

De igual forma, señala que las “partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”.²

La solución pacífica de controversias, y con ello la paz y la seguridad internacionales, son de los más grandes anhelos de la humanidad. Sin embargo, no ha sido fácil articular dichos anhelos, y mucho menos hacerlos respetar de manera permanente.

Uno de los primeros intentos para institucionalizar la solución pacífica de controversias ocurrió durante la Conferencia de la Paz en La Haya de 1899 y su continuación en 1907. Dicha Conferencia, convocada a instancias del zar Nicolás II de Rusia, tenía como objetivo principal “the very es-

¹ Artículo 2.3, Carta de Naciones Unidas.

² *Ibidem*, artículo 33.

sence of our task, the general goal toward which we are to direct our efforts: the prevention of conflicts by peaceful means”.³

Es interesante notar que en la Conferencia de 1899 el único país latinoamericano que participó fue México, pero para la Conferencia de 1907 se contaría ya con la presencia de diecisiete países latinoamericanos.

Entre los principales documentos emanados de la Conferencia se encuentra la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales⁴ y la creación de la Corte Permanente de Arbitraje. Respecto de la Corte, si bien no se trataba de un órgano judicial como tal, sí establecía la posibilidad de recurrir a un sistema de arbitraje.

En buena parte de la literatura jurídica, con un marcado eurocentrismo de las relaciones internacionales, después de las Conferencias de La Haya, el siguiente gran antecedente en la construcción de los mecanismos de solución de controversias es la creación de la Liga o Sociedad de Naciones y de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Ambos acontecimientos indudablemente han sido importantes en la historia de la humanidad, pero dejan de lado la gran contribución latinoamericana a la solución pacífica de controversias: el primer tribunal internacional, conocido como Corte Internacional Centroamericana o Corte de Cartago, de inicios del siglo XX.⁵

Desde el siglo XIX los países centroamericanos llevaron a cabo diversos esfuerzos de unificación, que desafortunadamente no prosperaron, pero que muestran la intención de la región por una estabilidad. Así, producto de una de tantas disputas, en 1902, los gobiernos de Nicaragua, El Salvador, Honduras y Costa Rica firmaron una Convención de Paz y Arbitraje obligatorio.⁶

El artículo primero de dicho tratado señala que el objeto del mismo era “mantener y asegurar, por todos los medios posibles, la paz de Centro América”. Asimismo, el artículo segundo indica claramente: “Los Gobiernos

³ Brown, Scott James, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences*, Translation of the Official Texts, The Conference of 1899, Carnegie Endowment for International Peace Oxford University Press, 1920, p. 18.

⁴ En la segunda conferencia de Paz en La Haya de 1907 se reafirma y se expande la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

⁵ Para una visión general sobre la génesis de la Corte de Cartago, véase Gutiérrez, Carlos José, *La Corte de Cartago*, 3a. ed., Managua, Corte Centroamericana de Justicia, 2009, p. 160.

⁶ Tratado de Paz Centroamericano, aprobado el 28 de enero de 1902, *La Gaceta*, Nicaragua, núm. 1566, del 31 de enero de 1902, disponible en: [http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/\(\\$All\)/B65695AADD4BB4062581E00056D9ED?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/($All)/B65695AADD4BB4062581E00056D9ED?OpenDocument) (fecha de consulta: junio de 2020). Conocido también como Pacto de Corinto o Tratado de Paz y Arbitraje Obligatorio Centroamericano.

contratantes establecen el principio del *arbitraje obligatorio* para dirimir toda dificultad ó cuestión que pudiera presentarse entre las partes contratantes, comprometiéndose en consecuencia, a someterlos a un Tribunal de Árbitros centroamericanos”.⁷

Si bien dicho tribunal era en realidad una instancia similar a la Corte Permanente de Arbitraje, destaca el hecho de establecer una jurisdicción obligatoria para conocer de cualquier disputa entre las partes. La inestabilidad en la región, sin embargo, provocó que dicho tribunal no prosperara.

En 1906, después de un breve conflicto entre Guatemala, Honduras y El Salvador, dichos Estados decidieron poner fin a su disputa a través de un tratado, en el que declararon que someterían todas sus diferencias a un arbitraje forzoso, en el que los gobiernos de Estados Unidos y México, que habían ejercido sus buenos oficios para generar dicho acuerdo, fungirían cómo árbitros.⁸

La inestabilidad en la región llevaría a Estados Unidos y a México⁹ a convocar a una conferencia de paz centroamericana, ante el peligro de que el resto de Centroamérica se convirtiera en un campo de batalla.¹⁰

De esta manera, en 1907 se llevaron a cabo los llamados Tratados de Paz y Amistad de Washington, suscritos por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Entre dichos tratados se encuentra el que crea la Corte de Justicia Centroamericana; dicha convención entró en vigor el 11 de marzo de 1908, por un periodo de diez años.¹¹

De esta manera, el tribunal centroamericano se convirtió no sólo en el primer tribunal internacional permanente en el mundo, sino que fue el primero cuya jurisdicción fue obligatoria, no optativa, y el primer tribunal internacional que reconoce *jus standi* a los individuos para presentar reclamaciones directamente en contra de sus Estados.

La modestia del tribunal, así como los acontecimientos de la Primera Guerra Mundial y la posterior creación de la Liga de Naciones y de la Corte

⁷ *Idem*.

⁸ Tratado de paz del “Marblehead”, *La Locomotora*, 28 de julio de 1906, disponible en: <https://ufdc.ufl.edu/AA00011460/00057/allvolumes?n=dloc&n=dloc> (fecha de consulta: junio de 2020).

⁹ Toussaint, Mónica, “México y los Estados Unidos frente a Centroamérica: las Conferencias de Paz de 1906 y 1907”, *Secuencia*, vol. 48, septiembre-diciembre de 2000, pp. 195-208.

¹⁰ Buchanan, William I., *Report of the Central American Peace Conference*, Washington, State Department, 1907, disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1907p2/d148> (fecha de consulta: junio de 2020).

¹¹ Como sede de la Corte fue escogida la ciudad de Cartago, Costa Rica, y entró en funciones en 1908. Posteriormente, se trasladó a la capital San José.

Permanente de Justicia Internacional, nublaron la gran aportación que fue la creación de la Corte Centroamericana.

Después, vendrían otros esfuerzos regionales, de los que actualmente es heredera la Corte Centroamericana de Justicia; pero es indudable que ese primer tribunal marcó un hito en la historia.

Es precisamente esa gran tradición latinoamericana de búsqueda de la paz y la solución pacífica de controversias la que sirve de antecedente para entender la importancia del libro en comento.

Desde el título de la obra: *Casos de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia. Fronteras, conflictos armados, derechos humanos y medio ambiente*, se advierte ya una labor pedagógica, porque indica no solamente los grandes temas en los que los casos fueron organizados, sino también comprende las inquietudes sobre las cuales versaron las disputas presentadas por los países latinoamericanos ante la corte mundial.

Con un total de veinte casos analizados, destacan algunos fallos judiciales, que en mi opinión han marcado la región, y que se encuentran muy bien abordados en la obra. El primero es el caso de *Haya de la Torre*. Este caso representó el análisis de posibles reglas y prácticas regionales en materia de asilo, que sigue siendo una de las instituciones políticas y jurídicas de gran actualidad en Latinoamérica.

Otro de los grandes casos es Nicaragua versus Estados Unidos en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. El caso es emblemático, porque en plena Guerra Fría se ponía en el banquillo de los acusados el intervencionismo de Estados Unidos en la región, al mismo tiempo que se consideraba una lucha entre David y Goliat.¹² La batalla militar e ideológica también se daba en el campo judicial. Si bien la sentencia poco o nada influyó en el desenlace del conflicto en el terreno, el simple hecho de que una discusión judicial pudiera tener lugar reforzó la importancia de contar con un medio de solución jurídico.

Finalmente, el caso *Avena*, México versus Estados Unidos. En esta disputa judicial el asunto de fondo eran las personas mexicanas que se encontraban sentenciadas a la pena de muerte en Estados Unidos, y que, a través de un tecnicismo, encontrado en el incumplimiento de una disposición de la Convención sobre Relaciones Consulares, brindaba una esperanza a aquellos que esperaban la muerte.

Los comentarios a las sentencias elaborados por los distintos especialistas nos brindan una versión fresca y contemporánea de los casos judiciales.

¹² Es interesante notar que Nicaragua es el país de la región que más veces ha acudido ante la Corte Internacional de Justicia para dirimir disputas con sus vecinos.

No son solamente analíticos, sino que en muchos casos son provocadores en sus argumentos, e invitan a una relectura de dichas decisiones.

Una de las tantas conclusiones del libro es que pese a las turbulencias que se vivieron en la región, principalmente durante el periodo de la Guerra Fría, los países latinoamericanos han buscado y siguen privilegiando acudir a la solución pacífica de sus controversias a través de medios judiciales, y eso, en mi opinión, es un gran mensaje para la comunidad internacional.

Así, la obra coordinada por el doctor Manuel Becerra nos presenta, a través de una cuidadosa elección de sentencias internacionales, una visión global de las inquietudes, problemas, intereses y retos de la región, al mismo tiempo que hace un recorrido por la historia del continente, en el que podemos observar la evolución propia del derecho internacional.

Luis BENAVIDES

INTRODUCCIÓN

En 2010, los Estados que componen lo que se denomina América Latina celebraron doscientos años de independencia después de tres siglos de colonización por parte de Portugal y España. En estos doscientos años, más bien azarosos, de vida independiente, los países de América Latina han padecido no sólo intentos de dominio de las potencias europeas y embestidas brutales, como la guerra de Estados Unidos contra México, que trajo como consecuencia la pérdida de la mitad del territorio del país latinoamericano, sino también conflictos entre sí,¹ conflictos cuya magnitud, por otro lado, no ha sido igual a la de ciertos conflictos europeos que en un siglo han desencadenado fenómenos bélicos de gran dimensión, como las Primera y Segunda guerras mundiales, y aún más, una cruenta guerra de fin del siglo XX, que siguió a la desintegración de Yugoslavia.

No obstante esos avatares, durante ese tiempo los pueblos de América Latina se han dedicado a construir sus instituciones y su nacionalidad, por lo que podemos decir que son Estados jóvenes con gran capacidad de creación y con potencialidad de aportar mucho a la historia de la humanidad. Es así que el mosaico cultural que se forma después de la emancipación de las potencias europeas constituye una esperanza para el surgimiento de una nueva civilización.

I. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA, ¿HACIA UNA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA LATINOAMERICANA?

Los Estados latinoamericanos han sido los impulsores del principio de solución pacífica de controversias, manifiesto en la creación de tribunales regio-

¹ Como afirma Cairo Caraou, durante la década de los setenta, y primeros años de los ochenta, del siglo XX, "...las dictaduras militares, que aplicaban las «doctrinas de seguridad nacional», atizaron algunas disputas territoriales hasta llegar a la guerra o, al menos, a situaciones prebélicas: Argentina y Chile, a fines de 1978; Chile, Perú y Bolivia, entre 1977 y 1979; Guatemala y el Reino Unido, en Belice, en 1972, y, a manera de colofón, la aventura bélica de la Junta Militar argentina en el Atlántico Sur, en 1982". Véase Cairo Carou, Heriberto y Lois, María, "Geografía política de las disputas de fronteras: cambios y continuidades en los discursos geopolíticos en América Latina (1990-2013)", *Cuadernos de Geografía. Revista Colombiana de Geografía*, disponible en: <https://doi.org/10.15446/rcdg.v23n2.39578>, *Cuad. Geogr. Rev. Colomb. Geogr.*, vol. 23, núm. 2, pp. 45-67, 2014 (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

nales y en la adopción de tratados internacionales, como el Pacto de Bogotá, que se convierte en un instrumento de acceso a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que sin duda es una de las grandes instituciones del derecho internacional del siglo XX, que, como sabemos, tiene en la Corte Permanente de Justicia Internacional su antecedente inmediato.

Ahora bien, la CIJ y su jurisprudencia han jugado un papel muy importante en América Latina, por diversas razones.

En principio, porque su intervención ha sido definitoria en la solución de conflictos, sobre todo de carácter limítrofe. Ello, por supuesto, sin perjuicio de la relevancia que a otras resoluciones en materia de agresión, así como de derechos humanos y de medio ambiente, podamos atribuir. En ese sentido, la acción judicial de la CIJ ha constituido, por ejemplo, un dique a los posibles intentos de acción armada entre países de la misma región.

Además, porque la Corte identifica el derecho que se aplica en la región. Las copiosas sentencias que al momento se han dictado sobre asuntos de América Latina constituyen un acervo útil para la enseñanza en los cursos de derecho internacional.

Por otro lado, es notable el aumento significativo en el recurso de los Estados latinoamericanos a la jurisdicción de la CIJ (se cuentan más de veinte casos); surge entonces una interrogante: ¿a qué se debe tal aumento? En principio, no podemos ignorar la influencia de los apoyos económicos que se proporcionan tanto a nivel de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como desde el organismo regional, que es la Organización de los Estados Americanos (OEA). Más allá de las mejoras en el procedimiento de la CIJ, es importante mencionar que la ONU creó un fondo de ayuda judicial para los países subdesarrollados,² y que, asimismo, en la OEA han concurrido esfuerzos para, a través de un Fondo de Paz,³ destinar recursos financieros en apoyo a los Estados en la resolución de sus controversias.

Otra respuesta a la misma cuestión tiene que ver con cambios sustanciales en las relaciones internacionales, originados por fenómenos como el fin de la Guerra Fría. El enfrentamiento entre los dos polos opuestos paralizó el funcionamiento de las instituciones internacionales, como fue el caso de la CIJ; por eso, cuando el enfrentamiento entre las dos hegemonías se acaba, se produce una distensión y una revalorización de los organismos internacionales, que permite acceder a la competencia de la CIJ.

² Guillaume, Gilbert, “La Corte Internacional de Justicia. Situación presente, balance y perspectiva”, en Sepúlveda, Bernardo, *Diálogos sobre justicia internacional*, México, Trillas, 2009, pp. 73 y 74.

³ Disponible en: <http://www.oas.org/sap/peacefund/>.

Asimismo, también ejerce influencia la caída de las dictaduras en Sudamérica en la década de los ochenta. Entonces, los Estados de la región recurren al derecho y no al uso de la fuerza para resolver sus diferencias. Es decir, el factor derecho es, con cierta razón, preferido al uso de la fuerza en la política regional. Por supuesto, como dice el exjuez de la CIJ, Gilbert Guillaume,⁴ “El juez no puede garantizar él solo la paz. Pero puede jugar un papel decisivo en la prevención y la resolución de ciertos conflictos, en particular territoriales”. Y eso ha sucedido.

En otro sentido, la afluencia de asuntos ante la CIJ, que involucran a Estados latinoamericanos, motiva otra reflexión. Para conocer del caso *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, del 11 de septiembre de 1992, se constituyó una sala especial, compuesta por cinco jueces: Sette Camara, como presidente, junto con los jueces Oda y sir Robert Jennings; además de los jueces ad hoc Nicolás Valticos, designado a propuesta de El Salvador, y Torres Bernárdez, designado por Honduras. En uno de sus comentarios, el profesor español Remiro Brotons ha señalado cómo el hecho de que entre los jueces sólo uno (Torres Bernárdez) fuera hispanohablante, tuvo consecuencias en la definición de la sentencia.⁵ La puntillosa observación del profesor español es, desde luego, oportuna, pero, a nuestro parecer, aún se queda corta.

En efecto, si atendemos a la lista de los abogados que participaron en la defensa de cada uno de los tres Estados litigantes, nos encontramos con juristas de gran renombre, como Elihu Lauterpacht, Prosper Weil, Daniel Bardonnet, René-Jean y Pierre-Marie Dupuy, Paul De Visscher, Ian Brownlie, entre otros, de los cuales sólo Eduardo Jiménez de Aréchaga, exjuez y expresidente de la Corte Internacional de Justicia, es de América Latina.

Ahora bien, el Compromiso de 1986, en su artículo 5, referido al “Derecho aplicable”, establece textualmente:

Dentro del marco del apartado primero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Sala, *al dictar su fallo, tendrá en cuenta las normas de*

⁴ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 81.

⁵ “The chamber, with only Latin American (Brazilian) member, did not initially include a Spanish-speaking member, and it was only after the death of the ad hoc judge chosen by Honduras that this situation was modified. The inclusion in this case of one sole Spanish-speaking judge was, in the author’s opinion, decisive for the drafting of judgement, especially in relation to the disputed sectors of the land boundary”, Remiro Brotons, Antonio, “Territorial and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras), 2002”, en Wojcikiewicz Almeida, Paula y Sorel, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice. Contributions to international law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2017, p. 274.

derecho internacional aplicables entre las partes, incluyendo en lo pertinente, las disposiciones consignadas en el Tratado General de Paz (el énfasis es añadido).

De lo añadido podemos observar que las partes, en el Compromiso de 1986, decidieron que el derecho sustantivo a aplicarse por los jueces sería un derecho internacional latinoamericano. Sobre este tema hay una amplia y sólida literatura que fundamenta la existencia de un derecho internacional regional.⁶ Sólo recordemos ese documento seminal del juez Álvarez, que en su opinión disidente en el caso Asilo (Colombia v. Perú) expresó:

This expression “American international law” has been accepted in various ways which need not be mentioned here. This expression does not mean, as may appear at first sight and as many would have us believe, an international law which is peculiar to the New World and entirely distinct from universal international law, but rather the complex of principles, conventions, customs, practices, institutions and doctrines which are peculiar to the Republics of the New World.⁷

Entonces, nos preguntamos si constituyó una desventaja para los jueces el desconocimiento del idioma, así como del derecho de la región, tomando en cuenta, además, que gran parte, si no la totalidad, de los jueces que ocupan un escaño en los tribunales internacionales se han formado en universidades de tradición anglosajona, en las que no se enseña otro derecho más que el anglosajón. Si bien, para responder a lo anterior, se impone la necesidad de emprender un estudio profundo, fuera de los objetivos de esta publicación, no podemos dejar de plantear la interrogante.

Por otra parte, también invita a la reflexión la ausencia de juristas latinoamericanos entre los abogados que litigan en la CIJ. Sería un despropósito que en un asunto europeo, meramente hipotético, en donde una dis-

⁶ Véase, por ejemplo, entre otros: García Amador, E., “The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea”, *American Journal of International Law*, 68(1), 1974, pp. 33-50; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “La política exterior mexicana: sus principios fundamentales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001; Kohen, Marcelo, “La contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional en materia territorial”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 17, 2001, pp. 57-78; Obregón, Liliana, “Regionalism Constructed: A short History of Latin American International Law”, *European Society of International Law (ESIL)*, Conference Paper Series, núm. 5, 2012, pp. 1-15.

⁷ CIJ, *Asylum (Colombia v. Peru)*, Reconvención, fallo, 20 de noviembre de 1950, opinión disidente del juez Álvarez.

posición similar al artículo 5 del Compromiso de 1986 fuera aplicable, la totalidad de los abogados involucrados fueran latinoamericanos.

Entonces, la ausencia de juristas latinoamericanos en el litigio ante la CIJ puede deberse a varios factores (y aquí aventuramos hipótesis) como.

- La incapacidad de formación de juristas latinoamericanos;
- La ausencia de escuelas de derecho internacional de primer nivel en la región, y
- El monopolio de las escuelas europeas y estadounidenses en el foro internacional (gran parte de los jueces que ocupan un lugar en los tribunales internacionales se formaron en las universidades de estos lugares).

Sea lo que fuere, parecería adecuado pensar en la posibilidad de crear una corte internacional de justicia latinoamericana que funcione en los idiomas de la región español y portugués.

II. EL PACTO DE BOGOTÁ, PUENTE DE AMÉRICA LATINA CON LA CIJ

Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que el Pacto de Bogotá, que viene a ser una correa de transmisión entre la problemática latinoamericana y el tribunal internacional, ha jugado un papel vital para que sean presentados los casos de América Latina ante la CIJ.

Justamente, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 (denominado el Pacto de Bogotá) es de suma relevancia para nuestro tema, pues varios casos de América Latina llegaron a la CIJ en virtud de la aceptación de la competencia, que previamente se hizo en dicho tratado. En efecto, el Pacto de Bogotá fue utilizado por los Estados para darle competencia a la CIJ en por lo menos diez casos.⁸ Podemos decir que el Pacto de

⁸ Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras) (1988); Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras) (1999); Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia) (2001); Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) (2005); Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia) (2008); Maritime Dispute (Peru v. Chile) (2008); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica) (2011); Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile) (2013); Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia) (2013); Maritime delimitation in the Caribbean sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) (se ve junto con el caso sobre Isla Portillos) (2014).

Bogotá es un puente entre el sistema regional de solución de controversias y el sistema universal de la ONU.

Pero ¿cuál es origen del Pacto de Bogotá?

Para referirnos a su origen, hay que recordar que en la historia de América Latina, antes de la creación del Pacto de Bogotá, hubo varios intentos para proveer al continente de normas de solución de controversias, entre los que destaca, por ejemplo, el proyecto que data del Congreso Anfictiónico de Panamá, convocado por Simón Bolívar en 1826, en donde, entre otros puntos, se discutía la aplicación de la doctrina de *uti possidetis iuris* para la determinación de los límites entre las nuevas entes nacidos de la descolonización. Más tarde, en la Primera Conferencia Americana (1889-90), y ello es de gran importancia, se propondría un medio de solución de controversias de carácter arbitral entre las naciones americanas.

A principios del siglo XX, el 20 de enero de 1902, cuatro Estados centroamericanos (Costa Rica, el Salvador, Honduras y Nicaragua), mediante el Tratado de Paz y Arbitraje Obligatorio Centroamericano (Pacto de Corinto), crearon la Corte Permanente de Arbitraje, un órgano de carácter regional que nunca entró en funciones; sin embargo, no hay duda de que fue el punto de partida para la creación de la Corte de Justicia Centroamericana (o también conocida como la Corte de Cartago, por tener, en sus orígenes, su sede en la ciudad de Cartago, en Costa Rica) mediante el Tratado que fue aprobado por Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua en 1907, y que entró en vigor a partir de 1908.⁹ La Corte de Cartago cimentó los intentos subsecuentes de crear un sistema de solución de controversias en la región.

Más adelante, en 1928, en Washington, se celebró “la Conferencia Internacional Americana de Conciliación y Arbitraje la cual adoptó una convención sobre conciliación, un tratado de arbitraje y un protocolo al mismo”¹⁰ con efectos muy limitados, dadas las innumerables reservas interpuestas por los Estados. Es por eso que se encomendó al Comité Jurídico Interamericano, confeccionar un nuevo texto, que habría de someterse, y luego aprobarse, ante la Novena Conferencia.

Así fue como, producto del ordenamiento internacional post-Segunda Guerra Mundial, el Pacto de Bogotá fue aprobado en la IX Conferencia Panamericana, que se celebró en Bogotá en 1948, entre el 30 de marzo y el 2

⁹ Riquelme, Rosa, “Latin America and the Central American Court of Justice”, en Wojcikiewicz Almeida, Paula y Sorel, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice. Contributions to International Law*, Londres-Nueva York, Routledge, 2017, pp. 39 y 40.

¹⁰ Arrighi, Jean Michel, *La OEA y el derecho internacional*, México, Porrúa, 2015, pp. 26 y 27.

de mayo. El arranque del Pacto de Bogotá lo encontramos en la “Conferencia Interamericana sobre la Guerra y la Paz”, denominada también como Conferencia de Chapultepec, celebrada en la Ciudad de México del 21 de enero al 8 de marzo de 1945, y que entre sus objetivos se proponía preparar la participación de América Latina en la Conferencia de San Francisco.

De la Conferencia de Chapultepec derivan varias iniciativas importantes, que vale la pena mencionar. En principio, se anuncia por primera vez la acción o legítima defensa colectiva derivada de la iniciativa de Colombia,¹¹ y además tres documentos básicos para el orden jurídico de la región:

- Un acuerdo sobre seguridad regional, que derivó en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) de 1947.
- Un organismo regional que definiera derechos y obligaciones, con una estructura orgánica propia, que llegó a ser la Carta de la Organización de Estados Americanos.
- Y, finalmente, un tratado que contuviera todos los procedimientos de solución pacífica de controversias, que resultó ser el Pacto de Bogotá de 1948.

Ahora bien, el Pacto de Bogotá está enmarcado en el Estatuto de la OEA, y su fundamento se encuentra en el artículo 26 de dicha Carta:

Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios específicos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable.

El Pacto de Bogotá tiene como objetivo fundamental imponer una obligación general a los Estados parte para resolver pacíficamente las controversias que se susciten en la región; dispone de un catálogo de medios, como los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arbitraje y el recurso judicial ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Sobresale también el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, que es una reproducción del artículo 36, inciso 2, del Estatuto de la Corte Internacional

¹¹ Gaviria Liévano, Enrique, “El Pacto de Bogotá no es responsable del Fallo desfavorable de la Corte Internacional de Justicia”, *Jurídica*, disponible en: <http://blogs.portafolio.co/juridica/el-pacto-de-bogota-y-el-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia/> (fecha de consulta: 20 de julio de 2019).

de Justicia, que reconoce como obligatorio el recurso a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para todos los Estados parte de dicho Pacto.

Esta postura de someter a la CIJ las diferencias entre los Estados de América difiere de la idea de crear un tribunal internacional regional, que era la tendencia de algunos de los negociadores del Pacto de Bogotá. Esta actitud ya tenía un precedente, como vimos, en la creación de la Corte de Justicia Centro-Americana. Pero en Bogotá prevaleció la idea de remitir los conflictos a la CIJ.¹²

El tratado fue firmado por veintiún países;¹³ de ellos, ocho lo ratificaron sin reservas (Brasil, Costa Rica, Haití, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay), seis con reservas (Bolivia, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Perú; Bolivia y Chile retiraron sus reservas), cinco no lo han ratificado (Argentina, Cuba, Estados Unidos, Guatemala y Venezuela), y entró en vigor el 6 de mayo de 1949. Los pequeños Estados del Caribe, principalmente ex colonias europeas anglosajonas, ni siquiera firmaron el Pacto.¹⁴

Así, es significativo que, en el ámbito americano, tres grandes Estados no sean parte del Pacto de Bogotá: nos referimos a Canadá, Estados Unidos y Argentina, que indudablemente debilitan el tratado.

El Pacto de Bogotá, en su artículo LXI, da la posibilidad de denuncia, cuyo efecto, en tal caso, comienza un año después del aviso. Tales fueron los casos de El Salvador, que denunció el Pacto en 1973, y de Colombia (Estado que fue uno de los principales animadores del Pacto y de su artículo XXXI), que a su vez denunció el 27 de noviembre de 2012. Esta medida fue dirigida contra el fallo en el conflicto de Colombia y Nicaragua, de la misma Corte Internacional de Justicia, el 19 de noviembre del 2012.

Además, el Pacto de Bogotá tiene las siguientes normas generales:

- Las partes están obligadas a “resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”.¹⁵

¹² Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El Pacto de Bogotá sobre solución de controversias, a la luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, ente Nicaragua y Honduras (CIJ)”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., México, IJ-UNAM, 1999, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/122/5.pdf>.

¹³ Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html> (fecha de consulta: 30 de abril de 2020).

¹⁴ Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Guyana, Grenada, Haití, Jamaica San Kitts y Nevis Santa Lucía, St. Vicente y Grenadines, Suriname, Trinidad y Tobago.

¹⁵ Artículo II del Pacto de Bogotá.

- Iniciado uno de los procedimientos pacíficos, sea por acuerdo de las partes o en cumplimiento del presente Tratado, o de un pacto anterior, no podrá incoarse otro procedimiento antes de terminar aquél.¹⁶
- Los procedimientos de solución de controversias no podrán aplicarse a las materias que por su esencia son de la jurisdicción interna del Estado. Si las partes no estuvieran de acuerdo en que la controversia se refiere a un asunto de jurisdicción interna, a solicitud de cualquiera de ellas esta cuestión previa será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.¹⁷
- Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del Pacto.¹⁸
- Las partes del Pacto de Bogotá se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo.¹⁹
- El recurso a los medios pacíficos de solución de las controversias, o la recomendación de su empleo, no podrán ser motivo, en caso de ataque armado, para retardar el ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, previsto en la Carta de las Naciones Unidas.²⁰
- Si una de las partes del Pacto dejara de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte Internacional de Justicia o un laudo arbitral, la otra u otras partes interesadas, antes de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, promoverá una reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute la decisión judicial o arbitral.²¹

¹⁶ *Ibidem*, artículo IV.

¹⁷ *Ibidem*, artículo V.

¹⁸ *Ibidem*, artículo VI.

¹⁹ *Ibidem*, artículo VII.

²⁰ *Ibidem*, artículo VIII.

²¹ *Ibidem*, artículo L.

Ahora bien, el Pacto de Bogotá, al mismo tiempo que es el punto de partida para la aceptación de la competencia de la CIJ, ha sido objeto de interpretación de esta misma Corte en tres casos concretos relativos a excepciones preliminares concernientes a su jurisdicción. Esos casos son: la obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia v. Chile), las alegadas violaciones de los derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua v. Colombia), y las cuestiones de delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las doscientas millas náuticas de la costa nicaragüense (Nicaragua v. Colombia),²² con lo cual se aclara y precisa más el contenido del Pacto.

Por otra parte, hay un evidente debilitamiento del Pacto de Bogotá, por el bajo número de Estados parte (actualmente son diez Estados miembros del tratado) y la ausencia de los Estados grandes del continente. Además, hay una tendencia, que se discute en la doctrina, que propone una reforma al Pacto de Bogotá. Esta propensión critica el automatismo de la procedencia de la competencia de la CIJ y del arbitraje, y, en consecuencia, propone reformar ese automatismo.²³

En efecto, el artículo XXXII del Pacto de Bogotá establece que cuando el procedimiento de conciliación “no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1o. del artículo 36 del mismo Estatuto”. Es decir, el Pacto de Bogotá establece una relación entre el recurso de conciliación y el recurso a la CIJ, que opera automáticamente cuando falle el primero.

Esta posición crítica hacia el “automatismo” no es compartida por juristas de la talla de Eduardo Jiménez de Aréchaga y Alonso Gómez-Robledo, quienes ven en este automatismo, no una falla, sino una virtud, ya que “lejos de constituirse como un defecto del sistema, están destinadas a aumentar la eficacia y poner en ejecución la norma jurídica inserta en la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 26), en el sentido de no dejar sin resolver cualquier tipo de controversia que pudiera generarse entre los Estados americanos”.²⁴

²² Pacheco Blandino, Tania, “Repaso de las más reciente jurisprudencia de la CIJ relativa al Pacto de Bogotá”, en Corte Internacional de Justicia, Pacto de Bogotá, *Prolegomenon, in omnem terram*, disponible en: <https://inomnemterram.wordpress.com/category/pacto-de-bogota/> (fecha de consulta: 5 de julio de 2019).

²³ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*

²⁴ *Ibidem*, p. 84.

También es trascendente el recurso al arbitraje, en caso de que la CIJ se declare incompetente, que prevé el artículo XXXV: “si la Corte se declarase incompetente por cualquier otro motivo para conocer y decidir de la controversia, las Altas Partes Contratantes se obligan a someterla a arbitraje, de acuerdo con las disposiciones del capítulo quinto de este Tratado”.

En realidad, desde nuestra perspectiva, lo que hace el Pacto de Bogotá es reforzar el estado de derecho internacional, y cumplir el principio de solución pacífica de controversias, que es parte del orden público internacional; además, ha evitado los conflictos armados, que afortunadamente no son del todo frecuentes en la región.

III. LOS CASOS DE AMÉRICA LATINA ANTE LA CIJ

Pues bien, en este libro analizamos los más de veinte casos entre Estados americanos incoados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). A continuación, presentamos una tabla tomada de los archivos de la CIJ, en donde se señalan los casos presentados ante este tribunal.

<i>Caso</i>	<i>Introducción</i>	<i>Estado</i>
Asylum (Colombia/Perú)	1949	Resuelto en 1950
Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)	1950	Resuelto en 1950
Haya de la Torre (Colombia v. Peru)	1950	Resuelto en 1951
Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)	1951	Resuelto en 1955
Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)	1958	Resuelto en 1960
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)	1984	Resuelto en 1991
Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras) 20/12/1988	1986	Resuelto en 1992
Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)	1986	Resuelto en 1992

Antarctica (United Kingdom v. Argentina) Antarctica (United Kingdom v. Chile)	1955	Ambos removi- dos de la lista de la Corte en 1956, pues Argentina y Chile no habían aceptado su jurisdicción
Vienna Convention on Consular Relations (Para- guay v. United States of America)	1998	Descontinuado por las partes en 1998 ²⁵
Territorial and Maritime Dispute between Nicara- gua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)	1999	Resuelto en 2007
Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Co- lombia)	2001	Resuelto en 2012
Application for Revision of the Judgment of 11 Sep- tember 1992 in the Case concerning the Land, Is- land and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras: Nicaragua intervening) (El Salvador v. Honduras)	2002	Resuelto en 2003
Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)	2003	Resuelto en 2004
Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)	2005	Resuelto en 2009
Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uru- guay)	2006	Resuelto en 2010
Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Oth- er Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)	2008	Resuelto en 2009
Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia) 2008	2008	Resuelto en 2013
Maritime Dispute (Peru v. Chile)	2008	Resuelto en 2014

²⁵ “By letter of 2 November 1998, Paraguay indicated that it wished to discontinue the proceedings with prejudice. The United States of America concurred in the discontinuance on 3 November. On 10 November 1998, the Court therefore made an Order placing on record the discontinuance and directing the case to be removed from the List”, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/99>.

INTRODUCCIÓN

13

Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v. Brazil)	2009	Descontinuado por Honduras en 2010 ²⁶
Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)	2010	Resuelto en 2018
Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)	2011	Resuelto en 2015
Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)	2013	Resuelto en 2018
Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)	2013	Caso pendiente
Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)	2013	La CIJ emitió un fallo en 2017 respecto de las objeciones preliminares; pendiente de resolverse en el fondo (<i>merits</i>)
Maritime delimitation in the Caribbean sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) (se ve junto con el caso sobre Isla Portillos)	2014	Resuelto en 2018
Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)	2016	Caso pendiente
Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)	2018	Caso pendiente
Guatemala's Territorial, Insular and Maritime Claim (Guatemala/Belize)	2019	Caso pendiente

²⁶ “By a letter dated 30 April 2010, received in the Registry on 3 May 2010, Mr. Mario Miguel Canahuati, Minister for External Relations of Honduras, informed the Court that the Honduran Government was «not going on with the proceedings initiated by the application» and that it «accordingly withdraws this application from the Registry». Consequently, the President of the Court made an Order on 12 May 2010 in which, after noting that Brazil had not taken any step in the proceedings in the case, he recorded the discontinuance by Honduras of the proceedings and ordered that the case be removed from the List”, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/147>.

Como se puede apreciar, algunos de estos casos no llegaron a sentencia, y otros, para el momento en que se cerró este libro, se mantienen en proceso ante la Corte. Tal es el estado en que se encuentra la disputa entre Nicaragua y Colombia relativa a la violación de derechos soberanos y espacios marítimos en el Caribe, así como del caso entre Chile y Bolivia por el aprovechamiento de las aguas del Silala, cuerpo de agua asentado en el altiplano andino; de la validez legal del laudo arbitral celebrado entre Guyana y Venezuela en 1899, y, por último, del diferendo territorial entre Guatemala y Belice, que conoce la Corte desde junio de 2019, luego de que, mediante referendos celebrados el 15 de abril de 2018 y el 8 de mayo de 2019, las poblaciones de Guatemala y Belice, respectivamente, aceptaran que la disputa se sometiera ante esta instancia.²⁷

El análisis de los casos latinoamericanos ante la CIJ tiene múltiples utilidades; por ejemplo, sirve para ver qué tanto recurren los Estados latinoamericanos a la instancia judicial internacional más prominente, pues ello puede darnos un signo de su vocación por la legalidad y de su confianza por la justicia internacional; además, permite identificar las reglas del derecho internacional que se practican en la región. Aunque a este primer examen cabría agregar el grado de cumplimiento de las resoluciones, no lo hacemos aquí, pues sería un estudio referido a la efectividad del derecho internacional, que exige más espacio, y que también tiene que ver con el derecho interno de los Estados.

Después está el análisis propiamente de las sentencias, que nos puede dar una evidencia del derecho latinoamericano o del derecho internacional visto desde la perspectiva de los latinoamericanos (o de los extranjeros que habitan en esta región). Para la exposición de los análisis utilizamos un orden por temas, en cuatro capítulos: I. Fronteras; II Conflictos armados; III. Derechos humanos, y IV. Medio ambiente, y dentro de ellos, un orden cronológico. Esto, en el entendido de que alguno de esos casos puede estar relacionado con más de un tema, como el caso “Ciertas actividades llevadas por Nicaragua en el área fronteriza (Costa Rica vs Nicaragua)”.

Advertimos que las sentencias pueden tener diversas lecturas y diferentes enfoques, pues lo que el lector encontrará en este trabajo colectivo son

²⁷ Los referendos se organizaron en torno a la siguiente pregunta: “¿Está de acuerdo en que cualquier reclamo legal de Guatemala contra Belice relacionado con territorios terrestres e insulares y cualquier área marítima generada por ellos se presente a la Corte Internacional de Justicia para su solución definitiva y que esto delimite definitivamente los respectivos territorios y espacios de las partes?”. Véase “La Corte Internacional de Justicia resolverá la disputa territorial entre Guatemala y Belice”, véase *ONU Noticias*, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/06/1457641>.

los puntos de vista y el análisis de destacados especialistas en derecho internacional o en relaciones internacionales, oriundos o residentes de América Latina, como Bárbara Stepien; Andrés Sarmiento Lamus y Rodrigo González Quintero; Juan Manuel Portilla; Luis Gabriel Ferrer Ortega; Fabián Cárdenas; Virginia Petrova Georgieva; Sergio Peña Neira; Marisol Cuevas Tavera; Juan Carlos Velázquez Elizarrarás, Laura Alicia Camarillo Govea; Ricardo Valero; Paola A. Hernández; Eric Tardif, Gerhard Niedrist; e Iliana Rodríguez Santibáñez.

Independientemente del orden propuesto, el libro puede ser leído de acuerdo con el interés de lector, que pueden ser estudiantes, expertos en asuntos internacionales, relaciones internacionales y latinoamericanistas. También, como lo hemos dicho ya, nuestra propuesta intenta ser la base de nuevas y futuras investigaciones sobre la amplia y rica temática latinoamericana.

IV. RECONOCIMIENTOS

A lo largo de la realización de este trabajo hemos contado con las sabias opiniones de los colegas Luis Benavides, Laura Aguzin, Rafael Pérez Miranda, Mónica Nuño y Núria González, a quienes, concretamente, agradecemos sus lecturas críticas y propositivas del borrador de este libro. Por supuesto, ellos/ellas no son responsables de los errores de forma y fondo que pudiera tener este trabajo.

También agradecemos el trabajo de los jóvenes Raúl Eugenio Martínez y José Emiliano Márquez, quienes han estado pendientes de los aspectos técnicos de este libro durante su elaboración.

Este trabajo se realizó dentro del marco de la línea de investigación *Estado de Derecho Internacional*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y es por su valioso apoyo institucional que ha sido posible la realización del libro.

Finalmente, he de mencionar que una parte del trabajo se desarrolló durante mi estancia sabática en la Universidad British Columbia, de Vancouver, Canadá (septiembre 2018-agosto 2019), con el soporte del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico de la UNAM (PASPA) de la Dirección General del Personal Académico (DGAPA), a los cuales agradezco profundamente su apoyo.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

CAPÍTULO PRIMERO

FRONTERAS

En este capítulo, las sentencias de la CIJ se refieren a las fronteras terrestres, y fundamentalmente marítimas. El desacuerdo entre los Estados en torno al trazo de sus fronteras respectivas origina frecuentes “disputas fronterizas”, que se resuelven mediante el recurso a los mecanismos pacíficos de solución de controversias en el derecho internacional, y la CIJ ha desarrollado una importante jurisprudencia en este ámbito.

En América Latina, tal parece que los límites fronterizos constituyen el mayor número de potenciales conflictos entre los Estados.¹ Es por eso que el mayor número de casos (aquí se estudian una decena) presentados ante la CIJ, y que analizamos aquí, se refieren a disputas fronterizas.

El derecho internacional garantiza la inviolabilidad de las fronteras, como corolario indispensable del respeto de la integridad territorial de los Estados. Las normas internacionales también protegen la intangibilidad, o al menos la estabilidad de las fronteras estatales. Los casos llevados ante la CIJ por los Estados latinoamericanos en relación con sus fronteras tienen que ver con la interpretación y aplicación de tratados internacionales, algunos del siglo XIX. Aquí hay que observar que los tratados internacionales que crean fronteras han sido dotados de un régimen jurídico sui generis, y sus disposiciones deben ser respetadas aun en el caso de una sucesión de Estados.

Además, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la CIJ ha recurrido a este documento convencional no sólo como tal, sino como instrumento de codificación de las normas consuetudinarias), “un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegar-

¹ Heriberto Cairo afirma: en 1990, recién finalizada oficiosamente la Guerra Fría, apenas un poco más de tres mil km de tramos de límite fronterizo (en torno al 7% de la longitud total de las fronteras) eran impugnados por algún Estado latinoamericano (Foucher 1991). Y la disputa fronteriza iba unida, generalmente, a una reivindicación de una extensión territorial, mayor o menor. En total, sumaban algo más de 600.000 km² (alrededor de un 3% de la superficie total de América Latina). Véase Cairo Carou, Heriberto y Lois, María, “Geografía política de las disputas de fronteras...”, *op. cit.*

se como causa para dar por terminado un tratado entre dos o más Estados y una o más organizaciones internacionales o para retirarse de él si el tratado establece una frontera”.

De igual modo, el principio consuetudinario *uti possidetis iuris* reafirma la necesidad de estabilizar las fronteras de los nuevos Estados independientes, surgidos como resultado del proceso de descolonización. Como se verá en este capítulo, el recurso de la CIJ al principio *uti possidetis iuris* es fundamental y frecuente; sin embargo, no deja de ser complicada su aplicación, sobre todo cuando han transcurrido siglos de la descolonización y considerando además que los Estados, incluyendo la exmetrópoli, no siempre han sido cuidadosos con sus acervos históricos. Por eso, la CIJ se ha valido de otros principios, como la efectividad y la aquiescencia, para acompañar al principio *uti possidetis iuris*.

La literatura de derecho internacional valora altamente el principio *uti possidetis iuris* como un aporte al desarrollo progresivo del derecho internacional.² Este principio debe verse como un elemento defensivo que permite a los nuevos Estados latinoamericanos nacidos en el siglo XIX, tener una vida plena. En efecto, el derecho internacional del momento no era del todo propicio para los Estados recién nacidos, pues se consideraba que la conquista daba derechos y la legalidad del uso de la fuerza en las relaciones internacionales decimonónicas.

Y es que el movimiento de independencia en el continente americano en el siglo XIX planteaba varios problemas para los nuevos Estados. En principio, España y Portugal habían sido titulares de vastos territorios que no habían sido ocupados de facto, lo que, al no haber reglas claras de sucesión en el derecho internacional del momento, y aunado a que no existían reglas claras para considerarse un territorio sin dueño, podría atraer reclamaciones a Estados que en aquel tiempo no contaban con gobiernos e instituciones fuertes. De esta manera, el principio *uti possidetis iuris* es una respuesta legal que rechaza la existencia de *res nullius* y las guerras de conquista. Además, plantea que en caso de existencia de tratados de fronteras entre las potencias coloniales, éstos se deben respetar. La posición de AL es sumamente legalista, por lo que se subraya la importancia del derecho internacional como un escudo protector. Finalmente, hay que mencionar que en el siglo XX, con la descolonización de parte de Asia y África, el principio *uti possidetis iuris* retomó su importancia.

² Kohen, Marcelo G., “La contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional en materia territorial”, disponible en: http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22094/1/ADI_XVII_2001_04.pdf (fecha de consulta: 4 de abril de 2020).

Por otra parte, el derecho internacional también regula la delimitación de las fronteras estatales. No existen reglas claras para el trazo de las fronteras terrestres entre Estados, y esta cuestión se resuelve, generalmente, mediante negociaciones políticas, que culminan con la conclusión de tratados internacionales. Las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional del mar establecen reglas más precisas, pero no suficientes, respecto a la delimitación de las fronteras marítimas.

Especial referencia tienen las fronteras marítimas, pues, por un lado, aquí se manifiestan las propuestas de los países de América Latina que constituyen un desarrollo del derecho internacional del mar, y por la otra, evidencia la insuficiencia de la III Confemar para resolver las particularidades de las fronteras en la región. Tomando en cuenta que sobreviven conflictos potenciales en la región, sobre todo en el Caribe, la jurisprudencia que aquí se analiza tiene un gran valor para casos futuros y, por supuesto, para la academia.

Las fronteras constituyen, así, una temática clásica, e inclusive fundamental, del derecho internacional.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

DELIMITACIONES TERRITORIALES EN AMÉRICA LATINA.
CASO RELATIVO AL LAUDO ARBITRAL EMITIDO
POR EL REY DE ESPAÑA EL 23 DE DICIEMBRE
DE 1906 (HONDURAS VS. NICARAGUA)

Gerhard NIEDRIST

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El conflicto fronterizo entre Honduras y Nicaragua.* III. *El juicio ante la Corte Internacional de Justicia y en el contexto de la doctrina internacional.* IV. *Casos territoriales en América Latina.* V. *A manera de conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Al observar y analizar los asuntos que hasta la fecha se han presentado ante la Corte Internacional de Justicia, destaca la —relativa— gran cantidad de casos que tratan conflictos territoriales en América Latina. Estos conflictos tienen orígenes históricos, que datan de la descolonización del continente americano, dado que las fronteras de los nuevos Estados latinoamericanos se basaban en el principio de *uti possidetis*; esto es, en las antiguas fronteras coloniales españolas de principios del siglo XIX. Sin embargo, las nuevas fronteras, a menudo se encontraban en áreas inaccesibles y económicamente irrelevantes; no necesariamente seguían criterios geográficos y, en general, seguían más bien una lógica de fronteras coloniales que en sí, de fronteras entre Estados.

En este contexto, y comenzando a finales del siglo XIX, los países latinoamericanos han influenciado significativamente la doctrina legal de la delimitación fronteriza en procesos de descolonización e independencia de nuevos Estados. El caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906 es relevante, por varios aspectos. En primer lugar, muestra ilustrativamente el desarrollo, la definición y la delimitación de fronteras en América Latina. Después de una fase de consolidación in-

terna, los Estados latinos comenzaron, a finales del siglo XIX, a definir sus fronteras a través de acuerdos bilaterales basados en el principio *uti possidetis*, de comisiones conjuntas para definir las fronteras, y en caso de que no se llegara a un acuerdo, de arbitraje, como elemento judicial vinculante, para resolver el conflicto. Si bien es cierto que los laudos arbitrales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX han sido aceptados y cumplidos por los Estados participantes casi en su totalidad, hay casos como el de Honduras y Nicaragua en los cuales una de las dos partes niega la validez del laudo arbitral. A pesar de varios intentos por solucionar sus problemas mediante diferentes métodos de resolución de conflictos en las décadas siguientes, no fue sino hasta 1960 cuando éstos fueron resueltos por la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Es de mencionarse que la sentencia, en el caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906, destaca por varias razones. Primero, supone importantes aclaraciones sobre las figuras de aquiescencia y *estoppel*; esto quiere decir, cuándo y en qué circunstancias precluyeron reclamos y pretensiones legales por parte de los Estados. El hecho de que el caso del laudo arbitral entre Honduras y Nicaragua contara con relativamente poco eco en la literatura y en la doctrina del derecho internacional se debe sobre todo a que la CIJ ha precisado y complementado esta línea en su siguiente caso del templo de Preah Vihear entre Camboya y Tailandia.

Resulta interesante que el caso del laudo arbitral entre Honduras y Nicaragua fue uno de los primeros casos ante la CIJ que involucró países de América Latina, y el primero cuya temática constituía un conflicto territorial. A partir de la década de los noventa, muchos países de América Latina han sometido sus conflictos de delimitación marítima y terrestre ante la CIJ, con lo cual el caso del laudo arbitral representó un claro ejemplo. De igual manera, el caso es también el primero de un total de tres casos, en el cual la Corte Internacional revisa la legalidad de un laudo arbitral. En consecuencia, y desde un punto de vista doctrinal, su esencia corresponde a la efectividad de los laudos arbitrales y a su interacción con otros métodos políticos y jurídicos de solución pacífica de controversias.

De ahí que la comprensión de estos temas todavía sea de gran relevancia práctica en el derecho internacional. Así, se puede observar en una variedad de ejemplos actuales. Resulta interesante mencionar que muchos casos de conflictos territoriales en América Latina siguen aún sin resolverse; justo hace poco, en la primavera de 2018, Guayana inició un proceso contra Venezuela ante la Corte Internacional de Justicia por hechos muy similares

a los del caso entre Honduras y Nicaragua. El principio *uti possidetis* sigue teniendo un papel central en la definición de fronteras de nuevos Estados; al respecto, surgen las siguientes interrogantes: ¿bajo cuáles circunstancias los mecanismos de solución de controversias suponen medios eficaces?, y los Estados, ¿hasta cuándo pueden reclamar sus derechos frente a otros Estados?

II. EL CONFLICTO FRONTERIZO ENTRE HONDURAS Y NICARAGUA

El caso que nos ocupa, relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906,¹ tiene sus antecedentes históricos en la independencia de Nicaragua y Honduras de la Corona española en 1821. Cabe señalar que las fronteras de los nuevos Estados se definieron de acuerdo con el principio *uti possidetis*, doctrina que se desarrolló —en su sentido moderno y contemporáneo— en América Latina en el siglo XIX, y se aplicó hasta mitades del siglo XX exclusivamente en esta región. De acuerdo con dicho principio, las fronteras de los nuevos países independientes² debían seguir los límites administrativos del antiguo poder colonial.³

La frontera entre Honduras y Nicaragua se delimita en su parte oriental hasta la costa del Caribe por el río Coco. Una de las características de trascendencia, y que conviene subrayar, es que el río Coco fluía, en su curso fronterizo, a través de un área escasamente poblada y de poco interés económico para ambos Estados. Por lo tanto, y en dicho contexto —en el siglo XIX—, ni Honduras ni Nicaragua dieron mucha importancia a la limitación exacta de la frontera. Precisamente, y con referencia al principio *uti possidetis*, el juez Urrutia Holguín señaló tales circunstancias en su opinión disidente en el caso ante la CIJ:

Este principio general ofrecía la ventaja de establecer una regla absoluta según la cual, ningún territorio de la antigua América española carecía de dueño. Aunque había muchas regiones inexploradas o habitadas únicamente por

¹ CIJ, *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, fallo, 18 de noviembre de 1960, p. 192.

² Es importante mencionar que Honduras y Nicaragua, junto con El Salvador, Guatemala y Costa Rica, formaron la República Federal de Centro América, y que surgieron como países diferentes hasta 1839. No obstante ello, el principio *uti possidetis* siguió siendo aplicable.

³ Nesi, Giuseppe, “*Uti possidetis doctrine*”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 626-630.

nativos, se consideraba que estas regiones pertenecían legalmente a las respectivas repúblicas que habían sucedido a las provincias españolas a las que estaban conectadas estas tierras en virtud de antiguos decretos reales de la madre patria española.⁴

No fue hasta finales del siglo XIX cuando ambos Estados atribuyeron importancia a la delimitación exacta de su frontera, y fue por ello por lo que acordaron, mediante la Convención de Límites, del 7 de octubre de 1894,⁵ un procedimiento para su determinación. De acuerdo con el artículo 2o., parágrafo 3o., de este tratado —al cual se refiere comúnmente por el nombre de sus creadores como el Tratado “Gámez-Bonilla”— la delimitación de la frontera se debería basar en el principio de *uti possidetis*.⁶ De tal manera que la división territorial entre Honduras y Nicaragua se ubica en el contexto de una serie de acuerdos territoriales entre países vecinos de Hispanoamérica, los cuales se basan, en su mayoría, en el principio *uti possidetis*.⁷

En este sentido, el acuerdo limítrofe, en su artículo II, disponía que para tales efectos debiera integrarse una comisión conjunta que, sin mayores inconvenientes, estableció la frontera común de ambos Estados, desde la costa del Pacífico hasta el pueblo de Portillo de Teotecacinte.⁸ Sin embargo, desde este punto —que se ubica a doscientos kilómetros de la costa del Pacífico y a 350 de la costa del Caribe— la Comisión ya no pudo determinar conjuntamente la frontera. Así, el 4 de julio de 1901, este órgano colegiado documentó sus desacuerdos.⁹

Ante tales hechos, el numeral III del Tratado Gámez-Bonilla establecía que tanto los puntos de conflicto como la delimitación definitiva de la frontera debían ser decididos por un tribunal arbitral, previendo de igual manera el procedimiento para la designación de árbitros. Por tanto, y conforme a tal artículo, a cada una de las partes le asistía el derecho a asignar uno. Un tercer árbitro neutral debía ser seleccionado por los dos árbitros nacionales

⁴ (*Honduras v. Nicaragua*), fallo, *cit.*, nota 2, p. 226 (traducción de los autores).

⁵ “Convención de límites entre Nicaragua y Honduras”, tratado Gámez-Bonilla, Tegucigalpa, 7 de octubre 1894.

⁶ Dicho numeral dice textualmente: “Se entenderá que cada República es dueña del territorio que a la fecha de la Independencia constituía, respectivamente, las provincias de Honduras y Nicaragua”.

⁷ Infante Caffi, María Teresa, “Boundary Disputes in Latin America”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 1017-1027.

⁸ (*Honduras v. Nicaragua*), fallo, *cit.*, nota 2, p. 202.

⁹ *Idem*.

de un miembro del cuerpo diplomático acreditado en Guatemala. De igual modo, el numeral IV señalaba que dentro de un plazo de treinta días, el procedimiento arbitral debía desarrollarse en la ciudad de Guatemala, estableciendo un conjunto de reglas para los supuestos en los que algún miembro del cuerpo diplomático se excusara de los procedimientos de arbitraje.

Fue así como el 2 de diciembre de 1899, ambos árbitros nacionales acordaron, de manera conjunta, que el tercer árbitro neutral, el señor Federico Gamboa, fungiría como encargado de negocios de México en Guatemala. Sin embargo, en abril de 1902 éste fue retirado de sus servicios en dicha ciudad, y, como consecuencia, no pudo desempeñar su papel arbitral entre Nicaragua y Honduras. Transcurridos un par de meses, el 21 de agosto de 1902, los dos árbitros nacionales designaron como árbitro nacional al ministro mexicano para Centroamérica. No obstante, por cuestiones de salud, éste debió salir de la ciudad de Guatemala sin haber, previa y formalmente, aceptado ni rechazado la invitación de participar como árbitro en el conflicto fronterizo.¹⁰

A partir de este momento y durante un periodo de aproximadamente dos años no se cuenta con más registros o evidencias para el nombramiento de un árbitro neutral para continuar con el proceso arbitral entre Honduras y Nicaragua. Fue hasta el 2 de octubre de 1904 cuando los dos árbitros nacionales se reunieron con el señor Pedro de Carrere y Lembeye, ministro de España para Centroamérica. Habiendo comprobado mutuamente sus plenos poderes, nombraron tercer árbitro imparcial “de común acuerdo y previos los trámites que prescriben los artículos 3 y 4 del Tratado Gámez-Bonilla”, a Alfonso XIII, rey de España.¹¹

Podemos decir que con base en este acuerdo se estableció una comunicación inmediata entre Nicaragua, Honduras y el gobierno de España. El 4 de octubre de 1904, el señor Carrere y Lembeye envió un telegrama a los presidentes de Nicaragua y Honduras, informándoles del nombramiento como tercer árbitro al rey de España, y los días 6 y 7 de octubre del mismo año ambos presidentes dieron la bienvenida a este nombramiento. Al margen de lo anterior, el 17 del mismo mes y año, el ministro español informó a los gobiernos de Honduras y Nicaragua que el rey de España había aceptado formalmente su nombramiento como árbitro. Transcurridos un par de días, el 21 de diciembre del mismo año, el presidente de Nicaragua expresó final y públicamente al rey de España su más profundo agradecimiento por haber aceptado su nombramiento en el conflicto fronterizo.¹²

¹⁰ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, p. 205.

¹¹ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

¹² *Ibidem*, pp. 206 y 207.

Ciertamente, la delimitación fronteriza entre ambos Estados sigue las antiguas fronteras coloniales y, por lo tanto, se basa en el principio de *uti possidetis*. En su análisis, el rey de España se basaba en documentos históricos de la administración colonial española, así como en varios mapas publicados. Partiendo de esta base, éste llegó a la conclusión de que el punto fronterizo en la costa atlántica sería —en el cabo Gracias a Dios— la desembocadura del río Coco. Desde este punto, la frontera debe seguir el *Thalweg* del río Coco como límite natural entre ambos países. El arbitraje por parte del rey de España concluyó el 23 de diciembre de 1906.¹³ En términos prácticos significó que Honduras había ganado la disputa territorial.

Después de que Alfonso XIII diera a conocer el laudo arbitral, todo indicaba que Nicaragua aceptaría la decisión, y que el conflicto fronterizo con Honduras se resolvería justamente como estaba previsto en el tratado Gámez-Bonilla. En este sentido, el 25 de diciembre de 1906 —solamente dos días después del laudo del rey de España— el presidente de Nicaragua mandó un telegrama al presidente de Honduras:

Señor Presidente:

Por cable de hoy he conocido el Laudo del Rey de España en el asunto de límites; y según resolución parece que Ud. ha ganado la partida, por lo cual lo felicito. Nada vale una faja más de tierra cuando se trata de la buena armonía de dos pueblos hermanos. Terminada la enojosa cuestión de límites de modo satisfactorio como es el arbitraje amistoso, espero que en lo sucesivo no habrá nada entre nuestros respectivos pueblos que pueda obstaculizar nuestras buenas relaciones existentes.

Su afectísimo amigo.

J. S. Zelaya.¹⁴

A partir de este momento dio inicio un intercambio de notas diplomáticas entre los gobiernos de Honduras y Nicaragua, cuyo objetivo principal era la ejecución e implementación del laudo por parte de Nicaragua. Sin embargo, y mediante una carta del ministro de Relaciones Exteriores nicaragüense, el 19 de marzo de 1912, Nicaragua empezó a negar la validez del laudo y, como consecuencia, su obligatoriedad, originándose así una larga y duradera controversia sobre este conflicto fronterizo.¹⁵

¹³ N. N., “Laudo arbitral en la cuestión de límites entre las Repúblicas de Honduras y Nicaragua”, *Revista del Archivo y Biblioteca Nacionales*, Honduras, vol. VIII, núm. 3, pp. 196-205.

¹⁴ *Ibidem*, p. 205.

¹⁵ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, p. 203.

En las décadas siguientes, ambos países llevaron a cabo varios intentos para resolverlo. Entre 1918 y 1920, Estados Unidos ofreció sus servicios para mediar en la controversia; sin embargo, en el proceso de mediación, Nicaragua sostenía en su argumentación la nulidad del laudo por parte del rey de España, y, en consecuencia, alegaba que dicho conflicto fronterizo debería estar sujeto a un nuevo procedimiento arbitral. Por su parte, Honduras sostenía su postura respecto a la validez del laudo de 1906, validándolo, ya que tenía *prima facie* la presunción de legalidad, y que Nicaragua estaba obligada a dar cumplimiento al mismo. De lo contrario, mediante constantes y repetidas revisiones de nulidad, el proceso arbitral perdería sus efectos vinculantes, su efectividad, y podría convertirse en un proceso meramente aleatorio.¹⁶

Ante tal situación, el protocolo de Iría-Ulloa, negociado entre Honduras y Nicaragua en 1931, resolvería el conflicto territorial; sin embargo, finalmente no fue ratificado por las partes. Tampoco una mediación conjunta por Costa Rica, Venezuela y los Estados Unidos¹⁷ supuso el éxito deseado. A partir de 1957, entre Nicaragua y Honduras ocurrieron varios incidentes relacionados con el conflicto fronterizo, que incluían reclamos y quejas de actos de agresión por ambas partes. Por ello, la Organización de los Estados Americanos (OEA) empezó a actuar como mediador, y a través de su Consejo Permanente hizo un llamamiento a los dos Estados a abstenerse de nuevos actos de provocación. Con base en ello, tal órgano nombró un comité integrado por cinco expertos de los Estados miembros de la OEA, que lograron convencer a ambas partes de mantener un alto al fuego y de retirar sus tropas de la zona fronteriza. Aunado a lo anterior, el comité tenía un mandato mediador entre las partes, pero también fracasó en resolver el conflicto.¹⁸

Sin embargo, mediante el acuerdo de Washington, del 21 de julio de 1957,¹⁹ el comité logró convencer a ambas partes de adjudicar su controversia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).²⁰ De tal manera que dicho

¹⁶ *Límites entre Honduras y Nicaragua: mediación del gobierno de Estados Unidos*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012, particularmente p. 86, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc794s5> (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).

¹⁷ (*Honduras v. Nicaragua*), cit., nota 2, p. 203.

¹⁸ Merrils, J. G., *International Dispute Settlement*, 4a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 288.

¹⁹ “Agreement (with annexes A and B) on the procedure for submitting to the International Court of Justice their differences with respect to the Award of His Majesty the King of Spain of 23 December 1906. Signed at Washington, on 21 July 1957, 277 U.N.T.S. .59, No. 4005”.

²⁰ *Idem* (*Honduras v. Nicaragua*), cit., nota 2, p. 204.

acuerdo constituye la base de la jurisdicción ante la Corte Internacional de Justicia, a pesar de que las partes invocaron también declaraciones unilaterales en el sentido del artículo 36, parágrafo 2o., del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²¹ Consecuentemente, la cuestión de la admisibilidad de la demanda nunca jugó un papel trascendental en los procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia.

III. EL JUICIO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA INTERNACIONAL

1. *Laudo infundado de acuerdo con el Tratado Gámez-Bonilla*

Resulta importante destacar que tanto Honduras como Nicaragua detallaron sus principales argumentos respecto a la legalidad del laudo de 1906, en los apéndices del *Acuerdo de Washington*, y curiosamente son los mismos que habían alegado en el transcurso de los casi cincuenta años en que ha perdurado esta controversia fronteriza. En lo que concierne a Honduras, ésta alegó la legalidad del laudo,²² mientras que Nicaragua, desde un punto de vista meramente formal, negó la validez y legalidad de tal instrumento arbitral de 1906, y, por tanto, no se vio obligado a darle debido cumplimiento.²³ De modo que Honduras solicitó ante la CIJ que declarara lo siguiente:

I. Que el Gobierno de la República de Nicaragua tiene la obligación de hacer efectivo el laudo arbitral dictado el 23 de diciembre de 1906 por Su Majestad el Rey de España.

II. Además, dejar constancia de la reserva formulada por el Gobierno de Honduras en relación con su derecho a solicitar una indemnización por los perjuicios que le han causado como resultado de la no ejecución de dicho laudo arbitral.

III. Rechazar las presentaciones de Nicaragua.²⁴

²¹ N. N., “Honduras v. Nicaragua”, *Duke Law Journal*, año 10, núm. 4, pp. 548-553.

²² “Agreement (with annexes A and B) on the procedure for submitting to the International Court of Justice their differences with respect to the Award of His Majesty the King of Spain of 23 December 1906. Signed at Washington, on 21 July 1957, 277 U.N.T.S. .59, No. 4005, Apéndice A”.

²³ *Ibidem*, apéndice B.

²⁴ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, pp. 196 y 197 (traducción de los autores).

Por otro lado, el Estado nicaragüense solicitó a esta misma Corte desestimar la demanda por parte de Honduras, basándose esencialmente en los siguientes puntos:

I. ...

Sentenciar y declarar que la decisión del Rey Alfonso XIII no es un laudo arbitral conforme al Tratado de Gámez-Bonilla de 7 de octubre de 1894, y que por lo tanto, no tenía fuerza obligatoria, puesto que dicho Tratado había expirado en el momento en que el Rey aceptó el cargo de árbitro único, *a fortiori* cuando dio su decisión calificada de “arbitral”; porque esta decisión “arbitral” del Rey Alfonso XIII fue declarada por él como único árbitro, en violación flagrante de las disposiciones del Tratado de Gámez-Bonilla; y por consiguiente, su decisión está viciada por errores esenciales; porque con tal resolución, el Rey excedió su jurisdicción; y porque no está respaldada por una adecuada declaración de motivos.

III. Decidir y declarar que la llamada decisión “arbitral”, en cualquier caso, es incapaz de ejecución debido a sus oscuridades y contradicciones.

IV. Sentenciar y declarar en consecuencia, que Nicaragua y Honduras se encuentran en relación con su frontera, en la misma situación legal que antes del 23 de diciembre de 1906.

V. ...²⁵

Por lo tanto, resulta incuestionable que la delimitación fronteriza no representó la cuestión central ante la CIJ, sino más bien la validez del laudo de 1906. En este sentido, los argumentos de Honduras se basaron en la legalidad del laudo arbitral, alegando que el laudo era válido porque tenía todas las apariencias externas de un arbitraje válido. De acuerdo con Honduras, tanto ella como Nicaragua participaron en los procedimientos ante el rey de España, sin cuestionar la validez del cuerpo arbitral en este mismo proceso.²⁶ Por otro lado, los argumentos de Nicaragua se basaron en aspectos esencialmente legales para constituir el arbitraje de 1906, así como también en una serie de errores procedimentales en el mismo.

En primer lugar, Nicaragua cuestionó la base legal del laudo. Según ésta, el tratado de Gámez-Bonilla ya no estaba en vigor cuando se dio a conocer el laudo arbitral. Dicho Tratado fue firmado por los dos países el 7 de octubre de 1894, e iba a estar en vigor por un periodo de diez años. Sin embargo, no contemplaba disposiciones sobre su entrada en vigor. Nicaragua sostenía la posición de que el tratado de límites entró en vigor con su firma,

²⁵ *Ibidem*, p. 197 (traducción de los autores).

²⁶ *Ibidem*, p. 205.

y que no estaba en vigor hasta el 7 de octubre de 1904. Consecuentemente, el proceso arbitral por el rey de España también iba a carecer de base jurídica, y el laudo, de validez legal.²⁷

Finalmente, y atendiendo a lo antes expuesto, la CIJ secundó la posición de Honduras, y después de un debido análisis de los artículos VIII, IX y X del Tratado Gámez-Bonilla, pero, especialmente, y sobre todo, analizando el comportamiento tanto de Honduras como de Nicaragua en el nombramiento del rey de España como árbitro, consideró, como fecha de entrada en vigor del Tratado —el momento de intercambio de instrumentos de ratificación—, esto es el 24 de diciembre de 1896 y hasta el 24 del mismo mes de 1906. Particularmente, y en opinión de la Corte Internacional de Justicia, no parecía creíble que Nicaragua hubiera participado activamente en el nombramiento del árbitro el 2 de octubre de 1904, aunque —de acuerdo con la postura nicaragüense— este procedimiento carecería de su fundamento legal sólo cinco días después, es decir, el 7 de octubre del mismo año. Cabe destacar adicionalmente que Nicaragua sí participó de manera activa en el proceso arbitral y sin cuestionar en ningún momento la validez del mismo.²⁸ Incluso fueron días después que se dio a conocer el laudo desfavorable para Nicaragua, cuando su presidente felicitó a su homólogo hondureño por haber ganado el caso. En este contexto, resulta insólito que en 2007, la Corte —en un caso que determinó la frontera marítima entre Honduras y Nicaragua— aceptara, sin mayor análisis y discusión, el año 1896, y no 1894, como fecha de entrada en vigor del Tratado Gámez-Bonilla.²⁹

2. *Aquiescencia y estoppel*

Sin embargo, Nicaragua perdió sus (posibles) reclamos contra Honduras, por su comportamiento en el nombramiento del rey de España como árbitro, y también, después que se dio a conocer el laudo arbitral. En este sentido, el caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 21 de diciembre 1906 ejerce cierta relevancia doctrinal para los conceptos de *aquiescencia* y *estoppel*. Si bien no hay duda de que la CIJ basó su decisión en estos conceptos, resulta curioso que no los haya mencionado expresa-

²⁷ *Ibidem*, pp. 198 y 199.

²⁸ *Ibidem*, nota 2, pp. 208 y 209.

²⁹ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute Between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre de 2007, p. 674, para. 37.

mente en alguna parte de su sentencia. Aquiescencia y *estoppel* son figuras del derecho internacional como expresión de los principios de la buena fe y la equidad.³⁰ En claro contraste a lo anterior, en el caso *Golfo de Maine* sí se expresó y se dio el siguiente entendimiento de ambos conceptos:

130. La Sala observa que, en cualquier caso, los conceptos de aquiescencia y *estoppel*, independientemente de la condición que les otorgue el Derecho Internacional, se inspiran en los principios fundamentales de la buena fe y la equidad. Sin embargo, se basan en un razonamiento jurídico diferente, ya que la aquiescencia es equivalente al reconocimiento tácito manifestado por una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento, mientras que el *estoppel* está vinculado a la idea de preclusión.³¹

Con ello queda claro que ambas figuras, que tienen su origen en el *common law*, poseen la función de proteger intereses legítimos. Sin embargo, sus efectos jurídicos son diferentes. Mientras que la aquiescencia cambia el derecho material a través de un acuerdo tácito, el *estoppel* refiere “solamente” a la consecuencia de la imposibilidad de exigir estos derechos.³²

Como es bien sabido, “aquiescencia” proviene de la palabra latina *quiescere*, que literalmente se traduce como “estar en silencio”. El principio se entiende como un consenso tácito por silencio, o bien por falta de una acción; por ejemplo, una protesta en contra de otro sujeto de derecho internacional.³³ Por lo tanto, se trata de una excepción al principio del derecho romano *qui tacet consentire non videtur*.

Por su parte, el *estoppel* protege los intereses legítimos de un Estado que son causados, a su vez, por actos de otro Estado. Es una figura de procesos judiciales, y de acuerdo con ésta, ningún Estado puede presentar argumentos que están claramente en contra de su comportamiento anterior. En ello resulta irrelevante si sus argumentos están fundamentados o no.³⁴ Su

³⁰ Von Heinegg, Wolff Heintschel, *Casebook Völkerrecht*, München, C. H. Beck, 2005, p. 147, para. 332.

³¹ CIJ, *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada vs. United States of America)*, fallo, 12 de octubre de 1984, p. 246, para. 305 (traducción de los autores).

³² Von Heinegg, Wolff Heintschel, *Casebook Völkerrecht*, *op. cit.*, nota 31, p. 147, para. 333.

³³ Marques Antunes, Nuno Sérgio, “Acquiescence”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 53-58, en especial p. 53.

³⁴ CIJ, *Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fallo, 15 de junio de 1962, opinión disidente de sir Percy Spender, pp. 143 y 144.

argumentación es *estopped* (impedida); en otras palabras, su argumentación precluyó.³⁵

Hay que mencionar que tanto *aquiescencia* como *estoppel* tienen particular importancia en conflictos territoriales y fronterizos, donde los países usan archivos, notas oficiales, correspondencia diplomática, o mapas para argumentar sus posiciones. Ambos principios se usan constantemente en razonamientos y opiniones disidentes en procesos judiciales y cuasi-judiciales. Además del caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 21 de diciembre 1906 y el caso del *Templo*,³⁶ los principios también se encuentran, entre otros, en el caso *Factory at Chorzów*,³⁷ *Golfo de Maine*,³⁸ o bien en casos ante los órganos de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC).³⁹ En el conflicto territorial entre Colombia y Nicaragua de 2007⁴⁰ la *aquiescencia* jugó un papel importante en la resolución del caso.⁴¹ Asimismo, y aparte de estos conflictos tradicionales —en su mayoría territoriales—, los principios de *aquiescencia* y, sobre todo, de *estoppel* contribuyen a la comprensión y aplicación de figuras del derecho internacional, tales como actos y declaraciones unilaterales, esto es, *soft-law* y acuerdos no vinculantes.⁴²

De tal modo que el caso del laudo arbitral que nos ocupa resulta un claro ejemplo del uso de *aquiescencia* y *estoppel*. Como la CIJ en su sentencia no menciona ninguno de los dos términos, no resulta muy claro en cuál de los dos principios se sustenta. Sin embargo, una expresión e indicación por demás evidente se encuentra en la opinión concurrente del juez Percy Spender:

No considero necesario determinar si el nombramiento del Rey implicó el incumplimiento de las disposiciones del Tratado. Aunque insisto firmemente en la opinión de que el nombramiento fue irregular, esta afirmación de Ni-

³⁵ Cottier, Thomas y Müller, Jörg Paul, “Estoppel”..., *cit.*, pp. 671-677, particularmente, p. 672.

³⁶ (*Cambodia v. Thailand*)..., *cit.*, opinion disidente de sir Percy Spender, nota 35, pp. 23-32.

³⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, “Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)”, series A, núm. 9, 26 de julio de 1927, p. 2.

³⁸ (*Canada vs. United States of America*)..., *cit.*, p. 246.

³⁹ OMC, *Comunidades Europeas—Subvenciones a la exportación de azúcar*, WT/DS265/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, 28 de abril de 2005, para. 309-318.

⁴⁰ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)*, fallo, 19 de noviembre de 2012, p. 624.

⁴¹ Damrosch, Lori F., *International Law: Cases and Materials*, St. Paul, Minn., West Group, 2009, p. 185.

⁴² Cottier, Thomas y Müller, Jörg Paul, “Estoppel”..., *cit.*, 2012, pp. 671-677, para. 612.

caragua fracasa porque ese Estado se ve impedido por su conducta antes y durante el curso del arbitraje de depender de cualquier irregularidad en el nombramiento del Rey como terreno para invalidar el laudo.

Estoy de acuerdo en que Nicaragua, en virtud de su conducta posterior al otorgamiento del laudo, no puede confiar en ninguno de estos argumentos para validar el laudo. Doy especial importancia al hecho de que Nicaragua, durante muchos años después de conocerse los términos del laudo, no planteó ninguna pregunta sobre su validez.

Descanso mi opinión sobre este aspecto del caso exclusivamente sobre la base de la preclusión. No es necesario determinar si, a causa de esta preclusión, cualquiera de estos argumentos de Nicaragua hubiera dado lugar a una causa de nulidad. Intentar hacerlo sería, en mi opinión, una excursión irrelevante.⁴³

Con lo anteriormente expresado queda claro que al menos el juez Spender basa su opinión en el principio de *estoppel*. No así, si la Corte Internacional de Justicia basó mayoritariamente su sentencia en la aquiescencia, al igual que el juez australiano en el *estoppel*. Ante tales razones, el caso del laudo arbitral ha encontrado relativamente poca recepción tanto en la literatura como en la doctrina del derecho internacional.

El caso de la CIJ que cuenta con mayor referencia en el contexto de aquiescencia y *estoppel* es el caso del *templo de Preah-Vihaer* entre Camboya y Tailandia, de 1962. Ello resulta notable porque, desde el punto de vista cronológico, es el asunto que justamente sigue al caso del laudo arbitral por el rey de España. Ambos casos tienen hechos parecidos, tratan conflictos fronterizos, y la Corte Internacional de Justicia aplica los mismos principios para llegar a sus conclusiones. Por lo tanto, parece innegable que el caso de arbitraje entre Honduras y Nicaragua constituye, por parte de la CIJ, el primer paso de su desarrollo, que concluyó con el caso del *templo de Preah-Vihaer*.

Ahora bien, es interesante señalar que el *templo de Preah-Vihaer* se encuentra en la zona fronteriza entre Tailandia —antes Siam— y Camboya. A través del Tratado del 13 de febrero de 1904 se definiría la frontera entre los dos países con base en la vertiente de drenaje en el área. Por consiguiente, el gobierno siamés, en 1907, encargó a una comisión francesa el desarrollo de mapas fronterizos, cuyo trabajo concluyó en 1908. Tales mapas mostraban el templo del lado camboyano de la frontera, mientras que investigaciones posteriores mostraron otro curso de la vertiente del agua.

En consecuencia, tal como también lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 15 de junio de 1962, y de acuerdo con el

⁴³ (*Honduras v. Nicaragua*)..., *cit.*, opinión separada de sir Percy Spender, p. 219.

Tratado de 1904, el templo correspondería quedar para Tailandia (antes Siam) y no para Camboya.⁴⁴ Sin embargo, lo decisivo para la Corte Internacional de Justicia no fue el punto de vista formal con base en el tratado de 1904, sino más bien el comportamiento de Siam (y Tailandia) después de la creación del mapa de 1907-1908. En palabras de la CIJ, expresaba lo siguiente: “Incluso si hubiera alguna duda sobre la aceptación del mapa por parte de Siam en 1908, y por tanto, de la frontera indicada al respecto, el tribunal consideraría, a la luz del curso subsiguiente de los acontecimientos, que Tailandia está ahora impedida, por su conducta, de afirmar que ella no lo aceptó”.⁴⁵

Con todo ello, es indudable que la Corte Internacional de Justicia considera el comportamiento de Tailandia después de la creación del mapa como fundamento para la preclusión de sus derechos (*estoppel*). Es notable el uso del término *incluso*, que se puede interpretar en el sentido de que la CIJ está usando *estoppel* de manera auxiliar, y que su razonamiento también se pudo haber basado en el principio de aquiescencia. Por tanto, y a todas luces se observa que con el principio de *estoppel* se puede llegar, de manera más sencilla, a resultados más claros, dado que no hay necesidad de examinar la situación actual del derecho sustantivo. La protección se enfoca a una conducta contradictoria en comparación con posiciones anteriores, sin que el tribunal tenga que verificar la plausibilidad de estos razonamientos.⁴⁶ En el caso del laudo arbitral en estudio, la opinión concurrente del juez Spender se ha convertido, en el asunto el *templo de Preah-Vihaer*, en la posición mayoritaria de la Corte Internacional de Justicia.⁴⁷ De tal modo que no es sorprendente que, en general, sea aceptada la doctrina vertida en la opinión del juez Spender en el asunto Honduras vs Nicaragua, que se encuentra en el caso del *templo de Preah-Vihaer*,

...el principio sirve para evitar que un Estado impugne ante el Tribunal una situación contraria a una representación clara e inequívoca que anteriormente había hecho a otro Estado, expresa o implícitamente, respecto de la

⁴⁴ (*Cambodia v. Thailand*)..., *cit.*, opinión disidente de sir Percy Spender, nota 35, p. 32.

⁴⁵ *Idem* (traducción de los autores).

⁴⁶ Von Heinegg, Wolff Heintschel, *Casebook Völkerrecht*, München, C. H. Beck, 2005, p. 151, para. 151.

⁴⁷ Curiosamente, el juez sir Percy Spender no se adhirió a la sentencia, y formuló una opinión disidente. En ella, destacó las diferencias conceptuales entre aquiescencia y *estoppel*. Sin embargo, y ante las pruebas específicas del caso, llegó a la conclusión de que en su opinión no precluyeron las reclamaciones de Tailandia. Véase *Cambodia v. Thailand*..., *cit.*, opinión disidente de sir Percy Spender, nota 35, pp. 143 y 144.

cual el otro Estado estaba facultado, según las circunstancias, para apoyarse y en el hecho sí se basó, y como resultado, que otro Estado ha sido perjudicado o que el Estado que lo hizo se ha asegurado algún beneficio o ventaja para sí mismo.⁴⁸

3. *Nulidad de laudos arbitrales ante la CIJ*

De igual modo, y en segundo lugar, Nicaragua argumentó una serie de vicios procedimentales en el proceso ante el rey de España, que de acuerdo con la postura nicaragüense darían igualmente fundamento a la nulidad del laudo.⁴⁹ En particular, justificó su punto de vista con base en el exceso de competencias por parte del árbitro, en errores fundamentales en el mismo, así como en un razonamiento insuficiente.⁵⁰ Es interesante señalar que, de manera general, se reconoce que las decisiones de un tribunal arbitral son vinculantes, pero no necesariamente definitivas. Si un laudo arbitral puede ser interpretado, revisado o impugnado, depende principalmente de las reglas del arbitraje en sí mismo. Dado que los Estados buscan resolver conflictos de manera rápida y definitiva, la posibilidad de impugnar un laudo resulta excepcional, y son más frecuentes sus interpretaciones.⁵¹

Hay que tener en cuenta que un laudo arbitral no sólo puede impugnarse por las propias reglas del arbitraje, sino de igual manera mediante las reglas generales del derecho internacional público. Además, como es bien sabido, el laudo sólo resulta vinculante entre las partes. En tal sentido, si el tribunal arbitral se ha constituido de forma legal, decidiendo el caso con base en las instrucciones que recibió, por ende, emitirá un laudo arbitral adecuado.⁵² Atender a tales lineamientos de dichas formalidades corresponde no sólo al propio árbitro, sino también a las instancias e instituciones de resolución de controversias internacionales, sobre todo con la adjudicación a la CIJ.

No hay que olvidar que una de las características esenciales de las adjudicaciones arbitrales son la rapidez y la flexibilidad, así como también su alto grado de implementación. Resulta interesante señalar que a lo largo del siglo XIX casi todos los procesos arbitrales se establecieron con base en un

⁴⁸ *Ibidem*, nota 35, pp. 23-32 (traducción de los autores).

⁴⁹ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, p. 205.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 210.

⁵¹ Merrils, J. G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 111.

⁵² *Ibidem*, p. 113.

compromiso para la resolución de conflictos actuales, y los Estados involucrados aceptaron casi la totalidad de los laudos. Otro rasgo notorio es que ha sido una práctica común que jefes de otros Estados u otras figuras públicas reconocidas hayan llevado a cabo el arbitraje; sin embargo, y dado que sus decisiones a menudo no estaban razonadas ni detalladas, no cumplían con los estándares de un proceso de un Estado de derecho moderno. No obstante lo anterior, ya en el siglo XX, y gracias a la profesionalización de los procesos arbitrales, éstos se incrementaron, provocando de igual manera una alta tasa de implementación de los laudos arbitrales.⁵³

Es de llamar la atención que el caso del laudo arbitral de Alfonso XIII es uno de los pocos casos en los que su legalidad ha sido revisada por un tribunal. Recordemos que Nicaragua argumentó tanto la falta de base legal para el arbitraje en el nombramiento del rey de España en su calidad de árbitro como los errores esenciales en el procedimiento. Indiscutiblemente resultan por demás extraños casos en los cuales se argumenta un defectuoso nombramiento del árbitro,⁵⁴ entre otros aspectos, por las características consensuales en la formación de un arbitraje. Más frecuentes son aquellos casos en los que las razones de su nulidad suponen un exceso de competencias por parte del árbitro. Otros de los motivos para su revocación son, por ejemplo, vicios en la composición del tribunal arbitral, la superación de los poderes jurisdiccionales, la desviación de los principios procesales fundamentales, el fraude y la corrupción, así como la ausencia de los motivos esenciales de la decisión en el laudo arbitral. Sin embargo, Nicaragua perdió sus —posibles— reclamos contra Honduras por su proceder, tanto en el nombramiento del rey de España como árbitro, así como por aquél, una vez dado a conocer el laudo arbitral.

Singularmente, el caso del laudo arbitral emitido por el rey de España es uno de los pocos casos de arbitraje que ha sido sometido a una revisión judicial. No obstante, y dado que Nicaragua perdió todos sus reclamos a base de preclusión, la CIJ nunca se pronunció sobre los argumentos de fondo. En general, son pocos los casos en los cuales se argumentan errores en el nombramiento de los árbitros.⁵⁵ Son más frecuentes aquellos en los que las partes reclaman un exceso de competencias por parte de los árbitros, tal como fue en el segundo caso de un laudo arbitral que llegó a la revisión ante

⁵³ *Ibidem*, p. 124; Brower, Charles H II, “Arbitration”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 531-549, en especial, p. 545.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁵⁵ Merrills, J. G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 114.

la CIJ. Nos referimos al asunto entre Guinea-Bissau y Senegal; aquél argumentó que el laudo arbitral era nulo porque el tribunal arbitral omitió dar respuesta a la segunda pregunta que le fue planteada. Sin embargo, la CIJ determinó que debido al resultado de la primera pregunta no era necesario dar contestación a la siguiente, y, en consecuencia, rechazó los reclamos alegados por Guinea-Bissau.⁵⁶

El tercero, y hasta la fecha último caso de revisión de un laudo arbitral, fue presentado ante la CIJ por *Guyana contra Venezuela* el 29 de marzo de 2018, asunto particularmente interesante, porque sus hechos y características son muy similares al caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 21 de diciembre 1906.⁵⁷ Corresponde a una disputa fronteriza entre Venezuela y Gran Bretaña en el territorio de la actual Guyana. Cuando el país británico adquirió la Guyana de las Tierras Bajas en 1814, la frontera occidental no estaba definida. Una comisión británica finalmente estableció la frontera en 1835, pero Venezuela no la reconoció desde 1841. Las reclamaciones venezolanas se extendieron aproximadamente a dos tercios del territorio guyanés. Venezuela tenía razón, y con el apoyo estadounidense, Gran Bretaña prohibió el establecimiento de un tribunal arbitral. El Estado venezolano se convenció de ganarlo, cuando Gran Bretaña finalmente se rindió en 1895 e inició el arbitraje.⁵⁸

Sorprendentemente, y sin dar ningún tipo de justificación, el tribunal arbitral confirmó en gran parte la posición británica.⁵⁹ Severo Mallet-Prevost, uno de los abogados de Venezuela en el proceso arbitral, presentó después de su muerte en 1949, alegaciones severas contra Gran Bretaña. De acuerdo con Mallet-Prevost, el Reino Unido influyó y coaccionó sobre la opinión del árbitro neutral, que provenía de Rusia. Esta declaración de Mallet-Prevost es la razón más importante por la que Venezuela rechaza el laudo arbitral como nulo.⁶⁰

⁵⁶ CIJ, *Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, fallo, 12 de noviembre de 1991, p. 53.

⁵⁷ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, p. 192.

⁵⁸ United States Department of State, Office of the Historian, *Venezuela Boundary Dispute, 1895–1899*, disponible en: <https://history.state.gov/milestones/1866-1898/venezuela> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2018).

⁵⁹ “Venezuela British-Guinea Boundary Arbitration (Venezuela v. Great Britain)”, *British and Foreign State Papers*, vol. 92, 1899-1900, p. 160.

⁶⁰ Schoenrich, Otto, “The Venezuela-British Guiana Boundary Dispute”, *The American Journal of International Law*, 43, año 3, núm. 1949, pp. 523-530. Merrills, J. G., *International Dispute Settlement*, 4a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 126, disponible en: <http://icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>.

En este contexto, y a la luz de la independencia de Guyana en 1966, el Reino Unido, Guyana y Venezuela, mediante el Acuerdo de Ginebra, han acordado un mecanismo consensuado de solución de controversias respecto a las reclamaciones territoriales por parte de Venezuela. Si esta solución de controversias fallara, conforme al Acuerdo de Ginebra, el secretario general de las Naciones Unidas puede elegir un mecanismo de solución para el conflicto territorial de conformidad con el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. El 30 de enero de 2018, el secretario general de la ONU determinó a la Corte Internacional de Justicia como mecanismo para resolver este conflicto,⁶¹ y precisamente ello es la base legal de la jurisdicción de la demanda que presentó Guyana contra Venezuela el 29 de marzo de 2018.⁶² Desde el punto de vista del derecho material, no sorprende que Guyana hubiera basado su demanda en la legalidad del laudo de 1895, argumentando una aceptación tácita por parte de Venezuela desde 1905.⁶³

Debemos señalar que en el proceso, la CIJ se debe enfocar a dos cuestiones principales. Primera, tendrá que determinar si tiene jurisdicción. Ni Guyana ni Venezuela reconocen la jurisdicción de la CIJ mediante una declaración unilateral en virtud del artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte; aunado a lo anterior, tampoco han ratificado el Pacto de Bogotá,⁶⁴ que dispone, entre otros, a la CIJ como método de solución de controversias entre países de América Latina. Hay que resaltar que, si acaso, una selección del secretario general de la lista de métodos del artículo 33 de la Carta de la ONU pudiera ser base suficiente para establecer la jurisdicción ante la CIJ; ello parecería, al menos, dudoso. El artículo 33 de la Carta de la ONU menciona simplemente al *arreglo judicial* como método de solución de controversia, y no específicamente a la CIJ. Además, ésta tampoco incluye en la lista de tratados a través de los cuales se pudiera constituir la jurisdicción de la Corte,⁶⁵ lo cual, por supuesto, sólo se debe tomar como indicación.

⁶¹ United Nations, Secretary General, *Statement attributable to the Spokesman for the Secretary-General on the border controversy between Guyana and Venezuela*, disponible en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-01-30/statement-attributable-spokesman-secretary-general-border> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2018).

⁶² CIJ, *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, Procedimientos Instituidos, Solicitud, 29 marzo de 2018, para. 14, disponible en: <http://icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf> (fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).

⁶³ *Ibidem*, para. 1-4.

⁶⁴ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, 30 UNTS 55.

⁶⁵ CIJ, *Jurisdiction, Treaties*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/treaties> (fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).

Ahora bien, y desde el punto de vista del derecho sustantivo, se tendrá que dar respuesta a interrogantes, muy similares a las que supuso el caso del laudo arbitral entre Honduras y Nicaragua. En este sentido, se tendrá que determinar la cuestión de nulidad del laudo y, en consecuencia, si con base en el comportamiento de los Estados, los reclamos de Venezuela precluyeron, o bien si la situación legal cambió materialmente. Resulta obvio mencionar que todas estas cuestiones se pueden contestar únicamente con un análisis preciso por parte de la Corte Internacional de Justicia, o bien con base en un estudio científico extenso y detallado.

Conviene subrayar que en el supuesto en el que una de las partes desconociera el laudo y que no resulte factible establecer jurisdicción ante la CIJ, el conflicto, generalmente, se podría resolver, ya no de manera legal, sino de forma política. En tal sentido, se puede considerar al derecho internacional un tanto anarquista, dando a conocer así un problema del arbitraje de carácter sistémico, puesto que para llevarse a cabo no sólo se requiere la creación de un cuerpo arbitral, sino también la voluntad de las partes para su debida implementación, principalmente de la parte perdedora.⁶⁶

En aquellos casos de arbitraje en los cuales no se puede establecer una jurisdicción ante la CIJ, los argumentos de errores y nulidad en procesos arbitrales sólo se pueden resolver por la vía diplomática, como, en el caso conocido como *Conflicto Beagle*, la controversia limítrofe entre Argentina y Chile.⁶⁷ El problema es que de esta manera se revisan cuestiones procesales en un proceso jurídico vinculante, como es el arbitraje, no de manera legal, sino de manera política. De esta forma, y desde el punto de vista del Estado de derecho, los resultados de estos procesos carecen de previsibilidad jurídica y, en parte, también de efectividad.

Es de destacarse que hasta la fecha, una revisión de este tipo de procesos arbitrales sólo se ha discutido ocasionalmente. *El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado* adoptado provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional de 1996 estipuló en sus artículos 58 al 60, *las Reglas sobre*

⁶⁶ Merrills, J. G., *International Dispute Settlement*, op. cit., nota 61, pp. 116 y 126.

⁶⁷ Fue un conflicto estratégico entre Chile y Argentina sobre el acceso al canal de Beagle, como también sobre los derechos de económicos de explotación. El conflicto, esencialmente fue sobre el control territorial de las islas conocidas como PLN (islas *Picton, Lennox y Nueva*) en la entrada al canal de Beagle en tierra de fuegos. El laudo arbitral de 1977 otorgó las islas a Chile; sin embargo, Argentina declaró nulo el laudo, lo que causó tensiones y el movimiento de tropas. El conflicto fue resuelto por mediación del Vaticano, en el cual se logró acordar los diferentes intereses de los partes (*control territorial vs. explotación económico*) y llegar a un compromiso. Véase Fayette, Louise Angélique de la, “Beagle Channel Dispute”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 865 y 866.

la revisión y validez del arbitraje. De acuerdo con estos preceptos, transcurrido un periodo de espera de tres meses, la CIJ debería ser competente, a petición de cualquiera de las partes, para determinar la nulidad o invalidez parcial de procesos arbitrales.⁶⁸ Es muy notorio señalar que en las versiones finales de los proyectos sobre responsabilidad de Estados ya no se encuentra esta mención.

IV. CASOS TERRITORIALES EN AMÉRICA LATINA

Indiscutiblemente, los conflictos fronterizos y territoriales son un problema constante en América Latina. Prácticamente casi todos tienen su origen en la descolonización en el siglo XIX y se basan en el principio de *uti possidetis*, según el cual las fronteras de los nuevos países deben seguir las antiguas fronteras coloniales. No obstante, y como lo demuestra también el caso relativo al laudo arbitral objeto de nuestro análisis, estas demarcaciones a menudo eran imprecisas, inadecuadas y no tenían mucha importancia, y, por ende, requerían aclaraciones a través de tratados bilaterales e instrumentos de resolución pacífica de controversias.⁶⁹

En definitiva, es menester subrayar que el juez Urrutia Holguín señaló estas circunstancias en su opinión disidente en el caso del laudo arbitral en estudio con referencia al principio de *uti possidetis*:

Este principio general ofrecía la ventaja de establecer una regla absoluta según la cual ningún territorio de la antigua América española carecía de dueño. Aunque había muchas regiones inexploradas o habitadas únicamente por nativos, se consideraba que estas regiones pertenecían legalmente a las respectivas repúblicas que habían sucedido a las provincias españolas a las que estaban conectadas estas tierras en virtud de antiguos decretos reales de la madre patria española.⁷⁰

Si bien todos los diferentes conflictos territoriales de América Latina cuentan con sus características propias, e igualmente suponen problemas jurídicos únicos, su solución a lo largo de la historia siguió un patrón. Así pues, la segunda mitad del siglo XIX estaba marcada por una serie de tratados bilaterales de delimitación de fronteras,⁷¹ que al igual que el Tratado Gámez-Bonilla, se basaban en el principio de *uti possidetis*.

⁶⁸ Crawford, James et al., *The Law of International Responsibility*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 1111.

⁶⁹ Infante Caffi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 8, p. 1017.

⁷⁰ (*Honduras v. Nicaragua*), *cit.*, nota 2, p. 226, (traducción por parte del autor).

⁷¹ Infante Caffi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 8, pp. 1018 y 1019.

En este mismo sentido, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, varios Estados latinoamericanos intentaron resolver sus conflictos mediante procesos arbitrales vinculantes; ejemplos de ello no sólo son los arbitrajes entre Honduras y Nicaragua, y el de Reino Unido y Venezuela, sino también arbitrajes entre Chile y Argentina, y Colombia y Venezuela, de 1896.

Particularmente, los dos últimos han contribuido de manera significativa al entendimiento procesal, histórico y legal del relativamente novedoso arbitraje y de los conflictos territoriales.⁷² A través del tratado del 17 de abril de 1896, Argentina y Chile acordaron establecer un arbitraje con la finalidad de definir su frontera común por los Andes. El rey británico Eduardo VII fungió como árbitro. Ciertamente, el laudo arbitral se caracteriza no sólo por seguir una de las dos posiciones de las partes, sino por definir, en el sentido de un compromiso, la mejor línea fronteriza dentro de estas dos posiciones extremas.⁷³ Con base en esta experiencia y en el Tratado General de Arbitraje entre Chile y Argentina de 1902,⁷⁴ tanto Argentina como Chile pudieron resolver otros conflictos fronterizos en 1966⁷⁵ y 1994,⁷⁶ respectivamente. Por otra parte, en el *Conflicto Beagle*, Argentina desconoció el arbitraje representado por la reina Elizabeth II, que finalmente fue resuelto gracias a una mediación del papa Juan Pablo II.⁷⁷

Por otro lado, y mediante un tratado de arbitraje en 1881, Colombia y Venezuela solicitaron al rey de España la definición de su frontera terrestre. El conflicto fue resuelto a través de varios procesos arbitrales.⁷⁸ Una característica de trascendencia de estos procesos arbitrales corresponde a que las

⁷² *Ibidem*, p. 1020, para. 1016.

⁷³ “Reports of International Arbitral Awards, Cordillera of the Andes Boundary case (Argentina vs. Chile)”, *Report of the Arbitral tribunal Appointed by the Arbitrator*, 12 November 1902, RIAA 39, para. 16.

⁷⁴ Tratado General de Arbitraje entre Chile y Argentina de 1902, Santiago de Chile, 28 de mayo de 1902.

⁷⁵ “Reports of International Arbitral Awards, Argentine-Chile Frontier Case (Argentina vs. Chile)”, 9 de diciembre de 1966, 16 R.I.A.A. 109.

⁷⁶ “Reports of International Arbitral Awards”, *Boundary Dispute Concerning the Delimitation of the Frontier Line Between Boundary Post 62 and Mount Fitzroy (Argentina vs. Chile)*, 1994, 22 R.I.A.A. 3.

⁷⁷ Infante Caffi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 8, pp. 1020 y 1021. Véase también Laudy, Mark, “The Vatican Mediation of the Beagle Channel Dispute: Crisis Intervention and Forum Building”, en Barton, Melanie *et al.* (comp.), *Words Over War: Mediation and Arbitration to Prevent Deadly Conflict*, 2000, pp. 293-320.

⁷⁸ “Sentence Arbitrale de l’Espagne dans la question de limites entre les États-unis du Venezuela et la République de Colombie, 16 de marzo de 1891”, 1 R.I.A.A. 291; Award of the Queen of Spain respecting the Disputed Frontier between Colombia and Venezuela, given

partes solicitaron al árbitro “determinar la frontera en la que él cree es la más fiel”, introduciendo de esta manera el elemento de equidad al arbitraje y el derecho internacional público.⁷⁹ En América Latina surgieron otros conflictos fronterizos por la independencia de nuevos Estados, tal como lo demuestran los casos de *Belice vs. Guatemala*⁸⁰ y de *Guayana vs. Venezuela*. Es de destacar que a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, los Estados de América Latina llevaron a cabo, en gran medida, arbitrajes vinculantes para resolver sus controversias fronterizas. Era habitual que los árbitros no fueran expertos de derecho internacional, sino jefes de Estado u otros altos representantes extranjeros.

Curiosamente, el caso que nos ocupa, relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906, es el primero relativo a un conflicto territorial resuelto por la CIJ. Tanto Honduras como Nicaragua se caracterizan por su alta aceptación de la jurisdicción de la CIJ, y han participado en varios casos ante este tribunal. Hasta la fecha, Honduras ha participado en seis casos, y Nicaragua ha estado involucrado en quince asuntos ante la CIJ, lo que convierte a Nicaragua en el Estado más activo ante este tribunal.⁸¹ En todos los casos, tanto hondureños como nicaragüenses —con excepción de una demanda en contra de Estados Unidos—, las contrapartes fueron países de América Latina.

Así, en 1999 Nicaragua demandó a Honduras por la delimitación marítima en el mar Caribe. Tanto temática como territorialmente, este caso se puede entender como extensión del asunto relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España, ya que determina la frontera marítima justamente desde el cabo Gracias a Dios, que fue definido por el rey de España como comienzo de la frontera terrestre. El caso se resolvió en 2007, atendiendo principalmente la posición hondureña.⁸²

Además, la CIJ se ocupó de una serie de conflictos territoriales entre países de América Latina. Entre 1986 y 1992, la Corte Internacional de Justicia resolvió el caso *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* entre El Sal-

at Madrid, 16 March 1891, 175 C.T.S. 21; “Affaire des frontières Colombo-vénézuéliennes (*Colombie v. Venezuela*)”, 24 Mars 1922, 1 R.I.A.A. 225.

⁷⁹ Infante Caffi, Maria Teresa, *op. cit.*, nota 8, pp. 1021 y 1022, disponible en: <http://www.coha.org/colombia-and-venezuela-the-border-dispute-over-the-gulf/>.

⁸⁰ Fox, Hazel, “Belize Dispute”, en Wolfrum, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 874-878.

⁸¹ CIJ, *Cases by Country*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/cases-by-country> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2018).

⁸² *Territorial and Maritime Dispute Between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, *cit.*

vador, Honduras y Nicaragua.⁸³ Entre 2001 y 2012, la Corte Internacional de Justicia resolvió el caso *Territorial and Maritime Dispute*⁸⁴ entre Nicaragua y Colombia. De entre 2005 y 2009, el asunto *Dispute regarding Navigational and Related Rights*,⁸⁵ entre Costa Rica y Nicaragua. Recientemente, entre 2014 y 2018, el caso *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean*, y, por último, entre los años 2017 y 2018 resolvió la cuestión *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos*⁸⁶ entre Costa Rica y Nicaragua. Asimismo, la CIJ determinó la obligación de negociar el acceso al océano Pacífico entre Bolivia y Chile, y la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, que están adjudicados ante la CIJ desde 2013. Desde 2016 aún está pendiente de resolver el caso *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala*,⁸⁷ entre Chile y Bolivia, y, por último, desde 2018, el ya previamente mencionado caso entre Guyana y Venezuela.

Resulta lógico considerar que todos estos conflictos son únicos y diferentes en sus detalles y características, y, por consiguiente, no pueden ser analizados a detalle dentro de los límites y del alcance del presente estudio. No obstante, podemos observar ciertas similitudes entre sí. Llamativa es la gran cantidad de estos conflictos territoriales que han sido presentados a la CIJ. Estimando el caso entre Honduras y Nicaragua, hasta la fecha han sido once casos, de los cuales casi todos han sido sometidos a la CIJ en los últimos veinte años. Un gran número de asuntos de América Latina tratan de la delimitación de las fronteras marítimas. Todos estos casos, con una excepción, han sido resueltos de fondo, lo cual habla de la alta aceptación de la jurisdicción de la CIJ en América Latina.

Desde un punto de vista abstracto, llama la atención el aspecto de la exigibilidad y la verificabilidad del arbitraje. Cada planteamiento de una cuestión legal ante un tribunal arbitral implica también una promesa de cumplimiento de buena fe de sus laudos. Cabe mencionar que los laudos arbitrales del siglo XIX fueron aceptados casi en su totalidad por los Estados participantes, e incluso, en el siglo XX, la tasa de implementación y

⁸³ CIJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo, 11 de septiembre de 1992, p. 350.

⁸⁴ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)*, cit., nota 41, p. 624.

⁸⁵ CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, 13 de julio de 2009, p. 213.

⁸⁶ CIJ, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, fondo, fallo, 2 de febrero de 2018; CIJ, *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua) 2018*, fondo, fallo, 2 de febrero de 2018.

⁸⁷ CIJ, *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 6 de junio de 2016.

cumplimiento de laudos arbitrales se mantuvo alta.⁸⁸ Los pocos casos conocidos de incumplimiento y de no reconocimiento de laudos arbitrales son precisamente los casos entre Honduras y Nicaragua, Guinea-Bissau y Senegal, Guyana y Venezuela y el famoso arbitraje del canal Beagle entre Argentina y Chile,⁸⁹ así como el resultado desfavorable del laudo arbitral emitido por el rey de Italia respecto a la isla Clipperton⁹⁰ contra Francia, aceptado por parte de México, lo que hasta la fecha ha causado ciertos resentimientos y orgullos nacionales.

Resulta peculiar que, con respecto al caso del laudo arbitral por el rey de España de 1906, el laudo arbitral de 1906 fuera desconocido por Nicaragua; sin embargo, la sentencia de la CIJ de 1960 fue aceptada e implementada por ambas partes. Esto es destacable, ya que las diferencias entre arbitrajes y la CIJ son más bien de índole técnico-procesal, y relativamente mínimas en lo que a sus principios se refiere. Ambos procedimientos son vinculantes ante jueces o árbitros independientes, y dependen tanto para establecer jurisdicción como para su implementación y cumplimiento de la cooperación y voluntad de las partes.⁹¹ En cierto sentido, el funcionamiento de la CIJ se puede considerar más como un arbitraje institucionalizado que como un litigio contencioso.⁹²

Ahora bien, nos podríamos formular la siguiente pregunta: ¿bajo qué circunstancias, que método de resolución de disputas resulta ser el más efectivo? Respuesta que no podríamos expresar con toda claridad, ya que depende de las circunstancias específicas de cada caso, y, por tanto, estaría fuera del alcance de este documento. Resulta interesante señalar que una serie de trabajos sobre los conflictos territoriales en América Latina ya han desarrollado aspectos importantes de los mismos. Hoy en día, y refiriéndonos de manera general, es perceptible que los ciudadanos latinoamericanos no temen la agresión de Estados vecinos,⁹³ atendiendo a que América Lati-

⁸⁸ Brower, Charles H. II., *op. cit.* nota 54, p. 545.

⁸⁹ Véase nota 68.

⁹⁰ N. N., "Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island", *American Journal of International Law*, año 26, núm. 2, 1931, pp. 390-394.

⁹¹ Ambos procesos se pueden iniciar de forma *ad hoc* mediante un *compromiso* o bien a base de un tratado que establece la jurisdicción. El artículo 36 del Estatuto de la CIJ contempla adicionalmente el establecimiento de la jurisdicción mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

⁹² Fox, Hazel, "States and the Undertaking to Arbitrate", *The International and Comparative Law Quarterly*, 37, año 1, núm. 1988, en particular p. 6.

⁹³ Domínguez, Jorge I. *et al.*, *Boundary Disputes in Latin America*, United States Institute of Peace Washington, D.C., 2003, p. 13.

na se mantiene relativamente al margen de conflictos geoestratégicos, lo que permite que los conflictos se puedan desarrollar y resolver en un contexto regional.

De la misma manera, el fin de la Guerra Fría y la democratización en América Latina a finales de los años ochenta e inicios de los años noventa contribuyeron a la resolución pacífica de los conflictos. Si bien las democracias en general no son las mejores para resolver sus conflictos territoriales, es menos probable que opten por una solución militar al conflicto, lo que también explica la relativa ausencia de conflictos armados en América Latina desde el final de la Guerra Fría.⁹⁴ Una muestra de ello es la aceptación tanto de la OEA como de la Corte Internacional de Justicia, así como la gran cantidad de casos territoriales que fueron presentados a este tribunal desde los años noventa. En este contexto, se resolvieron diversos conflictos territoriales de América Latina: aparte de los casos ante la CIJ, los conflictos entre Argentina y Chile, Ecuador y Perú, Chile y Perú y Brasil con todos sus países vecinos.⁹⁵

Por otro lado, existen todavía una serie de disputas territoriales en América Latina, que se han intensificado en los últimos años, incluyendo su militarización; además del conflicto entre Guyana y Venezuela, ello también aplica a Colombia, Nicaragua y otros países centroamericanos.⁹⁶ A pesar de las investigaciones existentes,⁹⁷ aún parece considerarse arbitrario determinar cuándo y cómo los Estados quieren resolver sus conflictos territoriales a base de una solución pacífica, legal o política. No cabe lugar a dudas que en estudios futuros serían de particular interés el análisis de la previsibilidad del Estado de derecho y la efectividad de las instituciones legales existentes.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente señalado, el caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906 entre Honduras y Nicaragua destaca por varios aspectos. En primer lugar, ilustra un asunto de un conflicto

⁹⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁶ *Ibidem*. En este contexto se entiende como militarización la activación o el movimiento de tropas para alcanzar fines políticos.

⁹⁷ *Idem*, Hensel, Paul R, "Contentious issues and world politics: The management of territorial claims in the Americas, 1816-1992", *International Studies Quarterly*, año 45, núm. 1, 2001, pp. 81-109; Woolsey, Lester H, "Boundary Disputes in Latin-America", *The American Journal of International Law*, año 25, núm. 2, 1931, pp. 324-333.

fronterizo entre dos países de América Latina. De acuerdo con el principio *uti possidetis*, la frontera sigue los límites administrativos de la antigua administración colonial española, y no necesariamente criterios lógicos. En segundo lugar, muestra también cómo los Estados resolvieron sus conflictos a finales del siglo XIX. Establecieron comisiones fronterizas bilaterales, y si éstas no llegaban a un acuerdo, muchos países —al igual que Honduras y Nicaragua— eligieron tribunales arbitrales como elemento judicial obligatorio para la resolución del conflicto. No sólo se implementaron la gran mayoría de los laudos arbitrales, sino que se desarrolló en aspectos importantes el sistema del arbitraje internacional. Sin embargo, y de igual modo, también da a conocer el conjunto de problemas de los procesos arbitrales de la época. La mayoría de las decisiones arbitrales no fueron tomadas por expertos de derecho internacional, sino por jefes de Estado, jefes de gobierno, u otras reconocidas figuras de la política internacional. Como resultado, los laudos vinculantes contenían elementos lógicos y de argumentación políticos, pero, por otro lado, carecían de la precisión y claridad en los razonamientos y en la justificación de un laudo arbitral actual, que sigue los estándares modernos de un debido proceso y de un Estado de derecho.

Por todo ello, el caso entre Honduras y Nicaragua es uno de los pocos en que una de las partes no reconoce el laudo arbitral, y con posterioridad argumenta su nulidad. Hasta la fecha, es el primero de tres casos que han sido presentados a la CIJ, y cuyo tema principal es la nulidad de un laudo arbitral. Al decidir el asunto de fondo, el hecho de que la CIJ acepte la impugnación es, en principio, posible; esto quiere decir en otras palabras que los laudos arbitrales son vinculantes, mas no necesariamente definitivos. En el mismo sentido, la Corte Internacional, en el caso entre Honduras y Nicaragua, comenzó a desarrollar una posición respecto a la preclusión y pérdida de derechos por parte de los Estados, la que concluyó en el caso cronológicamente posterior del *Templo de Preah Vihear* entre Camboya y Tailandia. Es por ello que el caso referente a la temática central de nuestro análisis cuenta relativamente con poca recepción tanto en la jurisprudencia como en la doctrina y en la literatura.

Además, el caso del laudo arbitral entre Honduras y Nicaragua es el primero de los once en los que la Corte Internacional de Justicia se ha ocupado de un conflicto territorial, o bien marítimo, en Latinoamérica. En los últimos veinticinco años, los países de América Latina han sometido diversas disputas fronterizas a la CIJ, lo que sugiere una alta aceptación de ésta, como método de solución de controversias en la región, comparable al amplio uso del arbitraje a inicios del siglo XX.

Para concluir, podemos aseverar que América Latina continúa experimentando una multitud de conflictos territoriales no resueltos. El hecho de que el caso entre Honduras y Nicaragua no es sólo de interés histórico, lo demuestra la reciente demanda de Guyana contra Venezuela en un asunto con hechos similares, y que también plantea la cuestión de nulidad de un laudo arbitral que definió la frontera entre ambos países de 1899. Interesante en este contexto es la cuestión de la interacción y eficiencia de los diversos métodos de solución pacífica de controversias. ¿Cuándo y cómo una resolución de disputas puede ser exitosa?, ya ha sido objeto de diversas investigaciones. Sin embargo, los resultados dependen mucho, obviamente, de las circunstancias individuales de cada caso en particular. De tal manera que tanto las resoluciones como las soluciones a este tipo de conflictos están en demasía colmadas de factores políticos, y la exigibilidad del derecho internacional vinculante dependerá, en última instancia y en gran parte, de éstos. Finalmente, cabe señalar que investigaciones futuras de cómo fomentar la exigibilidad de estos derechos y, por consiguiente, fortalecer los procesos jurídicos en conflictos territoriales en América Latina, serían evidentemente deseables.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BROWER, Charles H. II., “Arbitration”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- COTTIER, Thomas y MÜLLER, Jörg Paul, “Estoppel”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- CRAWFORD, James *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- DAMROSCH, Lori E., *International Law: Cases and Materials*, St. Paul, West Group, 2009.
- DOMÍNGUEZ, Jorge I. *et al.*, *Boundary Disputes in Latin America*, United States Institute of Peace Washington, D. C., 2003.
- FOX, Hazel, “Belize Dispute”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.

- FOX, Hazel, “States and the Undertaking to Arbitrate”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 37, año 1, núm. 1988.
- HENSEL, Paul R., “Contentious Issues and World Politics: The Management of Territorial Claims in the Americas, 1816-1992”, *International Studies Quarterly*, año 45, núm. 1, 2001.
- INFANTE CAFFI, María Teresa, “Boundary Disputes in Latin America”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- LA FAYETTE, Louise Angélique de, “Beagle Channel Dispute”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- LAUDY, Mark, “The Vatican Mediation of the Beagle Channel Dispute: Crisis Intervention and Forum Building”, en BARTON, Melanie *et al.* (comp.), *Words Over War: Mediation and Arbitration to Prevent Deadly Conflict*, 2000.
- MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio, “Acquiescence”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- MERRILLS, J. G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- N.N., “Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island”, *American Journal of International Law*, año 26, núm. 2, 1931.
- N.N., “Honduras v. Nicaragua”, *Duke Law Journal*, año 10, núm. 4.
- N.N., “Laudo arbitral en la cuestión de límites entre las repúblicas de Honduras y Nicaragua”, *Revista del Archivo y Biblioteca Nacionales*, Honduras, vol. VIII, núm. 3.
- NESI, Giuseppe, “Uti possidetis doctrine”, en WOLFRUM, Rüdiger (comp.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- SCHOENRICH, Otto, “The Venezuela-British Guiana Boundary Dispute”, *The American Journal of International Law*, 43, año 3, núm. 1949.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel, *Casebook Völkerrecht*, München, C. H. Beck, 2005.
- WOOLSEY, Lester H, “Boundary Disputes in Latin-America”, *The American Journal of International Law*, año 25, núm. 2, 1931.

Casos y documentos

Agreement (with annexes A and B) on the procedure for submitting to the International Court of Justice their differences with respect to the Award of His Majesty the King of Spain of 23 December 1906. Signed at Washington, on 21 July 1957, 277 U.N.T.S. .59, No. 4005.

Application Instituting proceedings in the International Court of Justice cooperative Republic of Guyana v. Bolivarian Republic of Venezuela, March 29, 2018, para. 14, disponible en: <http://icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf> (fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).

“Argentine-Chile Frontier Case (*Argentina vs. Chile*)”, 9 de diciembre de 1966, 16 R.I.A.A. 109.

Award of the Queen of Spain respecting the Disputed Frontier between Colombia and Venezuela, given at Madrid, 16 March 1891, 175 C.T.S. 21.

Boundary Dispute concerning the Delimitation of the frontier line between Boundary Post 62 and Mount Fitzroy (Argentina vs. Chile), 1994, 22 R.I.A.A. 3.

Convención de límites entre Nicaragua y Honduras (Tratado Gámez-Bonilla), Tegucigalpa, 7 de octubre de 1894.

“Cordillera of the Andes Boundary case (*Argentina vs. Chile*)”, *Report of the Arbitral tribunal Appointed by the Arbitrator*, 12 November 1902, RIAA 39, para. 16.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (*Honduras v. Nicaragua*)”, *I.C.J. Reports*, 1960.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Application Instituting Proceedings, Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (*Chile v. Bolivia*)”, *General List No. 162*, 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (*Canada vs. United States of America*)”, *ICJ Reports*, 1984.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (*Guinea-Bissau v. Senegal*)”, *ICJ Reports*, 1991.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Land, “Island and Maritime Frontier Dispute (*El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening*)”, *ICJ Reports*, 1992.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Territorial and Maritime Dispute Between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*)”, *ICJ Reports*, 2007.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *ICJ Reports*, 2009.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)”, *ICJ Reports*, 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)”, *ICJ Reports*, 2018 (pendiente de publicación).
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua), Separate Opinion of Sir Percy Spender”, *ICJ Reports* 1960.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Dissenting opinion by Judge Percy Spender”, *ICJ Reports*, 1962.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Cases by Country*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/cases-by-country> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2018).
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Jurisdiction, Treaties*, disponible en: <http://www.icj-cij.org/en/treaties> (fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).
- Límites entre Honduras y Nicaragua: mediación del gobierno de Estados Unidos*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc794s5> (fecha de consulta: 13 de agosto de 2018).
- OMC, *Comunidades Europeas—Subvenciones a la exportación de azúcar*, WT/DS265/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, 28 de abril de 2005.
- PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, “Case concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland)”, Series A - No. 9, 26 de julio de 1927.
- Sentence Arbitrale de l’Espagne dans la question de limites entre les États-unis du Venezuela et la République de Colombie, 16 de marzo de 1891, 1 R.I.A.A. 291.
- Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, 30 UNTS 55.
- Tratado General de Arbitraje entre Chile y Argentina de 1902, Santiago de Chile, 28 de mayo de 1902.
- UNITED NATIONS, SECRETARY GENERAL, *Statement attributable to the Spokesman for the Secretary-General on the border controversy between Guyana and Venezuela*, disponible en: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-01-30/statement-attributable-spokesman-secretary-general-border> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2018).

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, Office of the Historian, *Venezuela Boundary Dispute, 1895-1899*, disponible en: <https://history.state.gov/milestones/1866-1898/venezuela> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2018).

“Venezuela British-Guinea Boundary Arbitration (Venezuela v. Great Britain)”, *British and Foreign State Papers*, vol. 92, 1899-1900.

SENTENCIA EN EL CASO EL SALVADOR *VS.* HONDURAS, DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1992

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes históricos.* III. *Límites Honduras-Nicaragua.* IV. *El caso El Salvador vs. Honduras es un problema de sucesión de Estados.* V. *La sentencia.* VI. *Utī possidetis juris y efectividad.* VII. *La sentencia en los seis sectores.* VIII. *Islas del Golfo.* IX. *Límite marítimo.* X. *Golfo de Fonseca, ¿bahía histórica?* XI. *¿Nicaragua no es parte obligada de la sentencia?* XII. *Regreso a la Corte. La demanda de revisión.* XIII. *Conclusiones.* XIV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El caso ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) relativo a las disputas de islas y fronteras en tierra y mar entre El Salvador y Honduras —al cual, con posterioridad, se sumó Nicaragua—, indudablemente surge, como otros conflictos en la región, por la poca claridad de los límites territoriales y marítimos heredados por la Corona española después de lograda la independencia de sus colonias americanas.

El 11 de septiembre de 1992, la CIJ dictó sentencia después de aproximadamente seis años de haber sido presentado el caso por El Salvador y Honduras. La sentencia tiene gran complejidad técnica, pues al resolver conforme al principio de derecho internacional *uti possidetis juris* implicó una búsqueda de las fuentes históricas necesarias para determinar cómo habían sido los límites durante la Colonia española.

Por supuesto, la tarea de reunir pruebas resultó sumamente complicada; en El Salvador, por ejemplo, se formaron equipos de expertos que se dieron a la tarea de búsqueda de documentos en el Archivo General de Centroamérica, en Guatemala y en el Archivo General de Indias, en

Sevilla, de los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX.¹ Es una tarea colosal, con recursos limitados.

En forma no usual, el proceso judicial ante la CIJ se inició el 11 de diciembre de 1986, cuando Honduras y El Salvador en conjunto presentaron una copia certificada del compromiso intitulado “Compromiso entre Honduras y El Salvador para someter a la decisión de la Corte la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima existente entre los dos Estados, suscrito en la ciudad de Esquipulas, República de Guatemala, el 24 de mayo de 1986” (Compromiso de 1986). Es decir, una parte de la CIJ se conformó en un tribunal arbitral, único entre los casos ventilados por los Estados de la región ante este tribunal, y que encuentra un precedente en el caso de *Gulf of Maine (Canada v. Estados Unidos)*.²

Es así que en la CIJ se constituyó una Sala especial para conocer el caso, compuesta por cinco jueces: el juez Sette Camara, como presidente, junto con los jueces Oda y sir Robert Jennings; además, dos jueces ad hoc: Nicolás Valticos, designado a propuesta de El Salvador, y el jurista francés Michel Virally, quien, designado por Honduras, al haber fallecido, fue después sustituido por el jurista Torres Bernárdez. De acuerdo con el juez Oda, la composición de la Sala, al igual que su aceptación, en el marco del artículo 26 del Estatuto de la CIJ, es esencialmente la de un tribunal arbitral, y no cabe duda de ello, ya que el mismo acuerdo que lo fundamenta es llamado “compromiso”, figura que, como sabemos, corresponde a una de las dos formas de someter un asunto a arbitraje (la otra es la cláusula arbitral).

La controversia entre El Salvador y Honduras involucró seis sectores de la frontera terrestre, la situación legal de las islas, así como la delimitación del espacio marítimo dentro y fuera del golfo de Fonseca. Nicaragua, invocando el artículo 62 del Estatuto de la CIJ, demandó autorización para intervenir, alegando su interés, en virtud de que la decisión que dictaría la Sala podía afectar sus intereses. La Sala de la Corte aceptó la intervención de Nicaragua limitada a las fronteras con el golfo de Fonseca.

¹ Suazo, Gregorio Bello y Cabrera Rajo, Sigfredo, “El problema fronterizo entre Honduras y El Salvador”, en Bovin, Philippe (coord.), *Las fronteras del istmo. Fronteras y sociedades entre el sur de México y América central*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2005, disponible en: <https://books.openedition.org/cemca/696> (fecha de consulta: 26 de junio de 2019).

² CIJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, fallo, 12 de octubre de 1984.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Después de su independencia del reino español en 1824, con la Constitución de 1824, cinco Estados independientes (El Salvador, Honduras, Costa Rica, Guatemala y Nicaragua) estaban reunidos en una organización política única, denominada República Federal de Centro América. Dicha federación duró poco tiempo, pues luego de varias guerras entre sus partes se disolvió en 1839, formándose los Estados de Centroamérica que ahora conocemos.

Los conflictos entre El Salvador y Honduras empezaron en 1854, por la cuestión de los límites. Pero el antecedente más conocido es la Guerra del Fútbol entre ambos países, también llamada la Guerra de las Cien Horas, que se libró entre el 14 y el 18 de julio de 1969, y que después desembocó en el Tratado General de Paz de 1980 (Tratado de 1980).

Este tratado es de gran importancia, pues es el punto de partida para llevar ante la CIJ el caso de límites.³ En principio, de conformidad con su artículo 3, obliga a las partes a la solución pacífica de controversias,⁴ y después contiene un título IV, relativo a las cuestiones limítrofes, en donde el artículo 16 establece los límites conocidos y, más adelante, en su artículo 17, establece que dichos límites son “definitivos entre ambos Estados y serán invariables a perpetuidad”.

Con motivo de la aplicación del artículo 16, se crea⁵ la Comisión Mixta de Límites El Salvador-Honduras, que es la parte operativa a quien se encargan las “siguientes funciones: 1) Demarcar la línea fronteriza que ha sido descrita en el artículo 16 de este Tratado; 2) Delimitar la línea fronteriza en las zonas no descritas en el artículo 16”.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Tratado de 1980 le otorgó a la Comisión un plazo de cinco años (artículo 19), y fue interesante ver que la Comisión debía tomar como base para la determinación de las fronteras los documentos de la Corona española; esto significaba que tendría que aplicar el principio *uti possidetis*.⁶

³ Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y de Honduras, vol. 1329, 1983, I, núms. 22299-22311, United Nations, Treaty Series 217, 1983, p. 214.

⁴ “Ambas Partes convienen en solucionar por medios pacíficos y de acuerdo con los principios y normas del Derecho Internacional, toda diferencia de cualquier naturaleza que en lo futuro pudiere surgir entre ellas”. Artículo 3, Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y de Honduras, *cit.*

⁵ Artículo 18 del Tratado General de Paz.

⁶ “Para la delimitación de la línea fronteriza en las zonas en controversia, la Comisión Mixta de Límites tomará como base los documentos expedidos por la Corona de España o por cualquier otra autoridad española, seglar o eclesiástica, durante la época colonial, que

Ahora bien, de conformidad con el Tratado de 1980, en los artículos 31 y 32 se estableció que si después de cinco años las partes no han “llegado a un acuerdo total sobre las diferencias de límites en las zonas en controversia, en la situación jurídica insular, o en los espacios marítimos, o no se hubieren producido los acuerdos previstos”, entonces “las Partes convienen en que, dentro de los seis meses siguientes, procederán a negociar y suscribir un compromiso por el que se someta conjuntamente la controversia o controversias existentes a la decisión de la Corte Internacional de Justicia”.

Además, el compromiso antes mencionado deberá contener:

- 1) El sometimiento de las partes a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para que decida la controversia o controversias a que se refiere el artículo anterior.
- 2) Los plazos para la presentación de los escritos y el número de éstos, y
- 3) La determinación de cualquier otra cuestión de naturaleza procesal que fuera pertinente. Ambos gobiernos acordarán la fecha para la notificación conjunta del compromiso a la Corte Internacional de Justicia, pero, en defecto de acuerdo, cualquiera de ellas podrá proceder a la notificación, comunicándolo previamente a la otra parte por la vía diplomática.

Esto es lo que da pauta al sometimiento de los Estados ante la CIJ; pero no es sólo eso, sino que ambos se comprometieron a cumplir con la decisión de la Corte, lo cual era innecesario, por ser parte del derecho internacional, pero no sobra como una obligación convencional más.⁷

III. LÍMITES HONDURAS-NICARAGUA

Los límites entre Honduras y Nicaragua tienen su propia historia. En principio, en 1888 se celebró el Tratado Membreño-Castillo entre Honduras y

señalen jurisdicciones o límites de territorios o poblaciones. Igualmente serán tornados en cuenta otros medios probatorios y argumentes y razones de tipo jurídico, histórico o humano o de cualquier otra índole que le aporten las Partes, admitidos por el Derecho Internacional”. Artículo 26, Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y de Honduras, *cit.*

⁷ “Las Partes convienen en ejecutar en un todo y con entera buena fe el fallo de la Corte Internacional de Justicia, facultando a la Comisión Mixta de Límites para que inicie, dentro de los seis meses contados a partir de la fecha de la sentencia de la Corte, la demarcación de la línea fronteriza establecida en dicho fallo. Para dicha demarcación se aplicarán las normas establecidas sobre la materia en este Tratado”. Artículo 36, Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y de Honduras, *cit.*

Nicaragua, en donde se establecen las fronteras entre ambos Estados, quedando pendiente determinar las relativas a los linderos en el Caribe, por lo que Honduras y Nicaragua celebraron en 1884 el Tratado Bonilla-Gómez para nombrar una comisión que pudiera fijar dichas fronteras de acuerdo con el principio *uti possidetis juris*. La comisión realizó su trabajo hasta cierto punto (en el sitio denominado Teocacinte), después del cual no hubo acuerdo entre los dos Estados, razón por la que se sometió el caso al arbitraje del rey Alfonso XIII de España, quien dictó su laudo el 23 de diciembre de 1906.

El laudo fue aceptado por ambas partes, aunque éste se había inclinado en lo general por la tesis hondureña. Sin embargo, en 1912, Nicaragua cambió de parecer y consideró que el laudo del rey Alfonso XIII era nulo. En los años siguientes se realizaron negociaciones poco exitosas hasta llegar a 1957, cuando los dos Estados decidieron someter ante la CIJ la cuestión de la validez del laudo arbitral dictado por el rey.

El 18 de noviembre de 1960, la CIJ dictó su sentencia, y declaró que el laudo arbitral dictado por el rey Alfonso XIII era válido.

IV. EL CASO EL SALVADOR VS. HONDURAS ES UN PROBLEMA DE SUCESIÓN DE ESTADOS

De acuerdo con el juez Torres, el caso es un problema de sucesión de Estados, pues los dos Estados parte, El Salvador, Honduras, y el que intervino, Nicaragua, se consideraron sucesores de la Corona española. Pero la sucesión de Estados no fue simple, pues España gobernó hasta el 15 de septiembre de 1821, cuando las intendencias españolas de El Salvador y Honduras, partes de la Capitanía General de Guatemala, se independizaron (por lo que surgió el fenómeno de descolonización) y pasaron ulteriormente a formar parte, junto a Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, de la República de Centro América, que existió hasta 1840, en que se disolvió (problema de desintegración). En consecuencia, se puede hablar de dos momentos de sucesión: el primero en 1821, y el segundo en 1840, aunque en términos del territorio no hubo alteración importante alguna por el fenómeno de “desintegración”.

Ahora bien, el principio *uti possidetis juris* que se aplica al fenómeno de sucesión del golfo de Fonseca tiene poco que ver con ese principio, y se resuelve con base en el derecho internacional. También la Sala tuvo que ver la conducta de los Estados posterior a 1821, para determinar si no había algún fenómeno de aquiescencia o reconocimiento; es decir, un acto jurídico individual, pues en realidad la historia de la presencia de los Estados no se detuvo en 1821 ni en 1840.

V. LA SENTENCIA

La sentencia se apegó a las consideraciones del Tratado de Paz en su artículo 26; es decir, tomar en cuenta los documentos expedidos por la “Corona de España o por cualquier otra autoridad española, seglar o eclesiástica, durante la época colonial, que señalen jurisdicciones o límites de territorios o poblaciones”. Igualmente, “otros medios probatorios y argumentos y razones de tipo jurídico, histórico o humano o de cualquier otra índole que le aporten las Partes, admitidos por el Derecho Internacional”.

Sin embargo, la Sala encontró dificultades para recurrir a este medio, sea por ausencia de material o por la cuestionada legitimación de la documentación que las partes poseían. Independientemente de ello, la Sala podía resolver muchas cuestiones sin necesidad de recurrir a tales fuentes; por ejemplo, la concesión de tierras a las comunidades indígenas y a los individuos privados. La Sala examinó todos los títulos que existían y que se podían consultar, evitando posibles conflictos entre éstos, para prevenir cualquier traslape.

VI. *UTI POSSIDETIS JURIS* Y EFECTIVIDAD

La Sala utilizó el principio *uti possidetis juris*, que establece que los Estados recién formados deben tener las mismas fronteras que antes de su independencia. Por ello, uno de los aspectos más importantes de la sentencia es, sin duda, el empleo del principio *uti possidetis juris* para resolver una cuestión de conflictos fronterizos. La sentencia y la labor de los jueces de la Sala evidencian que aplicar este principio a un caso concreto es un ejercicio sumamente complicado, sobre todo cuando hablamos de los siglos que han transcurrido desde la obtención de la independencia de los países de América Latina; a ello se suma que no siempre los Estados han sido cuidadosos con sus acervos históricos.

Además, muchas veces la documentación no refleja una verdad de facto. Por eso la Sala aplicó el principio *uti possidetis juris* junto con los principios de efectividad, de aquiescencia y varias fuentes de derecho internacional. En realidad, la aplicación de varias fuentes de derecho, junto con la complejidad que este ejercicio implica, hace a la sentencia un modelo, pues significa un gran esfuerzo de evaluación de fuentes diferentes y complejas.

En el caso hay también una diferencia entre las posiciones de las partes, pues si bien ambas estaban de acuerdo con la aplicación del principio

uti possidetis juris, había una diferencia en matices. Mientras que Honduras defendía la sola aplicación del principio *uti possidetis juris*, El Salvador consideraba que también debían concurrir “argumentos humanos” y “efectividades”. En realidad, la Sala resolvió su sentencia y la determinación de las fronteras en los seis sectores que se propusieron, con base en la postura de El Salvador, es decir, mezclando los criterios del principio *uti possidetis juris* con los de efectividad, y no podía ser de otra forma ante lo limitado que hubiera sido el principio aplicado por sí solo.

Así, el título, junto con las “efectividades” y, en algunos casos, la “aquiescencia” de una de las partes en cuanto a la legalidad del control de una porción territorial por la otra parte, es una combinación que implementó la Sala. En el tema concreto se analizaron varias propuestas de fronteras sostenidas por las partes, lo que dio pie a que la Corte utilizara títulos y trazos topográficos, en algunas ocasiones contradictorios; por tanto, la Sala tuvo que decidir cuál de ellos era válido. Indudablemente, el caso fue complicado, pues la Corte no sólo tomó en consideración los títulos, los tratados celebrados por las partes y el derecho internacional, sino que también tuvo que decidir sobre las tierras que por siglos ocuparon los indígenas dentro del territorio de Honduras, y que eran reclamadas por El Salvador. En ese sentido, la Sala reconoció que era de suma relevancia que dichas personas permanecieran en sus tierras, y eso lo tomó en consideración al momento de decidir, lo cual implica la búsqueda de un balance, que muchas veces no se encuentra en la documentación ni se resuelve por una simple línea divisoria.

VII. LA SENTENCIA EN LOS SEIS SECTORES

Como ya lo habíamos señalado, la Sala analizó y decidió de conformidad con los seis sectores que se establecieron como puntos de referencia, y que ahora veremos en esta parte del trabajo.⁸

En el primer sector, la reclamación de El Salvador se fundaba en una concesión de tierra otorgada por las autoridades coloniales a una comunidad establecida en una provincia que durante la independencia llegó a ser parte de El Salvador. A su vez, Honduras alegó que cuando el título fue otorgado, la tierra concedida estaba en territorio de la provincia de Honduras, y que, con la Independencia, consecuentemente pertenecían a Honduras.

⁸ CIJ, *Case concerning the land, island and maritime frontier dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, fallo, 11 de septiembre de 1992. Véase Theobald, Julia Alexa, “Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute El Salvador vs. Honduras”, 4 de noviembre de 2009, disponible en: <http://courses.kvasaheim.com/ps376/briefs/jatheobaldbrief4.pdf>.

Por su parte, la Sala se inclinó en favor de la postura de El Salvador, en virtud de que la conducta de Honduras, de 1821 a 1972, se podría considerar una aquiescencia. Igualmente, la Sala utilizó el principio de efectividad. Otro aspecto sobresaliente es que, respecto al río Goascorán, la frontera es delimitada por la Sala de acuerdo con la desembocadura que dicho río tiene en la actualidad, lo cual, como veremos más adelante, no fue aceptado por El Salvador.

En el segundo sector, la Sala sostuvo la afirmación de Honduras, de que un título de 1742 muestra cómo la “montaña de Cayagua”, en donde se permitió cultivar a una comunidad de una provincia que se convirtió en hondureña, ahora es parte de Honduras. Finalmente, para fijar los límites, la Sala se basó en este caso en un título salvadoreño de 1833 y en una interpretación del título de 1742.

En el tercer sector, la Sala se ocupó de reclamaciones sustentadas en diversos títulos coloniales y poscoloniales. Ante la imposibilidad de conciliar todos los datos concernientes al siglo XVIII, la Sala reconstruyó el límite sobre la base de puntos de referencia identificables.

En el cuarto sector, la cuestión principal era si el límite seguía el río Negro-Quigara, como argumentaba Honduras, o una línea más al norte, como argüía El Salvador. La Sala sostuvo la afirmación de Honduras de que El Salvador admitió en 1861 que el río era el límite. En otras partes de este sector, la Sala determinó el límite apoyándose en una interpretación de los diversos títulos coloniales presentados por cada parte y en una reclamación salvadoreña relacionada con el concepto de tierra adoptado por la Corona. La Cámara tuvo ahora que determinar el punto final de un sector acordado de la frontera.

En el quinto sector, El Salvador afirmó que el límite seguía el límite norte de las tierras cubiertas por un título de 1760, mientras que Honduras afirmó que la parte norte de esas tierras había pertenecido, antes de 1734, a una aldea en la provincia de Comayagua, ahora parte de Honduras. La Sala no aceptó los argumentos de Honduras, y rechazó además su afirmación de que El Salvador, por su conducta entre 1821 y 1897, aceptó el río Torola como límite.

La Sala determinó el límite sobre la base de una interpretación del título de 1760, diferente de la de las partes. En el este, la Cámara estableció la línea en el río Unire —como afirmaba El Salvador—, y entre las tierras de 1760 y el punto de partida del sector, la establece en el río Torola.

En el sexto sector, la cuestión esencial era si el límite colonial fue formado por el actual río Goascoran, o, como afirma El Salvador, por un antiguo

curso de ese río. La Sala no aceptó la afirmación de que el cauce del río cambió su ubicación desde la independencia de los dos Estados en 1821. La base principal de esta constatación es un mapa del golfo de Fonseca durante el periodo 1794-1796, y la conducta de las partes en las negociaciones de 1880 y 1884.

VIII. ISLAS DEL GOLFO

En cuanto a la cuestión de las islas en el golfo, El Salvador demandó a la Sala el reconocimiento a su soberanía sobre todas las islas, excepto Zacata Grande y Los Farallones. Por el contrario, Honduras aseguró que sólo las islas Meanguera y Meanguerita estaban en disputa, y reclamó la soberanía sobre ellas.

Por su parte, la Sala afirmó que sólo se requeriría una determinación judicial para las islas en litigio, que a su consideración eran El Tigre, Meanguera y Meanguerita.

La Sala encontró que el material ofrecido como prueba por las partes era fragmentario y ambiguo, y, por tanto, decidió tomar en cuenta la posesión efectiva por cada uno de los Estados. En consecuencia, dado que Honduras ocupaba El Tigre desde 1849, la Cámara concluyó que la conducta de las partes concordaba con la suposición de que El Tigre pertenecía a ese país, a pesar de que Honduras no había solicitado tal constatación. Además, observando que El Salvador había intensificado su presencia en Meanguera desde que reclamó la isla en 1854, en virtud de la aquiescencia, la Sala consideró que Meanguera y Meanguerita pertenecían a El Salvador.

IX. LÍMITE MARÍTIMO

Por lo que toca a la frontera marítima, también las posiciones se encontraban: por un lado, El Salvador afirmaba que los espacios dentro del golfo de Fonseca estaban sujetos a un condominio de sus tres Estados ribereños, y que la delimitación sería inapropiada. Honduras, por su parte, sostenía que dentro del golfo había una comunidad de intereses que requerían una delimitación judicial. La Sala observó que El Salvador, Honduras y Nicaragua seguían reclamando el golfo como una bahía histórica con el carácter de mar cerrado, lo que la Cámara consideró adecuado, señalando que no había habido intento alguno de dividir las aguas de acuerdo con el título colonial y decidiendo que una sucesión conjunta de los tres Estados parecía ser lógica.

La Sala consideró que Honduras tenía derechos legales en las aguas del Golfo hasta la línea de cierre de la bahía. Fuera del golfo, la Sala observó que ahora intervienen nuevos conceptos de derecho —particularmente con respecto a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva—, y constató que, excluyendo una franja en cada extremo del golfo correspondiente a los cinturones marítimos de El Salvador y Nicaragua, los tres Estados tenían derecho al mar territorial, a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva, siendo posible proceder a una división de mutuo acuerdo. Es decir, se dejó a los tres Estados la tarea que de mutuo acuerdo realizaran su respectiva limitación.

X. GOLFO DE FONSECA, ¿BAHÍA HISTÓRICA?

Considerar al golfo de Fonseca, como finalmente decidió la Sala, tiene cierta complejidad jurídica, derivada de la situación de los tres Estados en la zona. En efecto, si fuera un solo Estado quien estuviera situado en el golfo, sería simple considerar que las aguas del golfo histórico son aguas cerradas, internas del Estado, como en otro momento se planteaba para el golfo de California. Pero este no es el caso del golfo de Fonseca, que está sometido a la soberanía de tres Estados ribereños. Entonces, lo que hizo la Sala fue crear un sistema mixto, pues, por un lado, consideró al golfo de Fonseca una bahía histórica, pero, y aquí está la novedad, sometida a un régimen de “condominio”, en donde los tres Estados tienen derechos y obligaciones; y como observa Alonso Gómez Robledo,

Con todo y todo, nada impide que el status jurídico esencial de esas aguas sea el mismo que aquél aplicable a las aguas interiores, ya que son reivindicadas a título de soberano *à titre de souverain*, y aun y cuando estén sometidos a ciertos derechos de paso, sin embargo estas mismas no forman parte del mar territorial, dado que las aguas situadas más acá de la línea de demarcación del Golfo es la de una soberanía conjunta, los tres Estados soberanos deben tener derecho en forma conjunta a poseer un mar territorial, una plataforma continental y una zona económica exclusiva al exterior de la línea de demarcación.⁹

⁹ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Caso relativo al diferendo fronterizo terrestre, insular y marítimo, entre El Salvador y Honduras (Nicaragua), fallado por la Corte de La Haya el 11 de septiembre de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 85, 1996, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3417/3997>.

En suma, estamos frente a un régimen jurídico híbrido, en donde los tres Estados costaneros al golfo de Fonseca ejercen soberanía, como una bahía histórica, y al mismo tiempo tienen obligaciones en cuanto al paso inocente, así como derechos relativos a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva, cuyo contenido no es fijado por la Sala, quien más bien conminó a los tres Estados a llegar a un acuerdo para su determinación.

Y por lo visto, los Estados costaneros le hicieron caso a la CIJ. El 8 de mayo de 2013, los presidentes de El Salvador, Honduras y Nicaragua, reunidos en Managua, emitieron la Declaración Conjunta (Declaración de Managua)¹⁰ en la cual se comprometieron a:

- Cumplir con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1992.
- Crear una Comisión Trinacional para la Administración del Golfo de Fonseca.
- Convertir al “Golfo de Fonseca en una zona de desarrollo trinacional, “estudiando modelos exitosos de administración compartida en situaciones similares al Golfo de Fonseca”, y
- La posible creación de una autoridad trinacional.

XI. ¿NICARAGUA NO ES PARTE OBLIGADA DE LA SENTENCIA?

Otro giro interesante de la sentencia es el referido a la posición de Nicaragua como Estado interviniente, al que se niegan efectos jurídicos vinculantes. En efecto, la Sala consideró que el carácter vinculante de la sentencia no se extendía a Nicaragua, que como Estado interviniente,¹¹ en virtud del paraguas legal del artículo 62 del Estatuto, no adquiere el estatus de parte;¹² y si bien se le pudo escuchar, la sentencia no es *res judicata* para dicho Estado.¹³

¹⁰ Declaración Conjunta Trinacional sobre el Golfo de Fonseca Managua, 8 de mayo de 2013, disponible en: www.sre.gob.hn/portada/2013/Mayo/09_05_13/DECLARACIÓN%20CONJUNTA,%208%20DE%20MAYO%20DE%202013.pdf (fecha de consulta: 7 de junio de 2020).

¹¹ “The binding force of the present Judgment for the Parties, as contemplated by Article 59 of the Statute of the Court, does not extend also to Nicaragua as intervener”, véase *El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, cit.*, para. 421.

¹² “[A] State permitted to intervene under Article 62 of the Statute, but which does not acquire the status of party to the case, is not bound by the Judgment given in the proceedings in which it has intervened”, *ibidem*, para. 423.

¹³ “[T]he right to be heard, which the intervener does acquire, does not carry with it the obligation of being bound by the decision”. *Idem*; “[T]his Judgment is not *res judicata* for Nicaragua”, *ibidem*, para. 424.

Esta posición no fue aceptada por el juez Oda, pues adujo lógicamente que si de conformidad con la misma sentencia, en su párrafo 432, se reconocía que los tres Estados (Honduras, El Salvador y Nicaragua) comparten soberanía sobre el golfo de Fonseca, en consecuencia, Nicaragua estaba obligada a cumplir la sentencia en lo que se refiere a la situación del espacio marítimo del golfo.

En realidad, el juez Oda tiene razón, pues en una interpretación a la letra del Estatuto de la CIJ no encontramos prohibición alguna, y por tanto, no parece correcta la interpretación que hace la Corte. En efecto, Nicaragua fue admitida como interviniente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Estatuto de la CIJ (ECIJ), que establece: “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir. 2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición”.

Ahora bien, el artículo 63 del mismo Estatuto se refiere a la interpretación de una convención, siendo la decisión, en tal caso, obligatoria para el Estado que interviene; y no se ve ninguna razón para que, *mutatis mutandis*, se pueda aplicar también al caso de Nicaragua. Precisamente esta también es la posición expresada por el juez *ad hoc* Torres Bernárdez en su voto particular.¹⁴

Por lo tanto, la decisión de la CIJ no fue muy afortunada, pues podría generar inestabilidad en lo que toca a los límites en la región, y más aún en lo que toca a los límites marítimos; por ejemplo, en el golfo de Fonseca, en donde tales no se establecieron claramente por el tribunal.

Afortunadamente, como vimos con la Declaración de Managua, los tres Estados, incluyendo a Nicaragua, se han comprometido a cumplir con la sentencia de la Corte.

XII. REGRESO A LA CORTE. LA DEMANDA DE REVISIÓN

En un asunto tan complicado y con la problemática del territorio, evidentemente no todas las partes estarían conformes con la decisión de 1992. El Salvador, la República más pequeña, por su tamaño, de Centro América, presentó una solicitud de revisión del fallo del 11 de septiembre del 1992 por la Sala de la Corte.

Las sentencias de la CIJ son cosa jugada y no se pueden recurrir, salvo la única excepción que está reconocida en el artículo 61 del Estatuto de la

¹⁴ *El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, cit.*, opinión separada del juez Torres-Bernárdez, para. 208.

CIJ, en virtud de lo que se conoce en la doctrina del derecho procesal como “causas supervinientes”. En el caso de la CIJ, es posible revisar un fallo “cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia”.

Como se ve, es necesario que se den tres elementos:

- Que la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo.
- Que además, haya sido desconocido por la Corte y por la parte que pida la revisión, y por último.
- Que su desconocimiento no se deba a negligencia.

Es muy importante mencionarlo, pues la Sala, en esta etapa de revisión, tomó en cuenta estos tres elementos, y fueron un factor para desechar el recurso.

Así, El Salvador solicitó a la CIJ que se formara una Sala para conocer de la solicitud de revisión del fallo, en el marco del Acuerdo Especial del 24 de mayo de 1986. La Corte, entonces, accedió a la solicitud de El Salvador, y procedió a la integración de la Sala, en donde fueron elegidos tres miembros de la Corte para actuar junto con los dos magistrados *ad hoc* elegidos por las partes: presidente, G. Guillaume; magistrados, F. Rezek, T. Buergenthal, y los magistrados *ad hoc*, S. Torres Bernárdez (elegido por Honduras) y F. H. Paolillo (elegido por El Salvador).

El Salvador argumentó en su solicitud de revisión haber encontrado pruebas científicas, técnicas e históricas (copia de la “Carta Esférica” y del informe de la expedición de El Activo), que demuestran que el río Goascoarán cambió su lecho en el pasado (como resultado de un ciclón en 1762). Ahora bien, esas pruebas demuestran que el río Goascoarán tenía otro lecho y que desembocaba en el estero la Cutú; técnicamente es una avulsión que en juicio regular no se había probado, y se logró demostrar con las pruebas supervinientes que El Salvador consideró nuevas. Además, alegó El Salvador que el desconocimiento de las pruebas no se debía a su negligencia.

Concretamente, lo que El Salvador demandó con su recurso es que se dictara un nuevo fallo en que la línea de la frontera en el sexto sector en controversia se extendiera “Partiendo de la antigua desembocadura del Río Goascoarán en el punto de entrada conocido como el Estero de la Cutú”.¹⁵

¹⁵ CIJ, *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (El Salva-

Para Honduras, en realidad no se trata de nuevas pruebas, sino de “una nueva interpretación de hechos anteriormente conocidos”, y, por otra parte, suponiendo que sean nuevos, no son decisivos para el fallo de 1992, además de que El Salvador “podía haber conseguido que los estudios científicos y técnicos y las investigaciones históricas en que ahora se basa fueran llevados a cabo antes de 1992”.¹⁶

Por su parte, la Sala negó la procedencia del recurso, debido a que el alegato de El Salvador “no es coherente con la historia previa de la controversia”. Esto en virtud de que la Sala, en su decisión de 1992, rechazó la pretensión de El Salvador, “sobre la base del comportamiento de ese Estado durante el siglo XIX”.

En este sentido, para la Sala

...no importa si hubo o no una avulsión del Goascorán. Aunque ahora se probase la avulsión, y aunque sus consecuencias jurídicas fueran las que infiere El Salvador, las conclusiones en tal sentido no servirían en modo alguno de base para cuestionar las decisiones adoptadas por la Sala en 1992 con fundamentos totalmente diferentes. Los hechos afirmados a este respecto por El Salvador no son “factores decisivos” con respecto al fallo que procura que se revise.¹⁷

Más adelante, la Sala razona en relación con el nuevo mapa presentado por El Salvador, como prueba superviniente, diciendo que en realidad no es nuevo, y confirmando entonces las conclusiones de su sentencia de 1992. En consecuencia, sin entrar al fondo del asunto, “la Sala no puede considerar admisible una solicitud de revisión sobre la base de hechos que El Salvador mismo no alega que sean hechos nuevos en el sentido del Artículo 61”.¹⁸

La Sala está consciente de que si bien en su sentencia de 1992 partió del principio *uti possidetis juris*, se utilizaron para su calificación otras fuentes del derecho internacional, como son las decisiones jurisprudenciales, los tratados y la “aquiescencia” o el “reconocimiento”, que, como sabemos, son actos unilaterales que también constituyen fuentes del derecho internacional.

En realidad, lo que hace el intento de recurso de revisión, juzgado por otros jueces, es confirmar la implementación del principio *uti possidetis juris* y de sus modalidades de aplicación, relacionándolo con otras fuentes del

dor v. Honduras), fallo, 18 de diciembre de 2003, disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/146.pdf>.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

derecho internacional, como los tratados, las decisiones jurisprudenciales y los actos unilaterales, como la aquiescencia.

XIII. CONCLUSIONES

Sin duda, la sentencia no sólo es importante por la definición de límites en diferentes espacios concernientes a tres Estados fronterizos, sino por la aplicación de principios jurídicos, como el de *uti possidetis juris*, que pueden ser modelo para otros casos concretos en otras regiones del mundo, no sólo en el continente americano, en donde los Estados han salido del dominio colonial.

Por otra parte, la sentencia nos muestra la complejidad de la aplicación de dicho principio y de cómo se tiene que acompañar con recurso a las diferentes fuentes del derecho internacional, como son los tratados, las resoluciones jurisprudenciales y los actos unilaterales.

Lo mismo en el caso del golfo de Fonseca, la CIJ rompe con los patrones de lo que antes se concebía por golfos históricos, y crea un sistema que mezcla los derechos de aguas interiores, en una especie de condominio, junto con la aplicación de figuras del derecho internacional del mar.

Ahora bien, el recurso de revisión intentado por El Salvador se puede ver desde dos perspectivas. La primera es que manifiesta cómo, si bien hubo avances considerables, el conflicto entre los dos Estados de la región pudo no haber quedado resuelto del todo. La segunda perspectiva es que la opción por la solución pacífica de controversias significa un gran progreso en la región, desechando el recurso a la guerra, que ha sumido en un mayor atraso a los Estados centroamericanos.

XIV. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Case concerning the land, island and maritime frontier dispute (El Salvador, Honduras; Nicaragua intervening), International Court of Justice, 11 September 1992.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Caso relativo al diferendo fronterizo terrestre, insular y marítimo, entre El Salvador y Honduras (Nicaragua), fallado por la Corte de La Haya el 11 de septiembre de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 85, 1996, recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3417/3997>.

Solicitud de Revisión del Fallo de 11 de Septiembre de 1992 en la Causa Relativa a la Controversia sobre Fronteras Terrestres, Insulares y Marítimas

(El Salvador/Honduras: Intervención de Nicaragua) (El Salvador contra Honduras), fallo del 18 de diciembre de 2003, disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/146.pdf> (fecha de consulta: 28 de junio de 2019).

SUAZO BELLO, Gregorio y RAJO CABRERA, Sigfredo, “El problema fronterizo entre Honduras y El Salvador”, en BOVIN, Philippe (coord.), *Las fronteras del istmo. Fronteras y sociedades entre el sur de México y América central*, México, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 2005, recuperado del Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, disponible en: <https://books.openedition.org/cemca/696> (fecha de consulta: 26 de junio de 2019).

CASO RELATIVO A LA DISPUTA TERRITORIAL Y MARÍTIMA ENTRE NICARAGUA Y HONDURAS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA V. HONDURAS)

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

SUMARIO: I. *Reflexión introductoria*. II. *Contenido del fallo del 8 de octubre de 2007 de la Corte Internacional de Justicia*. III. *Cronología del procedimiento y exposiciones básicas de las partes*. IV. *Dimensión geográfica de la disputa*. V. *Dimensión histórica de la disputa*. VI. *Posiciones de las partes*. VII. *La fecha crítica*. VIII. *Soberanía sobre las islas*. IX. *Delimitación de las zonas marítimas*. X. *Opiniones separadas y declaraciones de los magistrados Ranjeva, Koroma, Parra-Aranguren y Gaja*. XI. *Opinión disidente del magistrado ad hoc Torres Bernárdez*. XII. *Consideración final*. XIII. *Bibliohemerografía*.

I. REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

Me complace participar en esta importante iniciativa de recopilar y analizar críticamente en una obra única e inédita, los casos más relevantes que han dado pie a la producción de una amplia e ilustrativa jurisprudencia resultante de los fallos y sentencias de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, con relación a una serie de controversias que le han sometido diferentes Estados de América Latina en materia territorial y marítima a lo largo de las últimas décadas, básicamente las comprendidas en el presente siglo XXI. El trabajo que se ha elegido desarrollar es el caso relativo a la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua v. Honduras), sobre cuya causa la Corte emitió su fallo el 8 de octubre de 2007.

Hasta el momento, dieciocho países de América Latina enfrentan diferendos limítrofes en los espacios territorial y marítimo, destacando las disputas por acceso y disposición de litorales y recursos del mar, en su mayoría presentados al tribunal internacional de La Haya. De todos los di-

ferendos, quizá sea el de Colombia v. Nicaragua el que ha atraído el mayor interés de la región, pues desde 2001 se enfrentan, sin llegar a un acuerdo, por la delimitación de su territorio marítimo y su soberanía sobre el mismo, pero en realidad son más los conflictos que dividen a América Latina, y que están en espera de su resolución, bien sea por la vía político-diplomática o la jurisdiccional. Por lo demás, no sólo el espacio territorial enfrenta a los Estados latinoamericanos, sino otras materias, como la disputa ambiental que revivieron en 2013 Uruguay y Argentina por la planta de celulosa UPM, luego de que el entonces presidente uruguayo José Mujica (2010-2015) autorizara aumentar la producción de esta empresa, y que ha sido sometida de nueva cuenta a la CIJ. E igualmente ha ocurrido con la demanda presentada ese mismo año ante la máxima instancia por el presidente de Bolivia, Evo Morales Ayma, contra el Estado chileno, por su derecho a obtener una salida al mar y terminar con su situación de mediterraneidad, que resultó de su condición de parte perdedora de la injusta y desigual guerra del Pacífico de 1879, en la que hubo intromisión de Inglaterra como potencia colonial con grandes intereses territoriales en la zona.

Señala con razón la analista española Diana Isabella Sánchez,¹ que en un recorrido objetivo y actual por toda la América Latina se puede constatar que no todos los países observan a cabalidad la buena vecindad, y que su nivel de desacuerdo se hace más palpable en tratándose de disputas marítimas, no obstante que todos, a excepción de Bolivia y Paraguay, poseen islas y litorales. En efecto, esta realidad de falta de solidaridad y cooperación me llevó en uno de mis anteriores trabajos sobre el diferendo Bolivia-Chile Perú, a afirmar que

...de no lograr las partes en conflicto la construcción de una solución final, justa y equitativa para todos, apegada a derecho y mirando de frente al futuro, el fracaso continuará junto con el resentimiento y la frustración y quedará reafirmado lo que hasta ahora ha sido evidente, esto es, que en tratándose de territorios y posesiones territoriales los Estados, aun vecinos y hermanos por la herencia histórica y el pasado colonial, no están dispuestos a ceder un solo centímetro de territorio, aunque éste haya sido obtenido a través de una guerra de agresión.²

¹ Sánchez, Diana Isabella, “Estas son las disputas territoriales que dividen a América Latina”, *El País*, Madrid, 5 de octubre de 2013.

² Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “El problema de los Estados mediterráneos o sin litoral en el derecho internacional marítimo. Un estudio de caso: el diferendo Bolivia-Perú-Chile”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.

Atendiendo su dimensión histórica y geopolítica, en aproximadamente 18 millones 314 mil kilómetros cuadrados, que comprenden la superficie de Centroamérica y Sudamérica, sin contar a México y Belice, hay actualmente dieciocho países que protagonizan entre ellos conflictos limítrofes, que datan algunos de ellos de varios siglos atrás, como es el citado caso de Chile y Bolivia, que iniciaron su disputa en 1879, cuando esta última perdió una salida al mar en la guerra del Pacífico. Otros, como Nicaragua, encabezan más de un diferendo bajo supuestas pretensiones de sus gobiernos por expandir sus límites territoriales hacia sus vecinos cercanos y aun lejanos, como Colombia, que se ha visto involucrada en este abanico de desavenencias territoriales, o también Costa Rica, Jamaica, El Salvador y Panamá, aunque el Estado del canal internacional ha buscado a últimas fechas bajar el tono de su desacuerdo con los nicaragüenses, básicamente por intereses económicos y financieros. Y en casi todos los casos y su alargamiento en el tiempo, subyace habitualmente la mala delimitación del territorio tanto terrestre como marítimo e insular por derivación.

En Latinoamérica, luego de la independencia, la forma de delimitar territorios era mantener la división dada durante la Colonia, aplicando generalmente el principio *uti possidetis iuris*.³ Con el paso de los años, las delimitaciones y las fronteras observaron diversas modificaciones y ajustes, y algunas fueron definidas por acuerdos y tratados interestatales; empero, en la actualidad no todas las fronteras están delimitadas con la claridad requerida, constituyendo una razón de peso que regularmente ha llevado a serias confrontaciones. Para ciertos analistas sudamericanos, como la argentina Andrea Mateus y el brasileño Andrés Molano, la mayor parte de los dife-

³ El *uti possidetis iuris* (locución latina que significa “como poseéis de acuerdo al derecho, así poseeréis”, o bien “como poseyeres jurídicamente, seguirás poseyendo”), es un principio legal de acción, cuya aplicación en el derecho privado consiste en el dominio que ejerce un propietario sobre el inmueble o cosa objeto de su derecho, y en el derecho internacional público, la de los Estados sobre los territorios que geográfica e históricamente les pertenecen. Este principio proviene del derecho romano, que autorizaba a la parte beligerante reclamar el territorio que había adquirido tras una guerra. A partir de ello, el término ha sido utilizado en la historia de las relaciones internacionales para legitimar conquistas territoriales; por ejemplo, la anexión de la Alsacia-Lorena por parte del imperio alemán en 1871. Este principio fue aplicado en el siglo XVIII entre España, Portugal y el Reino Unido, al finalizar la Guerra del Asiento (1739-1748). Tras la descolonización que arranca en el siglo XIX, se le ha utilizado para establecer las fronteras de los nuevos Estados, como es el caso de los latinoamericanos que buscaron mantener los límites territoriales coloniales de los cuales surgieron. De igual modo, se recurrió al principio como rector en el proceso de descolonización en África. Véase Parodi, Carlos A., *The Politics of South American Boundaries*, Santiago, McGraw-Hill, 2002.

rendos constituyen temas cuyos fondos son sumamente sensibles, porque tienen que ver con el territorio, que es el núcleo de la soberanía estatal y el elemento social del Estado; es decir, son disputas que tocan emociones nacionalistas, y esto las hace muy volátiles; pero además pueden afectar otras áreas de la relación bilateral entre los Estados, como el comercio y la cooperación en determinados asuntos, como la seguridad o la justicia.⁴ En el caso concreto de Nicaragua, que recientemente presentó una nueva demanda ante la CIJ pidiendo extender su plataforma continental más allá de las doscientas millas náuticas de su costa en el Caribe, afectando a Colombia, Costa Rica, Jamaica y Panamá, se considera que no lo hace precisamente por razones expansionistas, sino por reclamar lo que los nicaragüenses creen que les pertenece, invocando en parte el citado principio *uti possidetis iuris*.⁵

En suma, de los dieciocho conflictos territoriales y marítimos que tienen lugar en América Latina, sólo tres no han sido llevados a instancias de la CIJ y se han resuelto parcialmente por otros métodos de solución pacífica de controversias, como la negociación diplomática y los buenos oficios papales (el papa Juan Pablo II intervino en la solución del diferendo Chile-Argentina por el canal del Beagle e islas Picton, Lenox y Nueva). Pero lo que es claro en todos los casos —como la disputa territorial y marítima de Nicaragua c. Honduras en el mar Caribe, que se analizará en la presente entrega— es la inexacta y tardía demarcación de aguas marinas y submarinas, uno de los factores que más ha incidido en la generación de desavenencias diplomáticas y conflictos entre diversos países latinoamericanos. Por citar sólo un ejemplo, en el caso de Colombia, sus fronteras marítimas fueron reguladas en lo esencial a partir de tratados bilaterales suscritos hasta los setenta y ochenta del siglo anterior, situación que se ha enrarecido por la no ratificación de la III Convemar tanto por Colombia como por parte de otros Estados vecinos, y con la génesis de diferendos limítrofes que

⁴ Sánchez, Diana, *op. cit.*, p. 2. Véase también Ramos, Acevedo, Jairo, “El «Luti possidetis»: un principio americano y no europeo”, *Misión Jurídica*, Brasil, Universidad de Minas Gerais, 2013.

⁵ Cabe recordar que Simón Bolívar, al finalizar las guerras independentistas, fue el primero en proponer que los países emancipados conservaran las antiguas fronteras de las posesiones del imperio español en América; esto es, que los nuevos Estados surgidos tendrían, provisionalmente como límites, los que le corresponderían en 1810 hasta la existencia de un tratado, alegando el año 1810 como el último de la monarquía española para la posesión legítima de sus dominios americanos. Esto explicaría por qué el principio ha sido alegado por diversos países hispanoamericanos, amén de que el *iuris possidetis* fue confirmado por la CIJ en la sentencia de 1986 en la controversia Burkina Faso c. Malí.

han llevado, no en pocas ocasiones, a escenarios de franca confrontación y a procesos jurisdiccionales internacionales, que no siempre han dejado satisfechas a las partes en litis, como se ilustra en el diferendo que se verá en seguida.⁶

Como punto específico de problematización para desarrollar, se indaga sobre la naturaleza de la disputa territorial y marítima de Nicaragua c. Honduras en el mar Caribe desde una postura lo más objetiva e imparcial posible. Se investiga el núcleo duro del contenido del fallo de la CIJ emitido el 8 de octubre de 2007, observando estrictamente su orden de exposición, valorando los antecedentes históricos, las negociaciones bilaterales de delimitación, los elementos del derecho convencional del mar y los escenarios de conflicto entre los contendientes y con los países fronterizos. Se hace especial referencia a las opiniones separadas y declaraciones de los magistrados Ranjeva, Koroma, Parra-Aranguren, y *ad hoc* Gaja, poniendo énfasis en la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez (sobre la controversia territorial, y sobre la delimitación de las zonas marítimas-frontera marítima única), revisando críticamente la conclusión a la que arriba, por considerarla una pieza excepcional, que supera, desde una perspectiva particular, el contenido técnico y jurídico de la sentencia principal.

Finalmente, siguiendo la línea que proponen los analistas Cadena y Devia antes citados, el tipo de diseño metodológico es de corte descriptivo-analítico, y busca arribar a un aceptable nivel explicativo del contenido del fallo central y de las opiniones y declaraciones que la complementan —y enriquecen, a nuestro modo de ver—. De igual manera, las estrategias heurísticas toman en cuenta la consulta de fuentes primarias y secundarias desde la perspectiva de la escuela mexicana de derecho internacional, consultando de manera directa diversos documentos y textos que aduce el propio fallo y sus complementos, así como la opinión de especialistas en el rubro controversial. Finalmente, se advierte al lector que esta contribución discurre a partir de una perspectiva interdisciplinar, al utilizar enfoques de análisis propios del derecho internacional público-derecho del mar y de las relaciones internacionales como ciencia política y social.

⁶ Sobre las controversias territoriales de Colombia consúltese a Cadena, Afanador; Walter René y Devia Garzón, Camilo Andrés, “Conflictos de delimitación marítima y la Conveimar. Una mirada desde Colombia”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XV, núm. 30, julio-diciembre de 2012, pp. 199-223.

II. CONTENIDO DEL FALLO DEL 8 DE OCTUBRE DE 2007 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Como antes se indicó, el 8 de octubre de 2007 la CIJ dictó sentencia en la demanda interpuesta por la República de Nicaragua contra la República de Honduras con respecto a la soberanía sobre las islas Bobey Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay y South Cay (nombres en inglés) en el mar Caribe y a la delimitación de los espacios marítimos —mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental— en dicho mar. Ambas partes estuvieron de acuerdo en que la delimitación marítima se efectuara por una línea a todo efecto, aplicando las normas pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como que a las islas en cuestión y a la isla Edinburgh Cay, también situada en el mar Caribe y bajo soberanía de Nicaragua, se les atribuyera un mar territorial de hasta doce millas, considerando que no habían tenido el carácter de *terra nullius*.

La Corte se integró de la siguiente manera: presidente, Higgins; vicepresidente, Al-Khasawneh; magistrados, Ranjeva, Shi, Koroma, Parra-Aranguren, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor (México), Bennouna, Shonnikov; y magistrados *ad hoc*, Torres Bernárdez, y Gaja; secretario, Couvreur.

El texto del fallo señala que la Corte decide:

- 1) Por unanimidad: que Honduras tiene soberanía sobre el cayo Bobel, el cayo Savanna, el cayo Port Royal y el cayo Sur.
- 2) Por quince votos contra dos: que el punto de partida de la frontera marítima única que divide el mar territorial, la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de la República de Nicaragua y la República de Honduras estará ubicado en el punto cuyas coordenadas son 15° 00' 52" norte y 83° 05' 58" oeste.⁷
- 3) Por catorce votos contra tres: que partiendo del punto cuyas coordenadas son 15° 00' 52" N y 83° 05' 58" O la línea de la frontera marítima única seguirá el azimut 70° 14' 41.25" hasta su intersección con el arco de doce millas marinas del mar territorial del Cayo Bobel en el punto A (con las coordenadas 15° 05' 25" N y 82° 52' 54" O). Desde el punto A la línea fronteriza seguirá el arco de doce millas

⁷ Votos a favor: presidente Higgins; vicepresidente Al-Khasawneh; magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Shonnikov; magistrado *ad hoc* Gaja; votos en contra: magistrado Parra-Aranguren, magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez.

marinas del mar territorial del cayo Bobel en dirección al sur hasta su intersección con el arco de doce millas marinas del mar territorial del cayo Edimburgo en el punto B (con las coordenadas 14°57'13" N y 82°50'03" O).⁸

- 4) Por dieciséis votos contra uno: que las partes deben negociar de buena fe con miras a convenir en el curso de la línea de delimitación de la porción del mar territorial ubicada entre el punto final de la frontera terrestre establecida por el laudo arbitral de 1906 y el punto de partida de la frontera marítima única que la Corte ha determinado que está ubicada en el punto con las coordenadas 15° 00' 52" N y 83° 05' 58" O.⁹

El magistrado Ranjeva anexa una opinión separada; el magistrado Koroma anexa una opinión separada; el magistrado Parra-Aranguren anexa una declaración; el magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez anexa una opinión disidente, y el magistrado *ad hoc* Gaja anexa una declaración, todas al fallo de la Corte.

III. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO Y EXPOSICIONES BÁSICAS DE LAS PARTES

El 8 de diciembre de 1999, Nicaragua presentó una demanda por la cual inició un procedimiento contra Honduras con respecto a una controversia

⁸ Y continúa señalando que “Desde el punto B la línea fronteriza continuará por la línea media formada por los puntos de equidistancia entre el Cayo Bobel, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur (Honduras) y el Cayo Edimburgo (Nicaragua), pasando por el punto C (con coordenadas 14°56'45" N y 82°33'56" O) y el punto D (con coordenadas 14°56'35" N y 82°33'20" O), hasta encontrarse con el punto de intersección del arco de 12 millas marinas de los mares territoriales del Cayo Sur (Honduras) y el Cayo Edimburgo (Nicaragua) en el punto E (con coordenadas 14°53'15" N y 82° 29'24" O). Desde el punto E la línea fronteriza seguirá el arco de 12 millas marinas del mar territorial del Cayo Sur en dirección al norte hasta encontrarse con la línea del azimut en el punto F (con coordenadas 15°16'08" N y 82°21'56" O). Desde el punto F, continuará por la línea que tiene el azimut 70°14'41.25" hasta que llega a la zona en que pueden ser afectados los derechos de terceros Estados”. “Votos a favor: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; magistrados Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; magistrado *ad hoc* Gaja. Votos en contra: magistrados Ranjeva, Parra-Aranguren, magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez”.

⁹ “Votos a favor: Presidente Higgins; Vicepresidente Al-Khasawneh; magistrados Ranjeva, Shi, Koroma, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov; magistrados *ad hoc*, Torres Bernárdez, Gaja. Votos en contra: magistrado Parra-Aranguren”.

relacionada con la delimitación de las zonas marítimas pertenecientes a cada uno de dichos Estados en el mar del Caribe. En su demanda, Nicaragua fundó la competencia de la Corte en lo dispuesto en el artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (oficialmente conocido como “Pacto de Bogotá”), así como en las declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte formuladas por las partes, según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte.¹⁰

Por una providencia del 21 de marzo de 2000, el presidente de la Corte fijó el 21 de marzo de 2001 y el 21 de marzo de 2002, respectivamente, como vencimientos de los plazos para la presentación de la memoria de Nicaragua y la contramemoria de Honduras. Dichos alegatos fueron debidamente presentados dentro de los plazos fijados. De esta suerte, por la providencia del 13 de junio de 2002, la Corte autorizó la presentación de una réplica de Nicaragua y una dúplica de Honduras, y fijó el 13 de enero de 2003 y el 13 de agosto de 2003, respectivamente, como plazos para la presentación de dichos alegatos. La réplica de Nicaragua y la dúplica de Honduras fueron presentadas dentro de los plazos prescritos. Pasaron casi cuatro años para que se celebraran audiencias públicas entre el 5 y el 23 de marzo de 2007. En la conclusión de las actuaciones orales, las partes presentaron las siguientes conclusiones a la Corte:

Nicaragua solicita a la Corte que resuelva y declare que

La bisectriz de las líneas que representan los frentes costeros de las dos Partes descritos en los alegatos, trazadas desde un punto fijo situado aproximadamente a 3 millas de la desembocadura del río en la posición 15° 02' 00" N y 83° 05' 26" O, constituye la frontera marítima única a los efectos de la delimitación de las zonas controvertidas del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental en la región de la Elevación de Nicaragua.

Además, que el punto de partida de la delimitación es el *thalweg* de la desembocadura principal del río Coco conforme a lo determinado por el laudo del rey de España de 1906, y que decida la cuestión de soberanía sobre las islas y cayos situados dentro de la zona en litigio.

Por su parte, Honduras solicita al tribunal que resuelva y declare que:
1) las islas Cayo Bobel, Cayo Sur, Cayo Savanna y Cayo Port Royal, junto

¹⁰ En virtud de que entre los integrantes del tribunal no había ningún magistrado de la nacionalidad de ninguna de las partes, cada una de éstas procedió a ejercer el derecho que le confiere el párrafo 3 del artículo 31 del Estatuto de la CIJ, de elegir un magistrado *ad hoc* para que participara en la causa. Nicaragua eligió al señor Giorgio Gaja, y Honduras eligió, primero al señor Julio González Campos, que renunció el 17 de agosto de 2006, y, posteriormente, al señor Santiago Torres Bernárdez.

con todas las demás islas, cayos, rocas, bancos y arrecifes reclamados por Nicaragua que están al norte del paralelo 15, están bajo la soberanía de Honduras.¹¹

Resumiendo, la posición de las partes: Nicaragua argumentó ante el Tribunal que los espacios marítimos entre ambos Estados nunca habían sido delimitados, y que las islas en cuestión debían estar bajo su soberanía en aplicación del principio de adyacencia. Honduras, por su parte, manifestó que había una frontera marítima tradicionalmente reconocida, con sustento en el principio del *uti possidetis juris*, y confirmada por la práctica de ambos países y de terceros Estados. Esa frontera estaba dada por una línea que había de seguir el paralelo de 15°. Debido a ello, y dado que las islas reclamadas por Nicaragua se encontraban al norte de dicho paralelo, le correspondían en aplicación del mismo principio jurídico, confirmado por la efectividad en el ejercicio de la jurisdicción. En lo que hace específicamente a la delimitación marítima, debido a la configuración convexa de la costa sobre el mar Caribe donde termina la frontera terrestre de ambos Estados en el cabo Gracias a Dios, Nicaragua proponía el método de la bisectriz, en tanto que Honduras, en abono a su postura sobre la frontera tradicional, sostenía el de la equidistancia con consideración de las circunstancias especiales presentes en esa geografía.

IV. DIMENSIÓN GEOGRÁFICA DE LA DISPUTA

Dentro de la cuenca del océano Atlántico se localiza el área denominada comúnmente como mar del Caribe, donde la costa de Nicaragua corre levemente al oeste del sur después del Cabo Gracias a Dios hasta llegar a la

¹¹ Los otros puntos textuales de la petición de Honduras son:

“2. El punto de partida de la frontera marítima que ha de ser delimitada por la Corte será un punto situado a 14°59’8” de latitud Norte, 83°05’8” de longitud Oeste. La frontera desde el punto determinado por la Comisión mixta en 1962 en 14°59’8” de latitud Norte, 83°08.9’ de longitud Oeste hasta el punto de partida de la frontera marítima que ha de ser delimitada por la Corte será convenida entre las Partes en el presente caso sobre la base del Laudo del Rey de España de 23 de diciembre de 1906, que es vinculante para las Partes, y teniendo en cuenta las cambiantes características geográficas de la desembocadura del Río Coco (también conocido como el río Segovia o wanks)”.

“3. Al Este del punto situado a 14°59’8” de latitud Norte, 83°05’8” de longitud Oeste, la frontera marítima única que divide los respectivos mares territoriales, zonas económicas exclusivas y plataformas continentales de Honduras y Nicaragua sigue a 14°59’8” de latitud Norte, como frontera marítima existente, o una línea de equidistancia ajustada, hasta que se llegue a la jurisdicción de un tercer Estado”.

frontera con Costa Rica, salvo la saliente hacia el este en Punta Gorda. Por su parte, la costa de Honduras corre generalmente en dirección este-oeste entre los paralelos 15° y 16° de latitud norte. El segmento hondureño de la costa de América central sobre el Caribe continúa su extensión hacia el norte más allá del cabo Gracias a Dios hasta el cabo Falso, donde comienza a virar hacia el oeste. En el cabo Camarón la costa vira más abruptamente, de modo que corre casi directamente hacia el oeste en toda su extensión hasta la frontera de Honduras con Guatemala. Las dos líneas costeras forman aproximadamente un ángulo recto que sobresale hacia el mar. La convexidad de la costa se ve aumentada por el cabo formado en la desembocadura del río Coco, corre hacia el este al acercarse a la costa y se encuentra con el mar en la punta oriental del cabo Gracias a Dios, que marca el punto de convergencia de las costas de ambos Estados. Colinda con una costa cóncava a ambos lados, y tiene dos puntas, una a cada lado del margen del río Coco, separadas por algunos cientos de metros.

El margen continental frente a la costa oriental de Nicaragua y Honduras se denomina “Elevación de Nicaragua”, que tiene la forma de una plataforma triangular relativamente chata, con profundidades de aproximadamente veinte metros. A mitad del camino entre la costa de los dos países y la costa de Jamaica, la elevación de Nicaragua termina descendiendo abruptamente hasta profundidades de más de 1,500 metros. Antes de descender a esas mayores profundidades, la elevación se divide en varios grandes bancos, tales como el banco Thunder Knoll y el banco Rosalinda (también conocido como Rosalind), que están separados de la plataforma principal por canales más hondos, de más de doscientos metros de profundidad. En la zona poco profunda de la cresta cerca de la tierra firme de Nicaragua y Honduras hay numerosos arrecifes, algunos de los cuales emergen de la superficie del agua en forma de cayos.¹²

Con respecto a la geomorfología de la desembocadura del río Coco, el río más largo del istmo de América central, la Corte señala que es un típico delta que forma una saliente de la costa en forma de cabo: el cabo Gracias a Dios. Todos los deltas son por definición accidentes geográficos de naturaleza inestable. El delta del río Coco, e incluso la costa al norte y al sur de él, muestran

¹² Los cayos son islas pequeñas y bajas compuestas en gran medida de arena derivada de la desintegración física de arrecifes de coral por la acción de las olas y el posterior reacomodamiento por el viento. Los cayos más grandes pueden acumular sedimentos suficientes para permitir la colonización y la fijación mediante vegetación. Entre las formaciones insulares presentes en la plataforma continental frente al cabo Gracias a Dios, al norte del paralelo 15, figuran el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur, ubicados entre treinta y cuarenta millas marinas al este de la desembocadura del río Coco.

un activísimo morfodinamismo. El resultado es que la desembocadura del río está constantemente cambiando de forma y se forman islas y bajíos inestables en la desembocadura donde el río deposita gran parte de su sedimento.

V. DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LA DISPUTA

En el recuento histórico de la CIJ se consigna que en 1821, al independizarse de España, Nicaragua y Honduras adquirieron soberanía sobre sus respectivos territorios, incluidas las islas adyacentes situadas frente a sus costas, pero dichas islas no fueron señaladas por sus nombres. El 7 de octubre de 1894, ambas naciones lograron concertar un tratado general sobre fronteras, conocido como el Tratado Gámez-Bonilla (que entró en vigor el 26 de diciembre de 1896), en cuyo artículo II se disponía que, de conformidad con el principio *uti possidetis juris*, “cada República es dueña del territorio que a la fecha de la independencia constituía, respectivamente, las provincias de Honduras y Nicaragua”. El artículo I del Tratado preveía además el establecimiento de una Comisión mixta de Límites para la frontera entre Nicaragua y Honduras. La Comisión fijó la frontera desde el océano Pacífico en el golfo de Fonseca hasta el portillo de Teotecacinte, que está ubicado aproximadamente a una tercera parte de la distancia en el territorio terrestre; pero no pudo determinar la frontera desde ese punto hasta la costa atlántica.

Conforme a los términos del numeral III del instrumento, Nicaragua y Honduras presentaron posteriormente su controversia respecto de la parte restante de la frontera al rey Alfonso XIII de España como árbitro único, quien dictó un laudo arbitral el 23 de diciembre de 1906, que trazó una frontera desde la desembocadura del río Coco en el cabo Gracias a Dios hasta el portillo de Teotecacinte. Posteriormente, Nicaragua impugnó la validez y la obligatoriedad del laudo arbitral, en una nota del 19 de marzo de 1912. Después de varios intentos fallidos de resolver esa controversia y varios incidentes fronterizos, en 1957, el Consejo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) abordó la cuestión en ese mismo año. Con la mediación de un comité *ad hoc* establecido por el Consejo de la OEA, Nicaragua y Honduras convinieron en someter su controversia a la Corte Internacional de Justicia. En su fallo del 18 de noviembre de 1960, la Corte Internacional de Justicia decidió que el laudo del rey de España del 23 de diciembre de 1906 era válido y obligatorio, y que Nicaragua tenía la obligación de darle cumplimiento.¹³

¹³ Como posteriormente Nicaragua y Honduras no pudieron ponerse de acuerdo sobre cómo ejecutar el laudo arbitral de 1906, Nicaragua solicitó la intervención de la Comisión

Entre 1963 y 1979, Honduras y Nicaragua tuvieron relaciones amistosas. En 1977, Nicaragua inició negociaciones sobre asuntos relacionados con la frontera marítima en el Caribe. Sin embargo, en dichas negociaciones no se logró ningún progreso. En el periodo siguiente, las relaciones entre los dos países se deterioraron. En una serie de intercambios diplomáticos, se registraron numerosos incidentes, que comprendieron la captura por cada uno de los Estados de embarcaciones pesqueras pertenecientes al otro Estado, y/o ataques a las embarcaciones de un Estado por parte del otro en la vecindad del paralelo 15. Se establecieron varias comisiones mixtas con miras a lograr la solución de la situación, pero los intentos de dichas comisiones no tuvieron el éxito deseado.

El 29 de noviembre de 1999, Nicaragua presentó ante la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) una demanda por la cual inició un procedimiento contra Honduras, y una solicitud de indicación de medidas provisionales. Ello ocurrió después de que Honduras expresara su intención de ratificar un Tratado de 1986 sobre delimitación marítima con Colombia, en el cual se establecía al paralelo 14° 59' 08" al este del meridiano 82 como la línea fronteriza entre Honduras y Colombia. En su demanda, Nicaragua pidió a la CCJ que declarara que Honduras, al proceder a la aprobación y ratificación del Tratado de 1986, estaba actuando en violación de determinados instrumentos jurídicos de integración regional, en particular el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos. En su solicitud de indicación de medidas provisionales, Nicaragua pidió a la CCJ que ordenara a Honduras que se abstuviera de aprobar y ratificar el Tratado de 1986, hasta que se hubieran “salvaguardado” los intereses soberanos de Nicaragua en sus espacios marítimos, los intereses patrimoniales de América Central y los intereses superiores de las instituciones regionales. En una providencia del 30 de noviembre de 1999, la CCJ dispuso que Honduras suspendiera el procedimiento de ratificación del Tratado de 1986 a la espera de la determinación del fondo de la causa.

Honduras y Colombia continuaron el proceso de ratificación, y el 20 de diciembre de 1999 canjearon los instrumentos de ratificación. El 7 de enero de 2000, Nicaragua formuló una nueva solicitud de indicación de medidas

Interamericana de Paz. La Comisión estableció posteriormente una Comisión mixta que completó la demarcación de la línea fronteriza con la colocación de mojones de frontera en 1962. La Comisión mixta determinó que la frontera terrestre comenzaría en la desembocadura del río Coco, a 14°59.8' de latitud norte y 83° 08.9' de longitud oeste. Sobre la morfología del río Coco en su desembocadura, ambos Estados habían coincidido en que era particularmente cambiante, por lo que el punto de partida de la delimitación marítima podría encontrarse a tres millas del punto final adoptado en 1962.

provisionales, en la que pidió a la CCJ que declarara la nulidad del proceso de ratificación del Tratado de 1986 por Honduras. En una providencia del 17 de enero de 2000, la CCJ determinó que Honduras no había cumplido su providencia sobre medidas provisionales del 30 de noviembre de 1999, pero consideró que no tenía competencia para pronunciarse sobre la solicitud formulada por Nicaragua de que declarara la nulidad del proceso de ratificación de Honduras. En su fallo sobre el fondo, el 27 de noviembre de 2001, la CCJ confirmó la existencia de un “patrimonio territorial de América Central”. También decidió que, al haber ratificado el Tratado de 1986, Honduras había infringido varias disposiciones del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, en el que se estipulan, entre otras cuestiones, los propósitos y principios fundamentales del Sistema de la Integración Centroamericana, entre los que figura el concepto del “patrimonio territorial de América Central”. Durante todo el decenio de 1990 también hubo varios canjes de notas diplomáticas con respecto a la publicación por las partes de mapas relativos a la zona controvertida.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

Respecto al objeto de la controversia y soberanía sobre las islas situadas en la zona controvertida, en su demanda y sus alegatos escritos, Nicaragua pidió a la Corte que determinara el curso de la frontera marítima única entre los espacios de mar territorial, plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes, respectivamente, a Nicaragua y Honduras en el mar Caribe; aduce que ha sostenido constantemente la posición de que su frontera marítima con Honduras en el mar del Caribe no ha sido delimitada. Con este argumento, durante el procedimiento oral, Nicaragua también formuló la solicitud específica de que la Corte se pronunciara acerca de la soberanía sobre las islas situadas en la zona controvertida al norte de la línea fronteriza reclamada por Honduras, que corre a lo largo del paralelo 15 (14° 59. 08” de latitud norte).

Según Honduras, ya existe en el mar del Caribe una frontera tradicionalmente reconocida entre los espacios marítimos de los dos países, que se origina en el principio *uti possidetis juris*, y que está muy arraigada en la práctica bilateral y confirmada por la práctica de terceros Estados. Concuerta en que el tribunal debe determinar la ubicación de una frontera marítima única trazándola, siguiendo la “frontera marítima tradicional” a lo largo del paralelo 15 hasta donde comience la jurisdicción de un tercer Estado.

También solicitó a la Corte que resolviera que las islas Cayo Bobel, Cayo Sur, Cayo Savanna y Cayo Port Royal, junto con todas las demás islas, cayos, rocas, bancos y arrecifes reclamados por Nicaragua que están al norte del paralelo 15 están bajo su soberanía.¹⁴

En cuanto a la soberanía sobre las islas situadas en la zona controvertida del mar Caribe, Nicaragua pretende ejercerla al norte del paralelo 15, incluidos el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur. Honduras pretende soberanía sobre el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur, además de reivindicar el título sobre otros cayos e islas menores situados en la misma zona.¹⁵ Por lo que atañe a la delimitación marítima más allá del mar territorial, Nicaragua propone un método de delimitación consistente en “la bisectriz del ángulo producido mediante la construcción de líneas basadas en los respectivos frentes costeros y la producción de extensiones de dichas líneas”. Dicha bisectriz se calcula a partir de la dirección general de la costa de Nicaragua y de la dirección general de la costa de Honduras. Tales frentes costeros generan una bisectriz que corre desde la desembocadura del río Coco como una línea de rumbo constante hasta la intersección con la frontera de un tercer Estado en la vecindad del banco Rosalinda. Honduras, por su parte, solicita que se confirme su pretensión de una frontera marítima tradicional fundada en el *uti possidetis juris*, que corre a lo largo del paralelo 15 entre Honduras y Nicaragua en el mar del Caribe y que continúe esa línea existente hasta que se llegue a la jurisdicción de un tercer Estado. Si sus alegatos acerca del paralelo 15 no fueran aceptados por la Corte, Honduras pide alternativamente que la Corte trace una línea de equidistancia ajustada, hasta que se llegue a la jurisdicción de un tercer Estado.

Respecto al punto de partida de la frontera marítima, los contendientes están de acuerdo en que el punto terminal de la frontera terrestre entre Nicaragua y Honduras fue establecido por el laudo arbitral de 1906 en la desembocadura del brazo principal del río Coco. La Comisión mixta de Lí-

¹⁴ Las pretensiones de las partes se pueden observar con claridad en el mapa esquemático, núm. 2 en el fallo.

¹⁵ Ambos Estados están de acuerdo en que ninguna de las islas y cayos en controversia eran *terra nullius* en el momento de la independencia en 1821. Sin embargo, las partes discrepan acerca de la situación posterior. Nicaragua afirma que esas islas y cayos no fueron asignados a ninguna de las Repúblicas, y que es imposible establecer la situación del *uti possidetis juris* de 1821 con respecto a los cayos. Concluye que se debe recurrir a los “otros títulos” y, en particular, afirma que tiene el título original sobre los cayos con arreglo al principio de adyacencia. Honduras, por su parte, sostiene que tiene un título original sobre las islas controvertidas en virtud de la doctrina del *uti possidetis juris*, y que su título está confirmado por numerosas *efectividades*.

mites determinó en 1962 que el punto de partida de la frontera terrestre en la desembocadura del río Coco estaba situado a 14° 59' 8" de latitud norte y 83° 08.9' de longitud oeste. Ambas partes también están de acuerdo en que, debido a la acumulación de sedimentos, dicho punto se ha desplazado después de 1962.

Nicaragua propone, en sus alegatos escritos, que el punto de partida de la frontera marítima se fije “a una prudente distancia”, a saber: tres millas marinas mar afuera de la desembocadura actual del río Coco sobre la línea bisectriz. Nicaragua sugirió inicialmente que las partes tendrían que negociar “una línea que represente la frontera entre el punto de partida de la frontera en la desembocadura del Río Coco y el punto de partida desde el cual la Corte haya determinado la línea fronteriza [marítima]”. Si bien dejó esa propuesta pendiente, Nicaragua, en sus conclusiones finales, pidió a la Corte que confirmara que “[e]l punto de partida de la delimitación es el thalweg de la desembocadura principal del Río Coco tal como sea en cada momento dado con arreglo a lo determinado por el Laudo del Rey de España de 1906”. Honduras acepta un punto de partida de la frontera “a 3 millas del punto terminal adoptado en 1962”, pero argumenta que el punto fijo mar afuera debería medirse a partir del punto establecido por la Comisión mixta de 1962 y situado en el paralelo 15.

Por lo que respecta a la delimitación del mar territorial, Nicaragua aduce que tal delimitación entre Estados con costas adyacentes debe efectuarse sobre la base de los principios enunciados en el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar. Sin embargo, a su juicio, en la presente causa es técnicamente imposible trazar una línea de equidistancia, porque habría de ser trazada enteramente sobre la base de los dos puntos extremos de la desembocadura del río, que son sumamente inestables y cambian continuamente de posición. En otras palabras, según Nicaragua, también se debería utilizar la línea bisectriz para la delimitación del mar territorial.¹⁶

¹⁶ Honduras concuerda con Nicaragua en que hay “circunstancias especiales” que, con arreglo al artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, “requieren delimitación por una línea que no sea estrictamente la línea media”. Sin embargo, según Honduras, si bien la configuración de la masa continental puede ser una de esas “circunstancias especiales”, tiene mucho mayor importancia “la práctica establecida de las Partes de tratar al paralelo 15 como su frontera desde la desembocadura del Río Coco”. Honduras también señala como un factor de “la mayor importancia... el gradual movimiento hacia el Este de la desembocadura actual del Río Coco”. Por consiguiente, Honduras sugiere que el punto de partida fijo mar afuera de la frontera marítima en el mar territorial debe seguir el paralelo 15 en dirección al este.

En lo tocante a la admisibilidad de la nueva pretensión de Nicaragua relativa a la soberanía sobre las islas situadas en la zona controvertida, el Tribunal estima que, formalmente, la petición de Nicaragua, de tener soberanía sobre las islas situadas en la zona marítima en pugna, reviste una nueva ampliación a la demanda presentada y en los alegatos escritos. Empero, señala que el mero hecho de que una pretensión sea nueva no es en sí mismo decisivo para la cuestión de la admisibilidad. A fin de determinar si una nueva pretensión presentada durante el curso del procedimiento es admisible, el tribunal tiene que considerar si, “aunque sea formalmente una nueva pretensión, la pretensión en cuestión puede considerarse incluida en sustancia en la pretensión original”.¹⁷

Para resolver esta situación, la Corte recuerda que en varias ocasiones ha resaltado que “la tierra domina al mar”, es decir, que a fin de trazar una línea única de frontera marítima en una zona del Caribe en la cual están situadas varias islas y rocas, tendría que considerar qué influencia pueden tener esos accidentes geográficos marítimos en el curso de esa línea. Para trazar esa línea, la Corte tendría que determinar primero qué Estado tiene soberanía sobre las islas y rocas en la zona controvertida, esto es, tiene el deber de hacerlo independientemente de si se ha formulado una pretensión formal al efecto. De ahí que la CIJ concluya que la pretensión relacionada con la soberanía está implícita en la cuestión que constituye el objeto de la demanda de Nicaragua, a saber: la delimitación de las zonas controvertidas del mar territorial, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, y surge directamente de dicha cuestión. Concluye así que la pretensión de Nicaragua relacionada con la soberanía sobre las islas situadas en la zona marítima en controversia es admisible porque es inherente a la pretensión original relacionada con la delimitación marítima entre las partes en desacuerdo.

VII. LA FECHA CRÍTICA

Cabe advertir la importancia que le da la Corte a la fecha crítica, en tratándose de una controversia relacionada con la delimitación marítima o de una

¹⁷ CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, excepciones preliminares, fallo, 26 de junio de 1992, pp. 265 y 266, para. 65. Con tal fin, para concluir que la nueva pretensión, desde el punto de vista de la sustancia, estaba incluida en la pretensión original, no es suficiente que entre ellas existan vínculos de naturaleza general. Además, “[u]na pretensión adicional debe haber estado implícita en la demanda” (CIJ, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, fondo, fallo, 15 de junio de 1962, p. 36) o debe surgir “directamente de la cuestión que constituye el objeto de dicha demanda”; CIJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, fondo, fallo, 25 de julio de 1974, p. 203, para. 72; (*Nauru v. Australia*), *cit.*, p. 266, para. 67.

controversia relacionada con la soberanía sobre tierra, que consiste en distinguir entre los actos realizados “a título de soberanía”, que de entrada son pertinentes para apreciar y validar las “efectividades” (*effectivités*) y los actos ocurridos después de esa fecha crítica, que en general carecen de significado a tal efecto, por haber sido llevados a cabo por un Estado que, teniendo ya pretensiones que hacer valer en una controversia jurídica, podría haber realizado dichas acciones con el objetivo estricto de respaldar esas pretensiones. De ahí que la fecha crítica será la línea divisoria a partir de la cual los actos de las partes se vuelven irrelevantes a los efectos de apreciar el valor de las *efectividades*.

Honduras sostiene que hay dos controversias, aunque relacionadas: una acerca de si Nicaragua u Honduras tiene título respecto de las islas controvertidas, y la otra acerca de si el paralelo 15 representa la actual frontera marítima entre las partes. Nicaragua la percibe como una controversia única. Para ella, no hay una sola fecha crítica; esto es, que en la medida en que la cuestión del título se basa en la aplicación del principio *uti possidetis*, la fecha crítica sería 1821 —la fecha de independencia de Honduras y Nicaragua de España—, mientras que si se consideran los efectos de las *efectividades* poscoloniales, la fecha crítica no puede ser “anterior a la fecha de la presentación de la memoria —21 de marzo de 2001— pues ésta fue la primera vez que Nicaragua afirmó que tenía título sobre las islas”. Por lo que toca a la controversia sobre la frontera marítima, sostiene que en 1979, cuando asume el poder el gobierno sandinista, se encuentra la fecha crítica, pues antes Nicaragua nunca mostró interés en los cayos e islas situados al norte del paralelo 15.

Por su lado, para Nicaragua, la fecha crítica es 1977, cuando las partes iniciaron negociaciones sobre la delimitación marítima, después de un intercambio de notas gubernamentales; además, afirma que la controversia relativa a la frontera marítima engloba por implicación a la controversia relativa a las islas situadas dentro de la zona en cuestión, por lo que ambas controversias coinciden.¹⁸ Así, en lo relativo a la controversia relativa a las islas, la Corte considera que 2001 es la fecha crítica, pues Nicaragua, ya en la memoria presentada ese año, hizo una reserva expresa de “los derechos soberanos

¹⁸ Tras el examen de estos argumentos, el tribunal asienta que en los casos en que existen dos controversias interrelacionadas no hay necesariamente una sola fecha crítica, la que puede ser distinta en las dos controversias; por ello, estima que es necesario distinguir dos fechas críticas diferentes que han de aplicarse a dos circunstancias diferentes. Una fecha crítica se refiere a la atribución de soberanía sobre las islas a uno de los dos Estados en litigio. La otra fecha crítica se relaciona con la cuestión de la delimitación de la zona marítima controvertida.

relativos a todos los islotes y rocas reclamados por Nicaragua en la zona controvertida”. Y por lo que atañe a la controversia sobre la línea de delimitación, la CIJ concluyó que es a partir del momento en que se produjeron dos incidentes relacionados con la captura de embarcaciones pesqueras en marzo de 1982, que motivaron el intercambio diplomático entre ambos países, que se puede afirmar la existencia de una controversia en cuanto a delimitación marítima.

VIII. SOBERANÍA SOBRE LAS ISLAS

En el punto de los accidentes geográficos marítimos en la zona controvertida, la Corte señaló que las partes convienen en que el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur se hallan sobre el nivel del mar en pleamar, por lo que les es aplicable el régimen de las islas de la Convemar, de la que ambos Estados son signatarios. Cabe notar que durante el procedimiento se señalaron otros dos cayos: el Cayo Logwood o Palo de Campeche y el Cayo Media Luna, sobre los que las partes coincidieron al final en que se encuentran prácticamente sumergidos, por lo que la Corte sólo se pronunciará sobre los cuatro primeros.

Durante el procedimiento oral, ambos Estados formularon también una pretensión respecto de una isla situada en un lugar totalmente diferente, a saber: la isla situada en la desembocadura del río Coco, pero se advierte que en los últimos cien años tal desembocadura es muy inestable, provocando que las islas más grandes tiendan a unirse a la ribera que les queda más próxima, mientras que el futuro de las islas más pequeñas es incierto, razones por las que el tribunal no se pronuncia en absoluto en cuanto al título soberano sobre las islas situadas en la desembocadura del río Coco.

En cuanto al principio *uti possidetis juris* y la soberanía sobre las islas controvertidas, la máxima jurisdicción subrayó que en tanto Honduras lo invoca como base de la soberanía sobre las islas en desarreglo, Nicaragua no reconoce la atribución de las islas a cualquiera de las partes sobre la base de dicho principio.¹⁹ Así, la CIJ advierte que el *uti possidetis juris* puede, en prin-

¹⁹ La Corte señala que ha reconocido que “el principio del *uti possidetis* ha mantenido su lugar entre los principios jurídicos más importantes” en lo tocante a los títulos territoriales y la delimitación de las fronteras en el momento de la descolonización (CIJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, 22 de diciembre de 1986, p. 567, para. 26). Dice que está fuera de duda que el principio es aplicable respecto de la cuestión de la delimitación territorial entre Nicaragua y Honduras, ambas antiguas provincias coloniales españolas. Durante el siglo XIX, las negociaciones encaminadas a determinar la frontera territorial entre

cipio, aplicarse a las posesiones costa afuera y a los espacios marítimos, pero que su mera invocación no da por sí misma una clara respuesta en cuanto a la soberanía sobre las islas controvertidas. Si las islas no son *terra nullius*, como ambas partes reconocen y es generalmente reconocido, cabe suponer que habían estado bajo el dominio de la Corona de España. Sin embargo, de ello no se infiere necesariamente que el sucesor en las islas controvertidas sólo pudiera ser Honduras, siendo el único Estado que formalmente ha reivindicado esa condición. La Corte recuerda que el *uti possidetis juris* presupone la existencia de una delimitación de territorios entre las provincias coloniales que hubiera sido efectuada por las autoridades coloniales centrales. Así pues, a fin de aplicar el principio del *uti possidetis juris* a las islas controvertidas, debe demostrarse que la Corona de España las había asignado a una u otra de sus provincias coloniales.

Nótese que la Corte busca pruebas para determinar si las islas habían sido atribuidas a una u otra de las provincias coloniales del imperio español, pero ninguna de las partes aportó pruebas documentales fehacientes al respecto ni sobre la administración colonial de Centroamérica que permitiera determinar con certidumbre si la administración de territorios insulares de las partes era ejercida por la Capitanía General de Guatemala, por la Gobernación de Honduras o bien por la Comandancia General de Nicaragua.²⁰ En estas circunstancias, es claro que, a pesar de la importancia

Nicaragua y Honduras culminaron con la conclusión del Tratado Gámez-Bonilla, del 7 de octubre de 1894, en el cual ambos Estados convinieron, en el párrafo 3 del artículo II, que “cada República [era] dueña del territorio que a la fecha de la independencia constituía, respectivamente, las provincias de Honduras y Nicaragua”. Los términos del laudo del rey de España de 1906, basado específicamente en el principio del *uti possidetis juris*, establecido en el párrafo 3 del artículo II del Tratado Gámez-Bonilla, definieron la frontera territorial entre los dos países con respecto a las porciones de tierra controvertidas, es decir, desde el portillo de Teotecacinte hasta la costa atlántica. La validez y la obligatoriedad del laudo de 1906 han sido confirmadas por la propia CIJ en su fallo de 1960, y ambas partes, en la controversia, aceptan el laudo como jurídicamente vinculante.

²⁰ Al respecto, el fallo de la CIJ señala expresamente: “A diferencia del territorio terrestre, en el cual la frontera administrativa entre las distintas provincias estaba más o menos claramente demarcada, es notorio que no había una demarcación nítida con respecto a las islas en general. Así parece haber ocurrido aún más con respecto a las islas en cuestión, pues deben haber estado escasamente habitadas, si es que lo estuvieron, y no poseían recursos naturales de importancia para ser explotados, salvo la pesca en la zona marítima circundante. La Corte también observa que la Capitanía General de Guatemala puede bien haber tenido el control sobre la tierra y los territorios insulares adyacentes a las costas a fin de brindar seguridad, impedir el contrabando y tomar otras medidas encaminadas a asegurar la protección de los intereses de la Corona de España. Sin embargo, no hay prueba alguna que sugiera que las islas en cuestión hayan desempeñado algún papel en el cumplimiento de esos objetivos estratégicos”.

histórica y continuada del principio *uti possidetis*, básicamente en la descolonización de América Latina, en la causa que nos ocupa no se puede aplicar a las islas en disputa, situadas a gran distancia mar adentro y lejanas a los litorales de los Estados en pugna, y por tanto no resuelve el asunto de la soberanía sobre ellas. En esta lógica, el argumento de adyacencia formulado por Nicaragua es desestimado por el tribunal, que señala que los tratados de independencia signados con España por Nicaragua (1850) y Honduras (1866) se refieren a la adyacencia con respecto a las costas continentales y no a las islas situadas mar adentro.²¹

La Corte concluye así en tres direcciones concretas: primera, que la cuestión de la soberanía sobre las islas controvertidas no puede resolverse sobre la base indicada, por lo que debe verificarse si hubo *efectividades* plausibles durante el periodo colonial;²² segunda, que no se dispone de información suficiente para demostrar la existencia de *efectividades* coloniales ni para comprobar ni confirmar sobre esta base un título jurídico sobre el territorio respecto de las islas en cuestión, y tercera, que el principio *uti possidetis* no ayuda a determinar la soberanía sobre las islas, amén de que los contendientes no logran demostrar que tuvieran título jurídico sobre ellas en virtud del citado principio.

En un orden paralelo, en lo que respecta a las efectividades poscoloniales y soberanía sobre las islas controvertidas, la Corte advierte que según su jurisprudencia (en particular la causa *Indonesia/Malasia*) y la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos menores, tales como dichas islas entre los Estados en litigio, puede demostrarse con base en la presencia efectiva de poderes estatales en términos cualitativos y cuantitativos. Se tiene así un abanico de categorías de efectividades presentadas por las partes, y que son, *grosso modo*, las siguientes:

- 1) *Control legislativo y administrativo*, donde la Corte no encuentra ninguna referencia a las cuatro islas en litigio en las diversas Constituciones

²¹ Consecuentemente, la CIJ no acepta el argumento de Nicaragua, de que las islas controvertidas están más próximas al cayo Edimburgo, que pertenece a Nicaragua, y si bien la Corte no se funda en la adyacencia para arribar a sus conclusiones, subraya que, en todo caso, las islas controvertidas parecen estar más próximas a la costa de Honduras que a la costa de Nicaragua.

²² Este criterio de “efectividades coloniales” se ha definido como “el comportamiento de las autoridades administrativas como prueba del ejercicio efectivo de jurisdicción territorial en la región durante el período colonial” (*Burkina Faso/Republic of Mali*), *cit.*, p. 586, para. 63; CIJ, *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, fallo, 12 de julio de 2005, p. 120, para. 47).

de Honduras ni en la Ley Agraria, ni hay prueba alguna de que este país haya aplicado esos instrumentos a las islas de ninguna manera específica, por lo que tal forma de control no es convincente.

- 2) *Aplicación y la ejecución de las leyes penales y civiles*, donde la Corte opina que las pruebas presentadas por Honduras sí tienen importancia jurídica. El hecho de que varios actos mencionados (entre otros, denuncias penales de robo y agresión física en los cayos Savanna y Bobel, así como una operación de lucha contra las drogas llevada a cabo en la zona en 1993 por las autoridades de Honduras y la Drug Enforcement Administration —(DEA)— de los Estados Unidos hayan ocurrido en el decenio de 1990 no impide su pertinencia, amén de que el permiso otorgado por Honduras a la DEA para sobrevolar el “espacio aéreo nacional”, junto con la mención específica de los cuatro cayos e islas, puede ser entendido como un acto soberano de un Estado, equivalente a una *efectividad* pertinente en la zona.
- 3) *Reglamentación de la inmigración*, aquí la Corte encuentra que hubo una actividad apreciable en materia de inmigración y permisos de trabajo por parte de Honduras respecto de los habitantes de las islas en 1999 y 2000, por lo que le asigna importancia jurídica a las pruebas presentadas por Honduras como efectividades aunque hayan comenzado en 1990, amén de que la expedición de permisos de trabajo y visas a nacionales de Jamaica y Nicaragua denota un poder reglamentario hondureño y ejercicio de autoridad jurisdiccional. Aunque la duración de estos actos es reciente, sólo Honduras ha tomado en la zona medidas que puedan considerarse como actos realizados *a título de soberanía*, en tanto que Nicaragua no ha alegado haber reglamentado por sí la inmigración en las islas, ni antes ni después de los noventa del siglo anterior.
- 4) *Reglamentación de las actividades de pesca*, donde es opinión del tribunal que Honduras expedía permisos de pesca creyendo tener un título jurídico respecto de las zonas circundantes a las islas. Las pruebas relativas a la reglamentación por este país de la construcción y las embarcaciones de pesca en las islas son también jurídicamente pertinentes para la Corte en la categoría de control administrativo y legislativo. La Corte considera que los permisos expedidos por Honduras por los que se autorizaba la construcción de casas en el cayo Savanna y el permiso para el almacenamiento de equipo de pesca en el mismo cayo otorgado por la municipalidad de Puerto Lempira también pueden considerarse como un despliegue discreto del

ejercicio de autoridad, y como pruebas de *efectividades* sobre las islas controvertidas.²³

- 5) *Patrullas navales*, aquí subraya la Corte que considerando como fecha crítica 2001 y no 1977, las pruebas presentadas por ambas partes sobre patrullaje naval son escasas y no persuaden en cuanto a la existencia de *efectividades* con respecto a las islas.
- 6) *Concesiones petroleras y obras públicas*, la Corte establece que las pruebas presentadas por las partes sobre actividades en materia de exploración petrolera mar adentro no tienen incidencia en las islas, por lo que enfocará su análisis en actos relacionados con concesiones petroleras en las islas en la categoría de obras públicas, donde observa que la colocación en el cayo Bobel en 1975 de una antena de diez metros de largo por Geophysical Services Inc. para la Union Oil Company formaba parte de una red geodésica local para prestar asistencia en las actividades de perforación bajo las concesiones petroleras otorgadas,²⁴ y que el pago de impuestos respecto de dichas actividades se aprecia como una prueba adicional de que dicha antena se colocó con autorización gubernamental. De esta suerte, estima que estas obras públicas son hondureñas y constituyen *efectividades* que respaldan su soberanía sobre las islas en comento.

Resumiendo: luego de haber considerado los argumentos y las pruebas aportadas, la Corte concluyó que las *efectividades* invocadas por Honduras evidenciaron una intención y voluntad de actuar como soberano, constituyendo un modesto pero real ejercicio de autoridad sobre las cuatro islas. Por otra parte, observó que cabía presumir que dichas actividades fueron de conocimiento de Nicaragua sin haber generado protesta alguna de su lado. De ahí que, habiendo examinado todas las pruebas relacionadas con las pretensiones de las partes en cuanto a la soberanía sobre las cuatro islas,

²³ Por otro lado, la Corte desechó el argumento de Nicaragua de que las negociaciones que mantuvo con el Reino Unido en los cincuenta del siglo XX, respecto de la renovación de derechos de pesca de tortugas mar adentro, frente a las costas de Nicaragua, prueban su soberanía sobre las islas controvertidas.

²⁴ Honduras sostiene que la construcción de la antena formaba parte integral de “la actividad de exploración de petróleo autorizada por Honduras”. La compañía petrolera presentaba, periódicamente, informes sobre dichas actividades a las autoridades de Honduras, en las que también se indicaba la cuantía de los correspondientes impuestos pagados. Nicaragua sostiene que la colocación de la antena en el cayo Bobel era un acto privado, para el cual no se otorgó ninguna autorización gubernamental específica.

incluida la cuestión del valor probatorio de los mapas²⁵ y la cuestión del reconocimiento de terceros Estados,²⁶ concluye que Honduras tiene soberanía sobre las susodichas islas sobre la base de las *efectividades* poscoloniales.

IX. DELIMITACIÓN DE LAS ZONAS MARÍTIMAS

Una vez resuelta esta controversia, el tribunal se encontró en condiciones de resolver la otra cuestión llevada a su conocimiento; esto es, la delimitación de los espacios marítimos.

La Corte observó que aun cuando el principio del *uti possidetis juris*, dada su vinculación con bahías históricas y mares territoriales, en ciertas circunstancias pudiera tener un papel en la delimitación marítima, en este caso no se había probado que indicara la frontera del paralelo de 15°, tal como lo había postulado Honduras. En efecto, sólo había quedado acreditado que la Corona de España tendía a utilizar paralelos y meridianos para trazar las divisiones jurisdiccionales en sus colonias, pero no se encontró ninguna evidencia de que el gobierno colonial hubiera seguido tal criterio en relación con el paralelo de 15°. Por ende, rechazó la afirmación de Honduras de que el principio del *uti possidetis juris* hubiera aportado una división marítima a lo

²⁵ Sobre el valor probatorio de los mapas en los que se confirma la soberanía sobre las islas controvertidas, la Corte señala que las partes presentaron una gran cantidad de mapas para ilustrar sus respectivos argumentos, pero que ninguno de los mapas que incluyen a algunas de las islas controvertidas especifica claramente cuál es el Estado que ejerce soberanía sobre ellas. Además, como ninguno de los mapas forma parte de un instrumento jurídico en vigor ni, más específicamente, parte de un tratado de límites celebrado entre Nicaragua y Honduras, la Corte concluye que el material cartográfico presentado por las partes no puede por sí mismo respaldar sus respectivas pretensiones de soberanía sobre las islas situadas al Norte del paralelo 15.

²⁶ Según la Corte, no hay prueba alguna que respalde las alegaciones de las partes con respecto al reconocimiento por terceros Estados de que la soberanía sobre las islas controvertidas corresponde a Honduras o Nicaragua. Algunas de las pruebas presentadas por las partes describen incidentes episódicos que no son consistentes ni consecutivos. Es obvio que no implican un reconocimiento expreso de soberanía, y que no demuestran una intención de implicar un reconocimiento de esa índole. También, apuntó que los tratados bilaterales de Colombia, uno con Honduras y uno con Jamaica, han sido invocados por Honduras como prueba del reconocimiento de soberanía sobre las islas controvertidas, y que, en relación con éstos, Nicaragua nunca dio su aquiescencia a ningún entendimiento de que Honduras tenía la soberanía sobre las islas en cuestión. Por esta razón, el tribunal estimó que esos instrumentos bilaterales no son base de un reconocimiento por terceros Estados del título jurídico procedente. Lo mismo entendió la Corte en lo que se refería al Acuerdo de Libre Comercio de las Repúblicas Centroamericanas de 1998, ya que al definirse el territorio de Honduras las cuatro islas no habían sido identificadas por su nombre.

largo del mencionado paralelo hasta por lo menos seis millas náuticas desde el cabo de Gracias a Dios. Por cierto —apunta el tribunal—, todos los Estados que accedieron a la independencia tenían derecho a un mar territorial, pero ello no implicaba determinar por dónde pasaba la frontera marítima entre Estados con costas adyacentes.²⁷

Honduras había alegado, también, la existencia de un *acuerdo tácito*.²⁸ Sin embargo, el tribunal consideró que la evidencia aportada no era concluyente para determinar que entre ambas partes se había establecido una delimitación marítima internacional, aclarando que aun cuando hubiera existido una línea provisional —conveniente para un periodo de tiempo o para un objetivo determinado— ésta debía distinguirse de un límite marítimo internacional entre los dos Estados.

En consecuencia, al no existir la alegada tradicional frontera marítima a lo largo del paralelo de 15°, la Corte decidió delimitar por una línea los tres espacios marítimos —mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental— al menos hasta el meridiano de 82°, donde podrían ser relevantes intereses de terceros Estados.²⁹ En esta línea, advirtió que Hon-

²⁷ Para mayor detalle, la Corte señaló que Nicaragua y Honduras, como Estados de reciente independencia, tenían derecho, en virtud del principio del *uti possidetis juris*, a los territorios continentales e insulares y los mares territoriales que constituían sus provincias en el momento de la independencia. Señaló, empero, que no es posible determinar la soberanía sobre las islas en cuestión sobre la base del principio del *uti possidetis juris*. Tampoco se demostró que la Corona de España hubiera dividido su competencia marítima entre las provincias coloniales de Nicaragua y Honduras ni siquiera dentro de los límites del mar territorial. Aunque pueda aceptarse que todos los Estados obtuvieron su independencia con derecho a un mar territorial, ese hecho jurídico no determina dónde estará situada la frontera marítima entre los mares adyacentes de Estados vecinos. En estas circunstancias, el principio *uti possidetis juris* no ha dado una base para una división marítima a lo largo del paralelo 15. Asimismo, el tribunal indicó que el laudo arbitral de 1906, que efectivamente se basó en el principio del *uti possidetis juris*, no se ocupó de la delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras, y no confirma una frontera marítima entre ellos a lo largo del paralelo 15.

²⁸ Una vez que la Corte acotó la inexistencia de una frontera establecida por referencia al *uti possidetis juris*, procedió a determinar si, como alega Honduras, había un acuerdo tácito suficiente para establecer una frontera. Sabiendo que las pruebas de un acuerdo jurídico tácito deben ser contundentes, es claro que el establecimiento de una frontera marítima permanente es un asunto fundamental y la existencia de un acuerdo sólo se puede presumir a fondo. Al respecto, completa la Corte diciendo que “Una línea de facto podría en determinadas circunstancias corresponder a la existencia de una frontera jurídica convenida o podría tener más bien la naturaleza de una línea provisional o de una línea para un fin específico y limitado, tal como compartir un recurso escaso. Aun cuando hubiera existido una línea provisional considerada conveniente durante cierto tiempo, dicha línea debe ser distinguida de una frontera internacional”.

²⁹ Ambas partes, en sus conclusiones finales, pidieron a la Corte que trazara una “frontera marítima única” que delimitara sus respectivos mares territoriales, zonas económicas

duros y Nicaragua son Estados con costas adyacentes, por lo que al menos por un trecho la línea habría de delimitar mar territorial, ya que conforme lo dispone el artículo 2.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aplicable entre las partes, la soberanía de un Estado ribereño se extiende a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.

Sin embargo, es de notar que en el área en disputa se encuentran las cuatro islas atribuidas a la soberanía de Honduras, así como la isla Edimburgh Cay, bajo soberanía de Nicaragua. La Corte recordó que las partes habían aceptado que todas ellas generaran sus propios mares territoriales, pero señaló que éste era el único espacio sobre el que ambos habían efectuado sus respectivos reclamos en cuanto al mar que rodea las islas. En ese sentido, precisó que, conforme al artículo 3 de la mencionada Convención, el mar territorial no puede extenderse más de doce millas marinas, y si bien las islas están más allá de las veinticuatro millas del continente, entre ellas la distancia que las separa es menor. Por ende, la línea única que debía trazarse podría incluir espacios marítimos que se superpusieran.³⁰

Con pertinencia a la delimitación del mar territorial, con base en lo preceptuado por el artículo 15 de la Convención en cuanto a la delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente,³¹ el tribunal reiteró su interpretación sostenida en casos anteriores

exclusivas y plataformas continentales en el área controvertida. Aunque Nicaragua no era parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el momento en que presentó la demanda en la presente causa, las partes están de acuerdo en que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar está en vigor entre ellas, y que sus artículos pertinentes son aplicables entre ellas en la presente controversia.

³⁰ Dicho de otra manera, el tribunal subraya que si bien las partes discrepan en cuanto a la anchura adecuada de los mares territoriales de las islas en litigio, según el numeral 3 de la III Convemar, el mar territorial de un Estado no puede extenderse más allá de doce millas marinas, lo que infiere que estando situadas todas ellas a menos de veinticuatro millas entre una y otra, pero a más de veinticuatro millas de la tierra firme situada al oeste, la frontera marítima única podría también incluir a segmentos que delimitaran zonas superpuestas de los mares territoriales de las islas situadas frente a frente, así como segmentos que delimitaran la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas en torno a ellas.

³¹ Para la delimitación de los mares territoriales, el artículo 15 de la Tercera Convemar, que es obligatoria para ambos Estados, dispone: “Cuando las costas de dos Estados sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. No obstante, esta disposición no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma”.

conforme a la cual lo más práctico es, provisionalmente, trazar la *línea de la equidistancia* y luego considerar dónde esa línea debe modificarse en función de la existencia de *circunstancias especiales*. Técnicamente esto se traduce en que conforme a la jurisprudencia de la Corte hay razones por las que el método de la equidistancia es generalmente utilizado en la práctica de la delimitación marítima, o sea, que posee un cierto valor intrínseco dado su carácter científico y la relativa facilidad de su aplicación. Empero, dicha metodología no tiene en automático prioridad sobre otros métodos de delimitación, y en circunstancias particulares puede haber factores que hagan inadecuado su empleo.³²

La Corte tomó en cuenta que el cabo Gracias a Dios, donde termina la frontera terrestre Nicaragua-Honduras, es una proyección territorial convexa, lo que genera a cada lado, hacia el norte y hacia el sudoeste, una línea costera cóncava. En razón de esta configuración, consideró que el par de puntos de base a ser identificados a cada lado de la ribera del río Coco en el cabo Gracias a Dios tienen particular importancia, al construir una línea de equidistancia; en particular, cuando ésta se aleja de la costa. Dada la proximidad entre estos puntos de base, cualquier variación o error al situarlos se manifestaría en modo desproporcionado en una línea de equidistancia. El tribunal subrayó además que las partes habían estado de acuerdo en que los sedimentos acarreados por el río hacia el mar tornaban cambiante la morfología, por lo que una línea de equidistancia podría ser arbitraria en un futuro próximo. Tan es así, que esta dificultad para determinar los puntos se enmarcaba en las diferencias que aún existían entre las partes en la interpretación del laudo arbitral del rey de España de 1906 con relación a la soberanía sobre los islotes que se forman en la desembocadura del río y la determinación del punto extremo de la frontera común sobre el Atlántico.³³

En esta línea de argumentación, el tribunal adujo que no tenía posibilidad de identificar puntos de base adecuados para trazar la línea de equidistancia, por lo que entendió que se hallaba ante circunstancias especiales que no le permitían aplicar ese método, aun cuando su aplicación siguiera siendo la regla general. En ese contexto, la bisectriz del ángulo creado por

³² CIJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, fondo, fallo, 16 de marzo de 2001, p. 94, para. 176.

³³ Cabe señalar que la dificultad para identificar puntos de base fiables se agrava por las diferencias que subsisten aún entre las partes en cuanto a la interpretación y la aplicación del laudo arbitral del rey de España de 1906, con respecto a la soberanía sobre los islotes formados cerca de la desembocadura del río Coco y el establecimiento de “[e]l punto extremo de la frontera común en la costa del Atlántico” (CIJ, *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, fallo, 18 de noviembre de 1960, p. 202.

líneas que siguen la dirección general de las costas de uno y otro Estado podría ser un método sustitutivo cuando —como en el presente diferendo— el de la equidistancia no es apropiado en razón de que los puntos de base son inestables.³⁴ Acto seguido, habiendo llegado a la conclusión de que no es viable la aplicación de una línea de equidistancia desde la tierra firme, el tribunal decidió recurrir a otros métodos alternativos presentados por las partes, como lo es la construcción de una *línea bisectriz*.

En ese sentido, recordó su jurisprudencia, conforme a la cual este método es un criterio considerado equitativo a la par que simple cuando debido a circunstancias especiales el objetivo es una equitativa división de áreas en las que las proyecciones marítimas de las costas de los Estados convergen y se superponen. El método de delimitación, si se desea ser consistente con la situación geográfica, debe buscar la solución, en primer lugar, por referencia a las costas relevantes de los Estados. El método de la equidistancia aproxima la relación entre dos puntos de las costas relevantes tomando en cuenta la relación entre dos puntos de base determinados. El método de la *bisectriz*,³⁵ si bien también tiende a aproximar la relación entre las costas que son relevantes, toma en cuenta para ello la macrogeografía de la línea costera, representada por una línea trazada entre dos puntos sobre la costa. El uso de una bisectriz, a juicio del tribunal, ha demostrado su viabilidad como método alternativo en determinadas circunstancias, en que la equidistancia no resulta posible o adecuada.

En el diferendo Nicaragua c. Honduras que nos ocupa, en el que ninguno de los puntos de base podía ser determinado por la Corte, ya que son inestables de modo inherente, ésta dedujo que se justificaba la aplicación del método de la bisectriz en razón de la configuración de las costas y las características geomorfológicas del área donde se encuentra el punto final de la frontera terrestre. En ese sentido, consideró que lo más conveniente era usar el punto fijado por la Comisión Mixta en 1962 en el cabo Gracias a Dios como el

³⁴ El propio artículo 15 convencional prevé una excepción al trazado de una línea media, a saber: “cuando por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario...”. Recuérdese que este numeral fue adoptado sin debate en cuanto al método de delimitación del mar territorial, es relativamente idéntico al texto del párrafo 1 del artículo 12 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958, que preveía que una configuración especial de la costa pudiera requerir un método de delimitación diferente. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ACDI)*, 1952, vol. II, p. 38, comentario, párr. 4.

³⁵ Se entiende por *bisectriz*, la línea que resulta del ángulo formado por la aproximación de las líneas, o bien la línea formada bisecando el ángulo creado por las aproximaciones lineales de las costas, que ha demostrado ser, en efecto, un método sustitutivo viable en determinadas circunstancias en las que la equidistancia no es posible ni conveniente.

punto en que se encuentran los frentes costeros de las partes. La Corte añadió que las coordenadas de los puntos de base de los frentes costeros elegidos no necesitan ser especificados con exactitud en el presente caso, ya que una de las ventajas del método de la bisectriz es que la menor desviación de la posición exacta de los puntos finales que no se encuentran a una distancia razonable del punto compartido podrá tener únicamente una relativa influencia en el curso de la línea costera.³⁶ Por otra parte, recordó que con objeto de llegar a una solución equitativa, si las circunstancias lo requirieran, podría hacer ajustes a la línea tal como lo disponen los artículos 74, párr. 1 y 83, párr. 1 de la Tercera Convemar, al regular, respectivamente, la delimitación de la zona económica exclusiva y la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente. En ese sentido, la Corte consideró que un frente costero hacia Punta Patuca en Honduras y hacia Wouhnta en Nicaragua es el adecuado para trazar la línea de la bisectriz.³⁷

Con relación a la delimitación alrededor de las islas, el tribunal señaló que al atribuirles un mar territorial de doce millas náuticas se superpondrían el mar territorial de Honduras —en razón de su soberanía sobre las cuatro islas en pugna— con el mar territorial de Nicaragua dada su soberanía sobre la isla Edinburgh Cay, pero que en este caso no presentaría problemas el trazado de una línea media; esto es, de una línea cada uno de cuyos puntos sea equidistante de los puntos más próximos de las líneas de base.³⁸

³⁶ Igual que la equidistancia, el método de la *bisectriz* es una perspectiva geométrica que puede ser útil en tratándose de dar efecto jurídico al “criterio que desde hace mucho se considera tan equitativo como simple, a saber, el criterio que procure en principio, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso, una división por partes iguales de las zonas de convergencia y de superposición de las proyecciones marítimas de las costas de los Estados” (CIJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, fallo, 12 de octubre de 1984, p. 327, para. 195). Es importante anotar que el fallo de la CIJ de 2007 enfatiza en que, para “ser fiel a la situación geográfica real” (CIJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, 3 de junio de 1985, p. 45, para. 57), el método de delimitación debería buscar una solución haciendo referencia, en primer lugar, a las “costas pertinentes” de los Estados ((*Qatar v. Bahrain*), cit., p. 94, para. 178; véase también CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, reconvención, fallo, 10 de octubre de 2002, p. 442, para. 90).

³⁷ Hace hincapié el tribunal, en que el frente que se extiende desde Punta Patuca hasta Wouhnta evitaría que la línea atravesase el territorio de Honduras, y paralelamente “determinaría una fachada costera de longitud suficiente para tener adecuadamente en cuenta la configuración costera en la zona controvertida. Así pues, un frente costero de Honduras que llegue hasta Punta Patuca y un frente costero de Nicaragua que llegue hasta wouhnta son a juicio de la Corte las costas pertinentes a los efectos de trazar la bisectriz. La línea bisectriz resultante tiene un azimut 70°14'41.25”.

³⁸ Invocando el artículo 3 de la Tercera Convemar, la CIJ subrayó que Honduras tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta el límite de doce millas marinas

Por último, la Corte analizó la consideración del punto de inicio y del punto final de la delimitación marítima. En ese sentido, y tomando en consideración las propuestas de las partes, entendió apropiado fijar el punto inicial tres millas hacia el mar ($15^{\circ} 00'52''$ latitud norte y $83^{\circ} 05'58''$ longitud oeste) del punto ya identificado por la Comisión Mixta en 1962. El tribunal agregó que las partes debían acordar una línea que conecte el fin del límite territorial tal como fue fijado por el laudo de 1906 y el punto de partida de la delimitación marítima establecida en esta sentencia. Por lo que atañe al punto final de esa delimitación, como las partes no lo habían precisado, entendió que el límite debía extenderse más allá del meridiano de 82° , sin afectar derechos de terceros Estados. También especificó que en ningún caso cabría interpretar que la línea en cuestión se extiende más allá de las doscientos millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, puesto que cualquier reclamo de derechos sobre la plataforma continental más allá de las doscientos millas debe hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 convencional del mar y ser revisado por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental.

Por todo ello, la Corte estableció que la línea de delimitación comienza a las tres millas marinas del punto identificado por la Comisión Mixta en 1962, continuando a lo largo de la bisectriz hasta que toca el límite exterior de las doce millas marinas del mar territorial de Bobel Cay, rodea este mar territorial hacia el sur hasta que alcanza la línea media entre el mar territorial de esta isla y de las islas Port Royal Cay, y South Cay, de soberanía de Honduras, y el mar territorial de Edinburgh Cay, de soberanía de Nicaragua. La línea, luego de demarcar el arco del límite exterior de las doce millas marinas del mar territorial de South Cay, se dirige hacia el norte hasta conectar nuevamente con la bisectriz, por la que continúa hasta donde derechos de terceros Estados podrían verse afectados.³⁹

tanto para su tierra firme como para las islas que están bajo su soberanía, esto es, que el país reivindica para las cuatro islas en cuestión un mar territorial de doce millas marinas. Además, determinó que con sujeción a la eventual superposición entre el mar territorial circundante a las islas hondureñas y nicaragüenses situadas en la vecindad, se otorgará a las primeras un mar territorial de doce millas marinas. En tal virtud, es evidente que en los mares territoriales otorgados a todas las islas habrá una superposición en los mares territoriales de Nicaragua y Honduras en esta zona, tanto al sur como al norte del paralelo 15, amén de que el trazado de una línea de equidistancia provisional para esta delimitación del mar territorial entre las islas situadas frente a frente no plantea los problemas que surgirían respecto de una línea de equidistancia desde la tierra firme.

³⁹ La Corte considera determinados intereses de terceros Estados que resultan de algunos tratados bilaterales entre países de la región y que podrían ser pertinentes para los límites

Consecuentemente, el tribunal dictaminó que Honduras tiene soberanía sobre las islas en disputa, y fijó la delimitación por una línea de los espacios marítimos en el mar Caribe, estableciendo que las partes debían negociar el curso del límite en el área ubicada entre el punto final de la frontera terrestre, tal como fue establecido en el laudo arbitral de 1906, y el punto de partida de ese límite marítimo, localizado en las coordenadas de la posición de 15° 00' 52" latitud norte y 83° 05' 58" longitud oeste.

X. OPINIONES SEPARADAS Y DECLARACIONES DE LOS MAGISTRADOS RANJEVA, KOROMA, PARRA-ARANGUREN Y GAJA

1. *Opinión separada del magistrado Ranjeva*

En esta opinión separada anexa al fallo, el magistrado Ranjeva expone su voto en contra del tercer punto del párrafo dispositivo. Él sostiene que con respecto al segmento de la línea de la frontera que comenzando en el punto definido por las coordenadas 15° 00' 52" N y 83° 05' 58" O, que sigue el azimut 70° 14' 25" hasta su intersección en el punto A (coordenadas 15° 05' 25" N y 82° 52' 54" O) con el arco de doce millas marinas del mar territorial del Cayo Bobel, el fallo es contradictorio con el derecho y la jurisprudencia constante acerca del método de delimitación de los mares territoriales, pues, habida cuenta de la inestabilidad de las costas, el fallo abandona el método de delimitación por fases, a fin de atribuir una función directamente normativa a las circunstancias geomorfológicas de la zona. Él no acepta el enfoque adoptado, en el sentido de que tales circunstancias son consideradas por el derecho de la delimitación marítima como si tuvieran una función correctiva de los efectos rígidos de la aplicación de una línea de equidistancia provisional. Es decir, que al atribuir una función normativa a esas circunstancias, el fallo crea por primera vez una nueva categoría de circunstancias, además de las categorías convencionales de circunstancias especiales y circunstancias pertinentes, al tiempo que reabre la discusión ahora resuelta entre los defensores de la equidistancia y los de la equidad. Más aún, aduce que el método de la bisectriz hace que el objeto de la decisión judicial devenga en un ejercicio de división de un sector, y no de delimitación. Y concluye aduciendo, no sin cierta razón, que, en cuanto a la cuestión de la imposibilidad de trazar

de la frontera marítima trazada entre Nicaragua y Honduras. La Corte añade que su consideración de esos intereses es sin perjuicio de otros eventuales intereses legítimos de terceros que también podrían existir en la zona.

una línea de equidistancia provisional, los argumentos presentados parecen demasiado subjetivos, en la medida en que la noción de costas inestables era desconocida para la Tercera Convemar de 1982.

2. *Opinión separada del magistrado Koroma*

Este magistrado estuvo de acuerdo con la conclusión de la Corte respecto del método de delimitación aplicado en el diferendo, pero estimó la necesidad de resaltar determinados aspectos significativos del fallo y esclarcerlos. Por ejemplo, estima que el uso de la bisectriz para efectuar la delimitación era consistente y congruente con la jurisprudencia relativa a la delimitación marítima, en vez de apartarse de ella. Es decir, que con arreglo a ésta, el proceso de delimitación comienza con la definición del contexto geográfico de la controversia y continúa con la aplicación de las reglas pertinentes del derecho de gentes y los principios de equidad, a fin de determinar la pertinencia y el peso de las características geográficas. Así pues, la elección del método depende en muy alto grado de las circunstancias pertinentes de la zona.

Opina que, con base en ello, el tribunal consideró que la bisectriz era el método más adecuado para el proceso de delimitación en la presente causa. Señaló que dicha equidistancia no puede aplicarse universal y automáticamente como método de delimitación independientemente de la zona que ha ser delimitada y, en la presente causa, ninguna de las partes argumentó, de manera principal, que ese método debiera utilizarse para delimitar sus respectivos mares territoriales, habida cuenta de la inestabilidad de la geografía costera. Por consiguiente, la Corte, habiendo examinado detenidamente los argumentos de las partes y su fundada renuencia a hacer suya la equidistancia, decidió adoptar el método de la bisectriz como método adecuado de delimitación.⁴⁰

⁴⁰ El magistrado Koroma recordó que el uso de una línea bisectriz es un método geométrico que puede utilizarse para dar efecto jurídico al criterio que desde hace mucho se considera tan equitativo como simple, a saber que, en principio, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso, en una delimitación se debe tratar de hacer una división por partes iguales de las zonas de convergencia y de superposición de las proyecciones marítimas de las costas de los Estados, que si bien el método de la equidistancia expresa las relaciones entre las costas pertinentes de las dos partes comparando las relaciones finas entre las costas pertinentes de las dos partes comparando las relaciones finas entre pares aceptables de puntos de base, el método de la bisectriz, análogamente, procura expresar las relaciones costeras pertinentes sobre la base de la macrogeografía de una costa. Reconoció que siempre se debe velar por no rehacer completamente la naturaleza. Señaló que el uso del método de la bi-

El magistrado también tenía reservas sobre la decisión de atribuir a Honduras zonas de mar territorial situadas al sur del paralelo 14° 59' 8" norte. Cito el texto de su opinión: "Honduras dijo en sus exposiciones, que su mar territorial no se extendería al sur del paralelo 14° 59' 8" N y no había ninguna razón convincente para no hacer lugar a esa conclusión cuando con ello se impediría una fuente potencial de futuros conflictos y se evitaría dar un efecto desproporcionado a las pequeñas islas cuyo título se controvertía en la presente causa".

3. *Declaración del magistrado Parra-Aranguren*

En su declaración, el magistrado Parra-Aranguren trae a colación la nota del 19 de marzo de 1912, enviada por el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua a su similar de Honduras, en la cual se planteaba el desacuerdo que debía ser decidido por el árbitro en aplicación del artículo III del Tratado bilateral de 1894, o sea: "desde el punto de la cordillera llamado Teotecacinte hasta su punto terminal en la costa atlántica y hasta el límite en el mar que marca el fin de la jurisdicción de los dos Estados", y se impugnaba por primera ocasión la validez y la obligatoriedad del laudo arbitral de 1906. Nicaragua apuntó la existencia de varios motivos de anulación de la decisión del rey de España, uno de los cuales era que "hay una evidente inconsistencia en este Laudo cuando se refiere a la sección de la línea fronteriza que debería separar la jurisdicción de los dos países en el mar territorial".⁴¹ Subraya el magistrado que en el párrafo 39 del fallo se hace referencia a la nota de Nicaragua del 19 de marzo de 1912.

Sin embargo, la Corte sólo indica que en ella se "impugnó la validez y la obligatoriedad del laudo arbitral", sin mencionar las declaraciones citadas *supra*, aun cuando ellas demuestran la opinión de Nicaragua de que el laudo arbitral de 1906 había establecido "la línea fronteriza que debería separar la jurisdicción de los dos países en el mar territorial". También concuerda con el reconocimiento hecho en la nota de Nicaragua de 1912, de que el laudo arbitral de 1906 había determinado la soberanía sobre los territorios continentales e insulares controvertidos, así como las aguas territoriales con-

sectriz tiene varios precedentes, y, al aplicar dicho enfoque en el diferendo que nos ocupa, el tribunal, lejos de apartarse de su jurisprudencia asentada, la ha reafirmado y aplicado y le ha dado efecto.

⁴¹ La opinión del magistrado cita como referencia (*Honduras v. Nicaragua*), alegatos, 5 de mayo de 1959, p. 294; disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/39/9174.pdf> (traducción de la Secretaría).

tinenciales e insulares pertenecientes a Honduras y Nicaragua. Empero, no comparte el alegato nicaragüense de que la decisión del rey de España era nula a causa de sus “omisiones, contradicciones y obscuridades”. Nicaragua presentó tal alegato ante el tribunal, pero éste no le dio cabida en su fallo del 18 de noviembre de 1960, que es cosa juzgada.⁴² A la luz de tales argumentos, el magistrado votó a favor del apartado 1) del párrafo 321 del fallo, y en contra de los apartados 2), 3) y 4) de dicho párrafo.

4. *Declaración del magistrado ad hoc Gaja*

El magistrado *ad hoc* Gaja declaró que si bien coincidía con el resto de la parte dispositiva del fallo y con la mayoría de las razones expresadas, no compartía el criterio de que deberían atribuirse a Honduras, como parte de su mar territorial, zonas marítimas situadas al sur del paralelo 14° 59' 8" N. A su entender, con arreglo al artículo 3 de la III Convemar, todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda doce millas marinas, y Honduras consideró constantemente, en los alegatos y en sus conclusiones finales, que el mar territorial correspondiente a los cayos del grupo de la Media Luna no se extendía en dirección al sur más allá del paralelo 14° 59' 8" N.

XI. OPINIÓN DISIDENTE DEL MAGISTRADO *AD HOC* TORRES BERNÁRDEZ

El trabajo presentado por el magistrado *ad hoc* Torrez Bernárdez constituye, según mi apreciación, una de las opiniones disidentes mejor construidas, más sólidas y argumentadas que se han producido en la historia de los fallos emitidos por la Corte Internacional de Justicia en todos los casos que le han presentado los Estados de América Latina, y sobre los que ha ejercido competencia contenciosa. La opinión tiene dos ejes fundamentales, uno relativo a la controversia territorial y el otro, que aborda la delimitación de las zonas marítimas (frontera marítima única), arribando a una conclusión final, que constituyen en su conjunto una pieza judicial excepcional, que llega a superar en algunos de sus apartados el contenido técnico y jurídico del fallo. Empero, por razones de tiempo y espacio, no me es posible ahora dar cuenta detallada de su bagaje, que discurre a lo largo de más de veinte páginas ordenadas en 84 párrafos, y que cierra, junto con la declaración del otro magistrado *ad hoc*

⁴² Cita el magistrado (*Honduras v. Nicaragua*), fallo, *cit.*, pp. 205-217.

Gaja, la sentencia final de la Corte, por lo que sólo recordaré los puntos finos de su esencia en una apretada síntesis.

Así, según se explica en la introducción a la opinión, el magistrado Torres Bernárdez votó a favor de la decisión contenida en el fallo, según la cual la soberanía sobre el Cayo Bobel, el Cayo Savanna, el Cayo Port Royal y el Cayo Sur corresponde a la República de Honduras (apartado 1 del párrafo dispositivo), pues es de su apreciación que dichas islas, todas ellas situadas al norte del paralelo 15, pertenecen a Honduras, por tres razones: *a*) Honduras posee un título jurídico respecto de las islas en virtud de la situación del *uti possidetis juris* de 1821, que se aplica entre las partes; *b*) las *efectividades* poscoloniales ejercidas por Honduras a título de soberanía sobre las islas y en el mar territorial circundante y la ausencia de *efectividades* de Nicaragua, y contra la aquiescencia de este país a la soberanía de Honduras sobre las islas hasta la tardía afirmación de una reivindicación en la memoria presentada por la demandante en el procedimiento de marras el 21 de marzo de 2001.

De esta suerte, en opinión del magistrado Torres Bernárdez, la soberanía de Honduras sobre las islas tiene una base jurídica triple, que comprende las *efectividades* poscoloniales. Sin embargo, se dice que en el razonamiento enunciado en el fallo, la soberanía de Honduras sobre las islas se basa únicamente en tales *efectividades*, pues se considera que las pruebas son insuficientes para permitir verificar cuál de las dos partes heredó el título español sobre las islas por operación del principio del *uti possidetis juris*, y que no hay pruebas de una eventual aquiescencia de Nicaragua a la soberanía de Honduras sobre las islas. De todo esto, se infiere que el examen que se hace en esta opinión acerca de la “controversia territorial” expresa una opinión separada, más que disidente; no obstante, según el tribunal, se trata más bien de una opinión disidente, porque aborda la “delimitación marítima” efectuada en el fallo, y sobre la cual, junto con las decisiones y la fundamentación de la mayoría, el magistrado no está por entero de acuerdo, salvo sobre un punto, lo cual explica su voto en contra de los apartados 2) y 3) del párrafo dispositivo.

El punto en comento, cuya importancia reconoce el magistrado Torres Bernárdez, apunta a la delimitación del mar territorial circundante a esas islas; él considera que dicha delimitación está de plena conformidad con la III Convemar de 1982, en vigor entre ambos Estados litigantes. En tal virtud, puede apreciarse que su voto en contra del apartado 3) del párrafo dispositivo contiene una reserva, toda vez que —según la Corte— si hubiera habido una votación separada sobre el segmento trazado de la frontera

marítima única en torno a las islas, el magistrado que nos ocupa habría votado a favor sobre dicho rubro.

Para mejor apreciación de lo antes expuesto, la conclusión del magistrado gira en torno a tres puntos concretos:

Primero, él votó en contra de los apartados 2) y 3) de la cláusula dispositiva del fallo porque estima que la línea de delimitación marítima única contenida en el fallo no se ajusta totalmente a las prescripciones aplicables de la Convención de Montego Bay, salvo en lo que toca al segmento que rodea a las islas (segundo segmento de la línea).

Segundo, en cuanto al primer segmento, que comienza por delimitar por distancia específica los mares territoriales continentales de las partes, parece lógico que no se ha aplicado la regla general de equidistancia contenida en el numeral 15 de la Tercera Convemar, que ha sido prácticamente ignorada por primera vez en la jurisprudencia del tribunal en relación con el mar territorial, y desde el comienzo de la actividad de delimitación, a favor de una bisectriz que no es capaz de asegurar el principio de no intrusión (*non encroachment*) con respecto a las costas continentales de Honduras. En el fallo, el método de la bisectriz elegido se justifica fundándose en que, según se asienta, la configuración de las costas continentales en cuestión y la inestabilidad de la desembocadura del río Coco constituyen “circunstancias especiales” en el sentido del segundo párrafo del citado numeral 15. En consecuencia, el magistrado Torres Bernárdez simplemente no acepta esa justificación, pues aduce con razón que, constátase, la reparación de las situaciones de esa naturaleza con arreglo al maraco convencional de Montego Bay no es el método de la bisectriz, sino el de las líneas de base rectas (párr. 2 del artículo 7, y artículo 9 convencionales).⁴³

Tercero, respecto al tercer segmento, que delimita sólo la zona económica exclusiva y la plataforma continental, el magistrado sostiene que la bisectriz utilizada en la sentencia es, análogamente, insuficiente para arribar a una solución equitativa. En primer término, la construcción de la bisectriz requiere considerar una costa de Honduras (desde el Cabo Falso hasta Punta Patuca), que no es directamente contigua a la zona de delimitación. En segundo término, y más importante, el azimuth del ángulo de la línea bisectriz usada en el fallo no se justifica por las relaciones entre las costas a las que se refiere directamente la delimitación ni por las circunstancias histó-

⁴³ Tomando en cuenta todo esto, y debido a que el fallo rechazó los títulos históricos (*uti possidetis juris*) invocados por Honduras, el magistrado Torres Bernárdez no considera en modo alguno que sea “necesario” delimitar el mar territorial por un método distinto del de la línea media (método de la equidistancia) previsto en el artículo 15 de la Convención de 1982.

ricas de la controversia.⁴⁴ Finalmente, el hecho de que la línea que delimita el tercer segmento se extienda más allá del meridiano 82, plantea asuntos jurisdiccionales referentes al tratado de 1986 celebrado entre Honduras y Colombia, y en lo que concierne a los derechos e intereses jurídicos de Colombia en las zonas marítimas situadas al sur y al este de la delimitación llevada a cabo por ese instrumento jurídico.

XII. CONSIDERACIÓN FINAL

En el presente capítulo se destacó que, por un lado, en la actualidad dieciocho países de América Latina enfrentan diferendos limítrofes en los espacios territorial y marítimo, destacando las disputas por acceso y disposición de litorales y recursos del mar, en su mayoría (15) presentados a la Corte Internacional de Justicia, y que, por el otro, la relevancia de su problematización atiende a su dimensión histórica y geopolítica, pues en más de dieciocho millones de kilómetros cuadrados, que comprenden la superficie de Centroamérica y Sudamérica, muchos Estados protagonizan entre ellos conflictos limítrofes, que datan algunos de ellos de dos siglos atrás, como el caso de Chile y Bolivia, que iniciaron su disputa en 1879, cuando esta última perdió una salida al mar en la guerra del Pacífico; amén de otros, como Nicaragua, que encabezan más de un diferendo bajo supuestas pretensiones de sus gobiernos por expandir sus límites territoriales hacia sus vecinos inmediatos, y que se ha visto involucrada en este abanico de desavenencias territoriales, u otros más, como Costa Rica, Jamaica, El Salvador y Panamá. Así, la primera conclusión a la que se arriba es que en todos los diferendos y controversias, sin excepción, y en su larga permanencia en el tiempo, la constante que subyace es la deficiente delimitación del territorio tanto terrestre como marítimo, e insular, por añadidura.

En este contexto conflictual latinoamericano, se analizó la naturaleza de la disputa territorial y marítima de Nicaragua c. Honduras en el mar Caribe desde una postura objetiva e imparcial, se investigó crítica y holís-

⁴⁴ El magistrado lo explica así: “Si el azimut del ángulo de una línea bisectriz favorece a una de las partes por una diferencia de 8 grados en comparación con el azimut del ángulo de la línea provisional de equidistancia trazada desde puntos de base situados al norte y al sur del río Coco, el resultado no es equitativo, pues en la presente causa el fallo no invoca «circunstancias pertinentes» que justifiquen un ajuste de la línea provisional de equidistancia de tal envergadura. Ello es particularmente cierto si se tiene presente que las circunstancias de las costas y la desembocadura del río mencionadas anteriormente son comunes a los frentes costeros de ambos Estados”.

ticamente el contenido del fallo de la CIJ emitido el 8 de octubre de 2007, observando estrictamente su orden de exposición, valorando los antecedentes históricos, las negociaciones bilaterales de delimitación, la aplicación de los elementos estratégicos del derecho convencional del mar, al igual que los escenarios de conflicto entre los contendientes y con los países fronterizos y los terceros Estados involucrados.

Se tomó como punto de partida el fallo del tribunal del 8 de octubre de 2007, sobre la demanda interpuesta por la República de Nicaragua contra la República de Honduras con respecto a la soberanía sobre las islas Cayo Bobel, Cayo Savanna, Cayo Port Royal y Cayo Sur en el mar Caribe y a la delimitación de los espacios marítimos —mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental— en dicho mar; se subrayó que ambas partes estuvieron de acuerdo en que la delimitación marítima se efectuara por una línea a todo efecto, aplicando las normas pertinentes de la Tercera Convemar, así como en que a las islas en cuestión y a la isla Edinburgh Cay, también situada en el mar Caribe y bajo soberanía de Nicaragua, se les atribuyera un mar territorial de hasta doce millas, considerando que no habían tenido el carácter de *terra nullius*. La sentencia sólo observó unanimidad en el punto 1), que señala que Honduras tiene soberanía sobre las cuatro islas en controversia, mientras que en los demás puntos hubo votos en contra, opiniones separadas, declaraciones y una opinión disidente.

En un dispositivo nodal del fallo, la Corte estableció por un lado que dadas las circunstancias especiales del caso, y a pesar de la importancia histórica y continuada del principio *uti possidetis juris*, básicamente en la descolonización de América Latina, no es aplicable en la causa a las islas en disputa, situadas a gran distancia mar adentro y lejanas a los litorales de los Estados en pugna, y por tanto no resuelve el asunto de la soberanía sobre ellas, y, por el otro, concluyó que, con base en todas las pruebas relacionadas con las pretensiones de las partes en cuanto a la soberanía sobre las cuatro islas, incluida la cuestión del valor probatorio de los mapas y la cuestión del reconocimiento de terceros Estados, Honduras tiene soberanía sobre las susodichas islas con fundamento en las *efectividades* poscoloniales.

Además, fijó la delimitación por una línea de los espacios marítimos en el mar Caribe, estableciendo que las partes debían negociar el curso del límite en el área ubicada entre el punto final de la frontera terrestre tal como fue establecido en el laudo arbitral de 1906 y el punto de partida de ese límite marítimo, localizado en las coordenadas de la posición de 15° 00' 52" latitud norte y 83° 05' 58" longitud oeste. He aquí un típico asunto que queda pendiente de resolver por acuerdo posterior entre las partes.

El fallo no estuvo exento de mostrar desacuerdos al interior del tribunal, de ahí las opiniones separadas, la declaración y la opinión disidente a que hubo lugar. Por ejemplo, parece destacable la postura del magistrado Ranjeva, en el sentido de que el fallo instaura por primera vez una nueva categoría de circunstancias, además de las categorías convencionales de circunstancias especiales y circunstancias pertinentes, al tiempo que reabre la discusión ahora resuelta entre los defensores de la equidistancia y los de la equidad, y, más aun, sostiene con razón jurídica que el método de la bisectriz hace que el objeto de la decisión judicial devenga en un ejercicio de división de un sector, y no de delimitación (como fue demandado).

Situado en la misma frecuencia, el magistrado Koroma criticó que el tribunal hubiera considerado que la bisectriz es el método más adecuado para el proceso de delimitación, mostrando su renuencia a recurrir a la equidistancia como método conveniente de delimitación sin la suficiente fundamentación jurídica, y más aún, sin atender a la jurisprudencia y a los precedentes judiciales sustantivos.

Por su parte, en la declaración que presentó, el magistrado Parra-Aranguren destacó que el fallo no adopta con fidelidad la nota del 19 de marzo de 1912 enviada por el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua a su similar de Honduras, en la cual se planteaba el desacuerdo que debía ser decidido por el árbitro en aplicación del artículo III del Tratado bilateral de 1894, y se impugnaba por primera ocasión la validez y la obligatoriedad del laudo arbitral de 1906, y que es tomado finalmente como válido por el fallo.

Por último, en este estudio se puso énfasis en la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez, no sólo por constituir una excelente pieza judicial, que llega a superar incluso la manufactura y el contenido del fallo, en partes que parecen ser determinantes para la solución del diferendo Nicaragua c. Honduras, sino porque se coincide en la esencia de sus tres principales ejes de argumentación, a saber: 1) que la línea de delimitación marítima única contenida en el fallo no se ajustó totalmente a las prescripciones aplicables de la Convención de Montego Bay, salvo en lo que toca al segmento que rodea a las islas; 2) que en la delimitación de los mares territoriales continentales de las partes no se aplicó la regla general de equidistancia del artículo 15 de la Convemar, pasando por alto por primera ocasión la propia jurisprudencia del tribunal en relación con el mar territorial, y desde el comienzo de la actividad de delimitación, a favor de una bisectriz que no asegura el principio de no intrusión (*non encroachment*) con respecto a las costas continentales de Honduras, y 3) que respecto a la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, la bisectriz utilizada en la

sentencia no coadyuva a una solución genuinamente equitativa, amén de que plantea problemas jurisdiccionales en cuanto al tratado de 1986 entre Honduras y Colombia en lo relativo a los derechos e intereses jurídicos de Colombia en las zonas marítimas situadas al sur y al este de la delimitación que aquí se estableció, previamente al fallo de la CIJ de 2007.

XIII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ACDI), 1952, vol. II.

CADENA AFANADOR, Walter René y DEVIA GARZÓN, Camilo Andrés, “Conflictos de delimitación marítima y la Convemar. Una mirada desde Colombia”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, vol. XV, núm. 30, julio-diciembre, 2012.

PARODI, Carlos A., *The Politics of South American Boundaries*, Santiago, McGraw-Hill, 2002.

Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), fallo, *I.C.J. Reports*, 1985.

RAMOS ACEVEDO, Jairo, “El «Luti possidetis»: un principio americano y no europeo”, *Misión Jurídica*, Brasil, Universidad de Minas de Gerais, 2013.

SÁNCHEZ, Diana Isabella, “Estas son las disputas territoriales que dividen a América Latina”, *El País*, Madrid, 5 de octubre de 2013.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “El problema de los Estados mediterráneos o sin litoral en el derecho internacional marítimo. Un estudio de caso: el diferendo Bolivia-Perú-Chile”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007.

CASO COSTA RICA VS. NICARAGUA. DISPUTA RELATIVA A LOS DERECHOS DE NAVEGACIÓN Y OTROS RELACIONADOS

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *El Tratado de Límites de 1858*. IV. *Controversia*. V. *¿El río San Juan es río internacional?; ¿se aplica el derecho consuetudinario?* VI. *La extensión del derecho de libre navegación atribuido a Costa Rica. La interpretación de “libre navegación... con objetos de comercio”*. VII. *Las limitaciones de la soberanía de un Estado sobre su territorio no se deben presumir*. VIII. *Interpretación de la palabra “objetos”*. IX. *El significado de la palabra “comercio”. ¿El significado de cuando se negoció el Tratado de 1858 o el significado actual?* X. *Las actividades comprendidas en el derecho de libre navegación que pertenecen a Costa Rica*. XI. *La facultad reglamentaria de Nicaragua respecto del uso, por parte de Costa Rica, del río San Juan*. XII. *Origen de la obligación de notificar*. XIII. *La licitud de las medidas nicaragüenses específicas impugnadas por Costa Rica. Las facultades soberanas sobre el río*. XIV. *Pesca de subsistencia. ¿Existe una costumbre bilateral?* XV. *Votación final de los jueces*. XVI. *Conclusiones*. XVII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2005, la República de Costa Rica presentó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra la República de Nicaragua en relación con la disputa relativa a los derechos de navegación y conexos de Costa Rica sobre el río San Juan.

El asunto que Costa Rica llevó a la CIJ tiene que ver con lo insuficientes que fueron los límites marcados después del fin de dominio colonial de España en esta zona del continente. En parte, en la disputa hay un fondo político regional marcado por la guerra fría, primero, y por la importancia geoestratégica que tiene el río San Juan como potencial lecho de construc-

ción de un canal interoceánico, lo cual es de una gran trascendencia para los dos Estados en contienda.

La sentencia de la CIJ tiene cierta importancia para el derecho internacional, especialmente por el manejo de la teoría de las fuentes de derecho internacional, en concreto la costumbre, en varios aspectos:

- Rechaza que el río San Juan es un río internacional, con lo cual se rechaza la aplicación del derecho consuetudinario que pudiera regularlo.
- Reafirma el carácter consuetudinario de las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Hace un polémico reconocimiento de una costumbre internacional en el caso de la pesca de subsistencia para los ribereños de la orilla derecha.¹

Y, por otro lado, el derecho convencional, particularmente en la interpretación de los tratados internacionales. Hay una parte polémica en lo que se refiere a la interpretación de términos genéricos en el tiempo. Otro aspecto interesante es el concepto de soberanía y su contenido, tanto para Nicaragua como para Costa Rica. Aquí se parte de la base de que el Tratado sobre Límites del 15 de abril de 1958 entre Nicaragua y Costa Rica reconoce el dominio soberano sobre las aguas del río San Juan para Nicaragua y al mismo tiempo los derechos de navegación de Costa Rica. Lo interesante es ver hasta dónde quedan los derechos de cada uno.

II. ANTECEDENTES

La frontera entre los dos países centroamericanos, Costa Rica y Nicaragua, está compuesta de límites naturales, de líneas rectas, geométricas. Precisamente, la sección que es motivo de controversia va desde la desembocadura del río San Juan hasta tres millas antes del Castillo Viejo.² Actualmente, el

¹ Grossman, Nienke, “Introductory Note to Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) International Court of Justice, Judgment of 13 July 2009”, 48 I.L.M. 1180, 2009.

² Pignataro, Adrián, “Caso Costa Rica vs. Nicaragua en la Corte Internacional de Justicia”, *Boletín*, núm. 10, marzo-abril de 2009, Universidad de Costa Rica, disponible en: <https://opi.ucr.ac.cr/node/273> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2020).

río San Juan, que sirve de frontera a Costa Rica y Nicaragua, tiene una gran importancia geoestratégica, pues sus aproximados 205 kilómetros desde el Lago Nicaragua hasta el mar Caribe son usados para navegación y pesca. En una parte de su recorrido, entre Lago Nicaragua y Castillo Viejo, el río corre totalmente a través del territorio nicaragüense.

Tanto Costa Rica como Nicaragua adquirieron su independencia de España en 1821, y después se unieron, junto con El Salvador, Honduras y Guatemala, en lo que se denominó la República Federal de Centro América. Desde sus inicios como Estados independientes, la relación entre Costa Rica y Nicaragua está marcada por conflictos territoriales entre ellas.

En 1824, la población del distrito de Nicoya, dentro del territorio de Nicaragua en la costa del Pacífico, mediante un plebiscito, decidió ser parte de Costa Rica. Esto se legalizó en 1825, cuando el Congreso Federal de Centro América aprobó un decreto el 9 de diciembre, mediante el cual se estableció que Nicoya pertenecía a Costa Rica.

En 1839 se disolvió la República Federal de Centro América, y Nicoya se mantiene como parte del territorio de Costa Rica, con la oposición de Nicaragua.

A mediados de la década de los cincuenta del siglo XIX, Nicaragua sufrió conflictos internos causados por los “filibusteros” comandados por William Walker, a quienes una facción política interna permitió entrar. Precisamente, el grupo “los democráticos” se opusieron al gobierno de Fruto Chamorro Pérez y crearon un gobierno provisional, a la cabeza del cual estaba Francisco Castellón Sanabria. Los “democráticos”, buscando fortalecer su fuerza militar, hicieron un acuerdo con el estadounidense Byron Cole en 1854; con esa base, en 1855 ingresó a Nicaragua un grupo de 55 soldados filibusteros denominado “Falange Democrática”, capitaneados por William Walker. Éste no tenía la intención de actuar bajo el mando de ningún centroamericano, sino traía su propio plan para hacerse del gobierno, establecer un Estado esclavista en Nicaragua y dar vida al plan de construir un paso interoceánico aprovechando el río San Juan.³

En efecto, la situación geográfica de Centroamérica, y en particular del río San Juan, era muy atractiva para los intereses estadounidenses y de Inglaterra, quienes se disputaban el control de la región. Cornelius Vanderbilt (un empresario estadounidense que amasó una enorme fortuna con la transportación en barcos) tenía una concesión del gobierno local de trans-

³ “Guerra Civil (1854-1856)”, *Historias de Nicaragua*, 13 de marzo de 2018, disponible en: <https://historiasdenicaragua.wordpress.com/2018/03/13/guerra-civil-1854-1856/> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2020).

porte en el río, que no era bien vista por Inglaterra, potencia marítima que no estaba dispuesta a perder su hegemonía en los mares.

Los filibusteros, con Walker a la cabeza, tomaron el poder en Nicaragua, y sólo con la colaboración de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras pudieron ser vencidos; Walker capituló en 1857 y abandonó el territorio nicaragüense.

Sin embargo, la paz no llegó a la región, pues se inició una guerra entre Costa Rica y Nicaragua, al final de la cual ambos Estados iniciaron una negociación, en que aparte de establecer la paz entre las dos naciones, fijaron la frontera y el régimen de navegación del río San Juan, y también la posibilidad de construir un canal interoceánico a través del istmo de Centroamérica.

III. EL TRATADO DE LÍMITES DE 1858

Antes de la firma del tratado de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua se intentaron dos tratados en 1857. El primero, el Tratado sobre Límites del 6 de julio, que no fue ratificado por Costa Rica, y el 8 de diciembre un tratado de Paz que fue firmado por ambos Estados, pero no ratificado. Sin embargo, con la mediación del gobierno de El Salvador, ambos Estados alcanzaron un acuerdo para celebrar el Tratado sobre Límites, del 15 de abril de 1958, mediante el cual se fijaban los límites entre Nicaragua y Costa Rica desde el océano Pacífico hasta el mar Caribe, encontrándose en esta frontera a Nicoya dentro del territorio de Costa Rica. También el tratado estableció la frontera del banco derecho del río San Juan. El tratado de 1858 tiene doce artículos, y en él se establece, entre otros puntos, el dominio soberano sobre las aguas del río San Juan y al mismo tiempo los derechos de navegación de Costa Rica. Al respecto, es importante reproducir aquí el artículo VI, cuya interpretación fue objeto de litigio entre los dos Estados:

Artículo VI. La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del Río San Juan, desde su salida del Lago hasta su desembocadura en el Atlántico, pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura, hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo con objetos de comercio ya sea con Nicaragua o al interior de Costa Rica, por los Ríos de San Carlos o Sarapiquí, o cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder a esta República. Las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las

riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos.

Como se ve, a Nicaragua se le concede la soberanía sobre las aguas del río San Juan, y, en cambio, a Costa Rica, “los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura, hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo con objetos de comercio ya sea con Nicaragua o al interior de Costa Rica...”. Además, “las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos”.

El tratado establece otros derechos y obligaciones para ambas partes, incluyendo, *inter alia*, la obligación de contribuir a la defensa de las bahías comunes de San Juan del Norte y la de Salinas, así como la defensa del río San Juan en caso de agresión externa (artículo IV); una obligación a cargo de Nicaragua de consultar con Costa Rica antes de entrar a cualquier canalización o acuerdos de tránsito relativos a río San Juan (artículo VIII), y una obligación de no cometer actos de hostilidad entre ellos (artículo IX).

El tratado fue ratificado por Costa Rica el 16 de abril, y por Nicaragua, el 26 de abril de 1958; sin embargo, no estuvo ajeno a impugnaciones. Nicaragua cuestionó la validez del Tratado en varias ocasiones; por esta razón, se sometió al arbitraje del presidente de los Estados Unidos, Stephen Grover Cleveland.

El arbitraje del presidente Cleveland debía pronunciarse sobre la validez del tratado y sobre si Costa Rica podría navegar con naves de guerra o del servicio fiscal sobre el río San Juan y sobre las costas. En su laudo, dictado el 22 de marzo de 1888 (laudo Cleveland), el presidente estadounidense estableció que era válido el tratado de 1958, y que de acuerdo con el artículo VI, Costa Rica no tenía el derecho de navegación sobre el río San Juan con naves de guerra, pero sí podría navegar con naves del servicio fiscal, así como podría ser conectada a la navegación por “el propósito de comercio”.

Además, después del laudo Cleveland se estableció una comisión de límites para determinar las líneas fronterizas, y se encargó a un ingeniero para resolver cualquier controversia sobre la materia. Posteriormente, el 5 de agosto de 1914, Nicaragua y Estados Unidos celebraron un tratado, mediante el cual se le concedieron a Estados Unidos, derechos exclusivos y perpetuos de propiedad para la construcción y mantenimiento de un canal

interoceánico a través del río San Juan. Este tratado fue impugnado por Costa Rica, pues en 1916 este país demandó ante la Corte Centroamericana a Nicaragua, por considerar que ésta había violado el tratado por no consultarla antes de convenir con Estados Unidos, de conformidad con la cláusula VIII del Tratado de 1958.⁴ La Corte dictó su sentencia el 30 de septiembre de 1916; dijo que al no consultar a Costa Rica, Nicaragua había violado en perjuicio de Costa Rica sus derechos garantizados en el Tratado de Límites de 1858 y el laudo de 1888.

Más adelante, el 9 de enero de 1956, Costa Rica y Nicaragua concluyeron el acuerdo denominado Fournier-Sevilla, mediante el cual las partes acordaron facilitar y dragar el tráfico, particularmente a través del río San Juan, y estuvieron de acuerdo en cooperar para salvaguardar la frontera común.

En el marco del conflicto armado nicaragüense, en la década de los ochenta, Nicaragua introdujo restricciones, en la forma de medidas excepcionales en la navegación de Costa Rica, sobre el río San Juan, que consideró como temporales, con la finalidad de proteger la seguridad nacional de Nicaragua. Algunas de ellas se suspendieron cuando Costa Rica protestó. A mediados de los años noventa, nuevas medidas fueron introducidas por Nicaragua; entre ellas se impuso un cobro para los pasajeros que navegaran en barcos costarricenses en el río San Juan; además, el requerimiento para dichos barcos de detenerse ante los puestos marinos de guerra nicaragüenses a lo largo del río.

Poco después, el 8 de septiembre de 1995, se firmó un comunicado conjunto denominado Cuadra-Castro, entre el comandante en jefe de la armada nicaragüense y el ministro de Seguridad Pública de Costa Rica, mediante el cual se establecía una cooperación binacional en la frontera contra el tráfico ilegal de personal, vehículos y contrabando.

A finales del siglo pasado, concretamente en 1998, hubo una serie de encuentros y desencuentros en la relación entre los dos Estados. Por ejemplo, el 14 de julio, Nicaragua prohibió la navegación de los barcos de Costa Rica

⁴ “Si los contratos de canalización o de tránsito celebrados antes de tener el Gobierno de Nicaragua conocimiento de este convenio, llegaren a quedar insubsistentes por cualquiera causa, Nicaragua se compromete a no concluir otro sobre los expresados objetos, sin oír antes la opinión del Gobierno de Costa Rica acerca de los inconvenientes que el negocio pueda tener para los dos países, con tal que esta opinión se emita dentro de treinta días después de recibida la consulta, caso que el de Nicaragua manifieste ser urgente la resolución; y no dañándose en el negocio los derechos naturales de Costa Rica, este voto solo será consultivo”. Artículo VIII, Tratado de Límites entre Nicaragua y Costa Rica celebrado el 15 de abril de 1858, disponible en: https://sajurin.enriquebolanos.org/docs/22_Jerez_canas_Version_Nic.pdf (fecha de consulta: 15 de febrero de 2020).

que transportaban a los miembros de la policía costarricense, y más tarde, el 30 de julio, se celebró el comunicado conjunto (Cuadra-Lizano) entre el ministro de defensa de Nicaragua y el ministro de Seguridad Pública de Costa Rica, mediante el cual se permitió a las barcos de la policía armada de Costa Rica navegar sobre el río con motivos de transporte, dando aviso a las autoridades de Nicaragua, que decidirían si debían ser escoltadas por fuerzas nicaragüenses. Sin embargo, este comunicado conjunto tuvo una vida breve, pues el 11 de agosto fue declarado nulo por Nicaragua.

Las diferencias entre los dos Estados centroamericanos se mantuvieron a principio de este siglo, por lo cual Costa Rica decidió acudir a la Corte Internacional de Justicia para zanjar sus diferencias; por parte de Nicaragua no hubo objeción alguna.

IV. CONTROVERSIA

La controversia jurídica entre Costa Rica y Nicaragua gira en torno a la interpretación del Tratado de 1858 y a los derechos que cada uno de los Estados tiene sobre el río San Juan. Para eso, la CIJ recurre a las reglas de interpretación, fundamentalmente en materia de tratados que existen en el derecho consuetudinario internacional, ya que Nicaragua no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), además de que se trata de la interpretación de un tratado que fue celebrado casi un siglo antes de la entrada en vigor de Viena 69. Así, la Corte recurre al sistema de fuentes que reconoce el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, a la jurisprudencia (el laudo Cleveland) y a la costumbre internacional, de una manera que se presta a la polémica, como lo veremos más adelante.

En principio, es útil primero referirse a la materia a resolver por parte de la CIJ. En concreto, la CIJ debió resolver varias situaciones:

Primero: hasta qué punto Costa Rica tiene derecho de libre navegación sobre el río San Juan.

Segundo: de acuerdo con eso, ¿cuáles son los límites de la soberanía de Nicaragua para regular la circulación de los barcos de Costa Rica en el río y si las medidas dictadas por el son legales?

Tercero: los derechos de pesca de la población costarricense de las costas del río San Juan.⁵

⁵ CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fondo, fallo, 13 de julio de 2009; traducción de la sentencia en Abello Galvis, Ricardo y Caro Ferneyes,

Por su parte, Nicaragua rechaza las demandas de Costa Rica bajo las siguientes bases:

- 1) ya sea porque no se infrinjan las disposiciones del Tratado del 15 de abril de 1858 sobre los hechos;
- 2) o, en su caso, porque el incumplimiento de la obligación no está incluido en las disposiciones del Tratado del 15 de abril de 1858.

Además, se pide a la Corte que formule una declaración formal sobre las cuestiones planteadas por Nicaragua en la sección 2 del capítulo 7.⁶

V. ¿EL RÍO SAN JUAN ES RÍO INTERNACIONAL?;
¿SE APLICA EL DERECHO CONSUETUDINARIO?

La CIJ parte de la base de que las partes están de acuerdo en que Costa Rica posee un derecho de libre navegación sobre el río San Juan, de acuerdo con el Tratado de Límites Jerez-Cañaz de 1858. En donde las partes no están de acuerdo es en la naturaleza jurídica o en las bases legales del derecho de libertad de navegación que tiene Costa Rica. De acuerdo con este país,⁷ el derecho de libre navegación sobre parte del río San Juan deriva de dos fuentes: primero, del tratado de límites de 1858; después, de las normas generales del derecho internacional que se aplican aún en la ausencia de las normas convencionales; es decir, el derecho consuetudinario que se aplica a los ríos internacionales, ya que al río San Juan corresponde la categoría de río internacional.

Por parte de Nicaragua, el río San Juan no es un “río internacional”, ya que dicho afluente corre totalmente dentro del territorio de un solo Estado, de conformidad con el Tratado de 1858, aunque tiene un aspecto internacional, y aun en el supuesto de que existiera un derecho consuetudinario aplicable, en primer término, se aplicarían las disposiciones del Tratado de 1858,⁸ que es el marco jurídico convenido para regular los derechos de las partes.

María Carolina, “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua) Decisión sobre el fondo”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. 3, Bogotá, 2010, pp. 195-270, para. 12.

⁶ *Ibidem*, para. 13.

⁷ *Ibidem*, para. 32.

⁸ *Ibidem*, para. 33.

La CIJ evade las razones por las cuales no considera que se deba hablar de si es o no río internacional el San Juan, y si se aplica el derecho consuetudinario internacional,⁹ y, además, considera que ya existe un derecho convencional, que es la base para solucionar el problema.¹⁰

36. Este es precisamente el caso en cuestión. El Tratado de Límites de 1858 define completamente las reglas aplicables a la sección del río San Juan que está en disputa en relación con la navegación. Interpretado a la luz de las otras disposiciones convencionales en vigor entre las Partes, y de conformidad con las decisiones arbitrales o judiciales emitidas a este respecto, el Tratado es suficiente para resolver la cuestión de la extensión del derecho de Costa Rica a la libre navegación, sometido ahora ante la Corte. Consecuentemente, la Corte no necesita considerar si, en caso de que estas disposiciones no existieran, Costa Rica hubiera podido, sin embargo, utilizar las reglas derivadas de la costumbre internacional, universal o regional.

Sin mencionarlo, la CIJ se acoge al principio general de derecho *lex specialis*, ya que el centro de su decisión jurídica es la Convención de 1858, y admite otros cuerpos jurídicos, como el Acuerdo Fournier-Sevilla y el laudo emitido por el presidente Cleveland en 1888 y la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia del 30 de septiembre de 1916. Aunque estas dos decisiones son importantes como intérpretes del Tratado de 1858, en realidad no tocan la materia que la CIJ resuelve.

En nuestra opinión, es incorrecto que la CIJ haya dejado de calificar al río San Juan como internacional, pues si vemos en la definición que la doctrina da sobre río internacional “definido por dos elementos: primero ser una vía apta para la navegación; y, segundo, formar frontera entre dos o más países o atravesar su territorio”.¹¹ Como vimos anteriormente, el río San Juan, en un tramo de su trayecto, sirve de frontera entre los dos Estados en conflicto. Además, si hay una controversia entre dos Estados sobre un río ¿no se convierte aquél inmediatamente en un río internacional, y, en consecuencia, debe ser regulado por el derecho consensual bilateral, pero también por la costumbre internacional? Ahora bien, la CIJ, al evadir la calificación o no del río San Juan como río internacional, niega la aplicación del derecho consuetudinario, que puede existir sobre la materia, como, por ejemplo, los principios de la utilización inocente, la participación equitativa y razonable, la obligación de debida diligencia, responsabilidad por utili-

⁹ *Ibidem*, para. 34.

¹⁰ *Ibidem*, para. 35.

¹¹ Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 570.

zación dañina que se haga del río, entre otros principios, que ya han sido codificados por la Comisión de Derecho Internacional, ante la ausencia de un sistema convencional multilateral.

Además, la postura de la CIJ de poner en el centro de la solución del conflicto el derecho convencional, y concretamente el Tratado de 1858, no parece adecuada, pues no va de acuerdo con el sistema de fuentes que se aplican en el derecho internacional. Actualmente, además de las contempladas en el artículo 38-1 del Estatuto Internacional de Justicia, hay otras fuentes que se pudieron aplicar. Por ejemplo, los *gentlemen's agreements*, que fueron invocados por Costa Rica (comunicados conjuntos de 1995 y 1998).¹²

En efecto, la CIJ olvida que tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario concurren al mismo tiempo; no se puede jerarquizar la aplicación de uno u otro. Lo que sí puede suceder es que los dos derechos se contradigan, que choquen entre sí; entonces la CIJ tiene el recurso de los principios generales del derecho, que pueden solventar el problema.

Recordemos que los derechos convencional y consuetudinario, al ser sistemas jurídicos que corren en paralelo, ejercen influencia recíproca. Esto lo olvida la CIJ, de ahí que al no analizar si el río San Juan es internacional o no, deja el asunto jurídico inconcluso, al inaplicar un acervo de normas consuetudinarias que regulan los ríos internacionales.

VI. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LIBRE NAVEGACIÓN ATRIBUIDO A COSTA RICA. LA INTERPRETACIÓN DE “LIBRE NAVEGACIÓN... CON OBJETOS DE COMERCIO”

Las partes en el litigio tienen diferencias en la interpretación de la frase “libre navegación... con objetos de comercio” contenida en el artículo VI del Tratado de Límites de 1858. Las diferencias en la interpretación tienen que ver con el esclarecimiento de las actividades cubiertas por la frase “libre navegación con objetos de comercio”, que es un derecho a favor de Costa Rica.

Así, para Nicaragua, en la expresión “con objeto de comercio”, los “objetos” en cuestión son objetos en el sentido concreto y material del término. En consecuencia, la libertad de navegación garantizada a Costa Rica por el

¹² Cassela, Sarah, “Rééquilibrer les effets inéquitables d’une délimitation territoriale: l’arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009 dans l’affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)”, *Annuaire Français de Droit International*, LV 2009, disponible en: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4071 (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).

artículo VI se refiere solamente al transporte de bienes que tratan de venderse en un intercambio comercial.

Sin embargo, para Costa Rica, la frase “los objetos” tiene un significado más amplio; en el texto original son objetos en el sentido abstracto de los fines y propósitos. En consecuencia, de acuerdo con Costa Rica, a la libertad de navegación que se concede por el Tratado debe atribuirse un sentido lo más amplio posible y, por ejemplo, comprende no sólo el transporte de bienes, sino también el transporte de pasajeros, incluyendo a los turistas.

Para resolver la contradicción, la CIJ invoca la costumbre, pero ahora con una diferente perspectiva. En efecto, la Corte recurre a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (Viena 69),¹³ en el entendido de que ambas disposiciones tienen un origen consuetudinario, por lo que se pueden aplicar aun cuando Nicaragua no sea parte de dicha convención, y, por otro lado, se toma en cuenta que el objeto de interpretación, el Tratado de 1858, obviamente anteceda a Viena 69.

Aquí, la CIJ no se ocupa de argumentar sobre el carácter consuetudinario de los artículos 31 y 32 de Viena 69, asumiendo tal como un hecho.

¹³ “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

VII. LAS LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA DE UN ESTADO SOBRE SU TERRITORIO NO SE DEBEN PRESUMIR

Por otra parte, la Corte reconoce que “las limitaciones de la soberanía de un Estado sobre su territorio no se deben de presumir”;¹⁴ asimismo, la CIJ considera, de la simple lectura del artículo VI del Tratado, que las partes no intentan establecer ninguna jerarquía entre la soberanía de Nicaragua sobre el río y el derecho de libre navegación de Costa Rica, que es perpetuo. La soberanía de Nicaragua tiene su límite hasta donde no perjudique el derecho de libre navegación de Costa Rica, y al mismo tiempo el derecho de libre navegación perpetua a favor de Costa Rica se garantiza sólo en condiciones que no perjudiquen las prerrogativas de la soberanía territorial de Nicaragua.

Aquí encontramos una contradicción de la CIJ, pues por una parte se reconoce que Nicaragua tiene derechos soberanos sobre el río San Juan, lo que implicaría un dominio absoluto sobre el afluente, pero en realidad son derechos que comparte con Costa Rica, ya que en esencia es un río internacional que la Corte no quiso reconocer.

En efecto, si se habla de soberanía de un Estado, en este caso Nicaragua, entonces estamos hablando del concepto de soberanía, que si bien ha evolucionado, todavía implica un poder sobre el territorio (en sentido amplio) que excluye al poder de otros Estados.¹⁵ Pero, como vemos en este caso, la soberanía de Nicaragua está acotada por los derechos de Costa Rica sobre el río.

VIII. INTERPRETACIÓN DE LA PALABRA “OBJETOS”

En suma, la CIJ está consciente de que la palabra “objetos” en español tiene varios significados, dependiendo de su contexto, y que el significado que le da Nicaragua no es el adecuado, no es coherente con el texto del tratado interpretado en su conjunto; en cambio, la interpretación que hace Costa Rica de la palabra “con objetos” permite a toda la oración darle coherencia, pues

¹⁴ CIJ, “Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *op. cit.*, para. 48.

¹⁵ Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor, “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y Estados de la estatalización”, en Müller, K.T. y Becerra Ramírez, Manuel, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, FES Acatlán-UNAM, 2010, pp. 1-54.

si la frase significa “para propósitos de comercio con Nicaragua”, entonces la frase tiene lógica y es comprensible.

La Corte apoya esta idea con tres argumentos:

Primero, la palabra “objetos” se usa en otro artículo del tratado de 1858, el artículo VIII: “Nicaragua se compromete a no concluir otro (contrato) sobre los expresados objetos...”. Por lo que de lo anterior se infiere que las partes tienden a entender la palabra “objetos” en su sentido abstracto, o por lo menos que este significado fue familiar a ellos en su práctica de los tratados.

Segundo, la CIJ toma en consideración el tratado de Paz “Cañas Martínez” de 1857, que, aunque nunca fue ratificado, fue un antecedente del Tratado de 1858, y que utiliza la expresión “artículos de comercio”, lo cual implica que cuando las partes se refieren a una propiedad física utilizan una palabra o expresión diferente a la de “objetos de comercio”, un concepto que tiene la desventaja de ser ambiguo.

Por último, también para la CIJ es relevante que cuando las partes tradujeron al inglés el Tratado de 1858 para el presidente Cleveland, ambas partes usaron la expresión en inglés *for the purposes of commerce*, para la expresión castellana “con objetos de comercio”.¹⁶

IX. EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA “COMERCIO”.

¿EL SIGNIFICADO DE CUANDO SE NEGOCIÓ EL TRATADO DE 1858 O EL SIGNIFICADO ACTUAL?

Aquí también hay una diferencia en la interpretación, ya que para Nicaragua el concepto “comercio” cubre sólo la compraventa de mercaderías de bienes físicos, y excluye todo tipo de servicios, tales como transporte de pasajeros. En ese sentido, para Nicaragua es importante dar a las palabras usadas en el tratado el significado que tenían cuando se concluyó, no su significado actual, que puede ser diferente, porque es la única manera de mantenerse fiel a la voluntad de los que diseñaron el tratado, y eso es una de las funciones principales de la labor de interpretación.

Por su parte, Costa Rica sostiene que la palabra “comercio” se usa en el tratado para comprender cualquier actividad que persiga propósitos comerciales e incluye, *inter alia*, el transporte de pasajeros, entre ellos turistas, así como bienes; es decir, Costa Rica propone un concepto amplio, y para probarlo cita una edición del siglo XIX del *Diccionario de la lengua española*,

¹⁶ (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, para. 56.

que le da a la palabra el siguiente significado: “comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros”; comercio incluye movimiento y contacto entre los habitantes de los pueblos sobre las orillas de Costa Rica sobre el río San Juan y el uso del río con el propósito de navegación de las autoridades costarricenses que proveen a la población de servicios esenciales en áreas como educación, salud y seguridad.¹⁷

Por su parte, la CIJ rechaza las dos interpretaciones, pues considera que cuando las partes en un tratado usan términos genéricos es posible que con el tiempo evolucionen, y, en ese sentido, las partes deben preverlo, y es precisamente el caso del término “comercio” usado en el artículo VI del Tratado de 1858, que es de carácter genérico, y tiene la intención de creación de un sistema legal caracterizado por su perpetuidad.

En ese sentido, la CIJ, en sus párrafos 70 y 71, emite su opinión sobre este aspecto. Para ella, los términos utilizados para definir el derecho de libre navegación, incluyendo en particular el término “comercio”, deben ser interpretados de acuerdo con el significado que tenga en el momento en que se aplica el tratado, y no en su significado original. Por lo tanto, para la CIJ se deben aplicar los conceptos actuales del Tratado de 1858.

En ese sentido, la CIJ considera que el derecho de libre navegación se aplica al transporte de personas, así como de bienes, y que las actividades de transporte de personas pueden ser de carácter comercial; en eso se incluye el transporte de turismo.

Asimismo, las actividades, fuera de las anteriores, no se pueden considerar por propósitos de comercio, como establece el artículo VI; tal es el caso de la navegación de embarcaciones usadas para la realización de actividades del gobierno o para proveer servicios públicos que no tienen una naturaleza comercial en esencia.

Esta parte de la sentencia es una de las más polémicas, pues desde nuestra perspectiva afecta el estado de derecho internacional. Aquí estamos hablando de seguridad jurídica y transparencia en el orden jurídico convencional. Uno de los valores del derecho es que da seguridad jurídica; en consecuencia, de acuerdo con la seguridad jurídica ¿es posible interpretar una disposición de un tratado celebrado en el siglo XIX de conformidad con el significado que poseía en sus orígenes o de conformidad con su significado actual? Algunos defienden la interpretación del tratado de acuerdo con el significado que poseían sus términos en el momento en que se negociaron (principio de contemporaneidad); otros defienden una interpretación dinámica, evolutiva.¹⁸

¹⁷ *Ibidem*, para. 59.

¹⁸ Tanaka, Yoshifumi, “Navigational Rights on the San Juan River: A Commentary on the Costa Rica v. Nicaragua Case”, *Hague Justice Journal*, vol. 4, núm. 3, 2009, pp. 213-223.

La contradicción entre contemporaneidad y evolución debe ser resuelta en el marco del estado de derecho internacional. Cuando las partes negocian un tratado son cuidadosas de lo que negocian, porque lo que resulte les dará seguridad jurídica y transparencia en la relación que se crea. Una interpretación posterior, “evolutiva”, puede ser una verdadera modificación de un tratado, que no se hace conforme al procedimiento que el derecho internacional establece, e inclusive en cuanto al proceso interno que los Estados determinan para la creación de un derecho convencional. Y aún más, una interpretación evolutiva como la que hizo la Corte puede haber sido hecha con defectos, al no agotar el análisis y probar que efectivamente hubo una evolución de los términos empleados.

Por ejemplo, Martin Dawidowicz considera que

[En atención a] la evidencia presentada por las partes, el Juez ad hoc Guillaume sostuvo que era dudoso que al momento de la conclusión del Tratado de Límites la navegación con propósitos de comercio en el río San Juan estuviera limitada al comercio de mercancías, dado que a mediados del XIX,... el San Juan era usado para transportar emigrantes... Además, el canal interoceánico... estaba destinado a facilitar el transporte comercial de ambos pasajeros y bienes... La conclusión de Guillaume es clara: “cuando los autores del Tratado de 1858 refirieron la navegación con [objetos] de comercio, pretendían abarcar al transporte comercial de ambos, personas y bienes”... Guillaume parece sugerir que, hablando estrictamente, en este caso *no había necesidad de una interpretación evolutiva*; el término “comercio” no había evolucionado... no al menos en un sentido relevante para la disputa¹⁹ (las cursivas son nuestras).

En otras palabras, la interpretación evolutiva, como lo hizo la CIJ, daña la seguridad jurídica y la transparencia en la creación de la normatividad internacional.

Por otra parte, también es un hecho que los conceptos mutan con el tiempo; pero para conciliar la seguridad jurídica con la necesidad de adecuarlos a las situaciones actuales es necesario salirse de la interpretación de los tratados. El derecho internacional cuenta con una variedad de fuentes, que pueden fundamentar la aplicación de una nueva disposición jurídica; por ejemplo, los actos unilaterales y la misma costumbre internacional. Para ello hay que observar la práctica de los Estados.

¹⁹ Dawidowicz, Martin, “The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 24, núm. 1, 2011, p. 211.

X. LAS ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL DERECHO DE LIBRE NAVEGACIÓN QUE PERTENECEN A COSTA RICA

En esta parte (párrafo 75), la CIJ hace una distinción entre navegación privada (navegación en embarcaciones pertenecientes a propietarios privados) y navegación pública u oficial (la que se realiza en embarcaciones que son propiedad de la República de Costa Rica, incluyendo sus autoridades).

1. *Navegaciones privadas*

La CIJ aquí realiza una interpretación amplia y armónica del Tratado de 1858, y toma en cuenta que cuando éste fue negociado ya existía una población que habitaba en las orillas del río San Juan y que utilizaba el afluente con motivos de transporte, para realizar actividades, como acudir a la escuela o al médico.²⁰

En ese sentido, la Corte considera que el Tratado de 1858 no tuvo, desde sus orígenes, la intención de privar a los habitantes de la ribera de Costa Rica de sus derechos de usar el río aun para actividades no comerciales, y esto en virtud de las características especiales de la topografía de la región. Por eso, la CIJ considera que el artículo VI no resuelve el problema, sino hay que recurrir a los artículos I y II.

2. *Navegaciones oficiales*

Para la CIJ es claro que el artículo VI del Tratado de 1858 no establece ningún régimen especial para las embarcaciones públicas. Por eso, la Corte interpreta el Tratado de 1858 tomando en consideración el laudo Cleveland; y así, considera que las embarcaciones de guerra no tienen derecho de navegar sobre el río San Juan, a diferencia de las embarcaciones con motivos fiscales, “siempre y cuando estuvieran relacionadas y conectadas con el disfrute de «objetos de comercio» otorgado a esta en dicho artículo [artículo VI] o pueda ser necesaria para la protección de dicho disfrute”.²¹

Entonces, de acuerdo con el laudo de 1888, como regla general, la CIJ considera que la navegación de las embarcaciones de Costa Rica, con el propósito de actividades de orden y los servicios públicos sin objeto de ga-

²⁰ (*Costa Rica v. Nicaragua*), cit., para. 56 y 78.

²¹ *Ibidem*, para. 82.

nancias financieras, particularmente las embarcaciones de policía se encuentran fuera del marco del artículo VI del tratado de 1858, con la excepción de los transportes con fines fiscales.²²

Al mismo tiempo, le impone a Costa Rica

...una obligación de “salvaguardar” el río desde su propio territorio. Igualmente, la Corte considera que, en cualquier caso, Costa Rica no ha probado su afirmación de que el transporte fluvial es el único medio para aprovisionar sus puestos de policía localizados a lo largo de la margen del río o a llevar a cabo el relevo del personal estacionado en ellos. Así mismo, los materiales en el expediente del caso muestran que los puestos en cuestión son accesibles, por ejemplo, usando los ríos costarricenses que comunican con el San Juan, a proximidad de los cuales están localizados. Finalmente, por las razones expuestas supra,²³ Costa Rica no puede invocar el Comunicado Conjunto “Cuadra-Lizano” del 30 de julio de 1998 para reivindicar un derecho de navegar con embarcaciones oficiales armadas o que transportan armas.²⁴

La CIJ, refiriéndose a la necesidad de prestar ciertos servicios oficiales por parte del gobierno de Costa Rica, considera que está garantizado este derecho, que sin embargo no deriva del artículo VI del Tratado de 1858, sino de una interpretación general del tratado, particularmente de la determinación de la frontera a lo largo de las costas del río.²⁵

XI. LA FACULTAD REGLAMENTARIA DE NICARAGUA RESPECTO DEL USO, POR PARTE DE COSTA RICA, DEL RÍO SAN JUAN

Las partes en el litigio tienen una diferencia en lo referente a la extensión del derecho de regular el uso del río San Juan que tiene Nicaragua; fundamentalmente donde las partes no se ponen de acuerdo es si Nicaragua está obligada a notificar a Costa Rica acerca de dichas regulaciones antes de que se aprueben éstas.

La CIJ considera que Nicaragua tiene el poder de reglamentar el ejercicio de Costa Rica de su libertad de navegación bajo el Tratado de 1858, pero este poder no es ilimitado, ya que se debe ejercer de acuerdo con las siguientes coordenadas:

²² *Ibidem*, para. 83.

²³ *Ibidem*, para. 40.

²⁴ *Ibidem*, para. 83.

²⁵ *Ibidem*, para. 84.

1) Debe solamente someter dicha actividad a ciertas reglas sin volver imposible o impedir sustancialmente el ejercicio del derecho de libre navegación.

2) Debe ser compatible con los términos del Tratado, por ejemplo, la prohibición de la imposición unilateral de ciertos impuestos contenidos en el artículo VI.

3) Debe tener un propósito legítimo, como la seguridad de navegación, la prevención de la criminalidad, la seguridad pública y el control de las fronteras.

4) No debe ser discriminatoria y, en cuestiones como los horarios de navegación, deben aplicarse a las embarcaciones de Nicaragua, si se aplican a las costarricenses.

5) No deben de ser irrazonables, lo que significa que su incidencia negativa sobre el ejercicio del derecho en cuestión no debe de ser manifiestamente excesiva en relación con el beneficio que presenta para alcanzar el objetivo buscado.²⁶

Además, en cuanto a la diferencia entre Costa Rica y Nicaragua en relación con las facultades que tiene este último país para regular en materia de medio ambiente, la CIJ no se pronuncia al respecto, pues considera que las partes no desarrollan sus argumentos.²⁷

XII. ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR

La CIJ no encuentra ninguna disposición en el Tratado de 1858 que se refiera a la fundamentación de la obligación de notificar que tiene Nicaragua; por lo tanto, tiene que salir de dicho tratado y buscar en actos posteriores a este (el Acuerdo de 1956), en la necesidad derivada del hecho de que se comparten derechos en un río, y finalmente de la necesidad de que la otra parte conozca la regulación para proceder a su cumplimiento.²⁸ Precisamente, aquí, al parecer, a la CIJ le faltó más técnica jurídica y congruencia en su argumentación, pues si

²⁶ *Ibidem*, para. 87.

²⁷ *Ibidem*, para. 89.

²⁸ Concretamente, la CIJ esgrime “tres elementos” que imponen conjuntamente la obligación de notificar las regulaciones:

“...La primera se encuentra en el Acuerdo de 1956, en virtud del cual las partes acuerdan lo siguiente: Las dos Partes, dentro del espíritu que debe animar a los integrantes de la familia centroamericana de naciones, colaborarán al máximo de sus posibilidades para llevar a cabo aquellas empresas y realizaciones que requieran el esfuerzo común de ambos Estados y sean de beneficio mutuo y en especial para facilitar y expeditar el tránsito en la Carretera Interamericana, así como en el río San Juan, dentro de los términos del Tratado del 15 de abril de 1858 y su interpretación arbitral del 22 de marzo de 1888, y facilitar también los servicios de transporte que puedan efectuar al territorio de una Parte las empresas que ostentan la nacionalidad de la otra.

parte de la base de que Nicaragua tiene soberanía sobre el río San Juan, en congruencia con eso debió explicar que una manifestación de los derechos soberanos de un Estado es su facultad reglamentaria, y que en un Estado de derecho es necesario dar a conocer las regulaciones que emita. Eso no necesariamente deriva de un tratado, sino que es una manifestación de la soberanía estatal.

Por otra parte, Costa Rica alega que la regulación de Nicaragua es irrazonable. Sin embargo, la Corte ahora sí reconoce que “en este caso el Estado que ostenta soberanía sobre el río, tiene la responsabilidad principal de apreciar la necesidad de reglamentar y de escoger, con base en su conocimiento de la situación, la medida que estime más apropiada para suplir esa necesidad”. Y, además, no consideró que Costa Rica había probado que la regulación de Nicaragua era irrazonable.²⁹

XIII. LA LICITUD DE LAS MEDIDAS NICARAGÜENSES ESPECÍFICAS IMPUGNADAS POR COSTA RICA. LAS FACULTADES SOBERANAS SOBRE EL RÍO

Costa Rica impugna ante la CIJ como ilegales los actos de Nicaragua en relación con el uso del río San Juan, tales como los siguientes: el requerimiento

Es difícil imaginar cómo podría ser respetada la obligación enunciada bajo los términos del Acuerdo de 1956 de colaborar para agilizar el tráfico por el San Juan y facilitar el servicio de transporte dado en el territorio de un país por los nacionales del otro, sin que Nicaragua notifique a Costa Rica las regulaciones relevantes que esta adopte (*ibidem*, para. 94).

El segundo factor indicativo de que Nicaragua está obligada a notificar la adopción de las regulaciones reside en el objeto mismo de estas: navegación de un río sobre el cual dos Estados tienen derechos, el primero como soberano, el otro con libertad de navegación. Esta obligación surge de las necesidades prácticas de navegación sobre dicho curso de agua. Si se pretende que los diferentes objetivos de navegación sean realizados, esta debe estar sometida a cierta disciplina, una disciplina que depende de la notificación debida de las regulaciones pertinentes (*ibidem*, para. 95).

El tercer factor reside en la naturaleza misma de la regulación. Si la regulación tiene por objeto sujetar la actividad en cuestión a las reglas, las personas que llevan a cabo esa actividad deben estar informadas de esas regulaciones. La notificación permitirá una mejor aplicación de la regulación y una realización más eficaz de sus objetivos. La notificación también permitirá a los sujetos de dichas regulaciones señalar a las autoridades competentes los elementos fácticos de los que tengan conocimiento, al igual que sugerir otras formas de perseguir y de cumplir con el propósito pertinente (*ibidem*, para. 96).

La Corte concluye que Nicaragua está bajo la responsabilidad de notificar a Costa Rica las regulaciones que tome relativas al régimen de navegación por el río San Juan. Esa obligación no se extiende a notificar o consultar con antelación a la adopción por Nicaragua de dichas regulaciones” (*ibidem*, para. 97).

²⁹ *Ibidem*, para. 101.

de detenerse e identificarse; el certificado de partida; la solicitud de visas y tarjetas turísticas; los cargos; el horario, y el uso de bandera.

1. *El requerimiento de detenerse e identificarse*

Ante la impugnación que hace Costa Rica del requerimiento de Nicaragua de detener las embarcaciones costarricenses para que sus pasajeros se identifiquen, la Corte no considera que sea ilegal, pues deriva de la facultad soberana de Nicaragua “de conocer la identidad de las personas que entran en su territorio y de saber que han salido de este. El poder de exigir la presentación de un pasaporte o un documento de identidad forma legítimamente parte de ese derecho”. Es legal que los miembros de la tripulación y los pasajeros se registren y porten un documento de identidad.³⁰

Además, como Estado soberano, “Nicaragua tiene también responsabilidades conexas en relación con el mantenimiento del orden y la protección del medio ambiente. En consecuencia, el requisito nicaragüense de que las embarcaciones se detengan al entrar el río y al salir de este, y que sean objeto de inspección es lícito”.³¹

2. *Certificado de partida (zarpe)*

Costa Rica impugna el certificado para navegar que solicita Nicaragua; sin embargo, la CIJ considera que tal certificado es legal y no constituye un impedimento legal al ejercicio de libertad de navegación.

3. *Visas y tarjetas turísticas*

Para la CIJ no hay duda de que el poder del Estado incluye la facultad de imponer visa o no; es una facultad discrecional. Sin embargo, tal poder no debe afectar el derecho de libre navegación de Costa Rica. En consecuencia, la Corte concluye que Nicaragua puede no requerir visa a las personas que viajan en las embarcaciones de Costa Rica, que ejerce su libertad de navegación sobre el río. Sería otra cosa si esas personas pretenden entrar

³⁰ *Ibidem*, para. 107.

³¹ *Ibidem*, para. 104.

al territorio firme de Nicaragua a través del río o viajar a través de éste hacia el lago de Nicaragua.³²

También la CIJ reconoce que Nicaragua puede impedir la entrada a personas por motivos de aplicación de la ley o de medio ambiente.³³

En suma, la CIJ concluye que Nicaragua puede no requerir visa a personas que viajan en las embarcaciones de Costa Rica, que ejercita su derecho de libertad de navegación, o bien comprar una tarjeta de turista.

Sin embargo, hay una crítica al criterio establecido por la CIJ, ya que no quedó claro por qué el requerimiento de obtener una visa... obstaculizaría la libertad de navegación. La crítica viene incluso desde la misma CIJ, con la opinión del juez Sepúlveda.³⁴

4. *Cargos*

Costa Rica, en su oportunidad, pidió a la Corte declarar que Nicaragua no tiene la facultad de imponer cargos o cuotas a las embarcaciones de Costa Rica ni a sus pasajeros. Por su parte, la Corte consideró que precisamente esos cobros son ilegales.

En opinión de la Corte, ese derecho sería en cualquier caso un aspecto del derecho soberano nicaragüense sobre el río. Pero esas medidas de policía que realiza el soberano no incluyen la prestación de ningún servicio a los operadores de botes. En relación con las embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de libertad de navegación por el río, el pago debe de ser visto como ilegal.³⁵

5. *El horario*

El horario de circulación por el río que Nicaragua señale puede convertirse en una restricción al derecho de navegación libre que Costa Rica

³² *Ibidem*, para. 117.

³³ *Ibidem*, para. 118.

³⁴ “It is clear that, in the light of what the Court has stated, these «concrete and specific facts» cannot lead to the conclusion that, by imposing a visa requirement, Nicaragua is rendering impossible or is substantially impeding the exercise of Costa Rica’s right of free navigation. The requirement serves a legitimate purpose, notably the purpose of border and immigration control, and it is not discriminatory. Costa Rica has not produced any evidence establishing the unreasonable or discriminatory character of Nicaragua’s visa requirement nor does the court rely on such evidence in the Judgement” (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, opinión separada del juez Sepúlveda-Amor, para. 11.

³⁵ (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, para. 123.

posee. Sin embargo, la CIJ toma en cuenta las necesidades de seguridad de la navegación nocturna en el río, y considera que “la limitada interferencia con la libertad de Costa Rica para navegar no constituye, según la Corte, un impedimento ilegal a esa libertad, particularmente cuando los propósitos de la regulación son considerados”.³⁶

6. *Banderas*

En cuanto al uso de la bandera nicaragüense, la CIJ considera que requerir el uso de tal en embarcaciones costarricenses al navegar es una manifestación de la soberanía y del derecho consuetudinario. Así, la CIJ, para decidir este punto, toma dos parámetros: la soberanía de Nicaragua sobre el río y, por otro lado, el ejercicio de la libertad de navegación de las embarcaciones costarricenses. En consecuencia, considera que Nicaragua

...tiene soberanía sobre el río San Juan, puede, en el ejercicio de sus poderes soberanos, requerir que las embarcaciones costarricenses provistas de mástiles y torrotito naveguen en el río ondeando su bandera. Este requisito no puede en ningún caso ser considerado impedimento al ejercicio de la libertad de navegación de las embarcaciones costarricenses en virtud del Tratado de 1858.³⁷

XIV. PESCA DE SUBSISTENCIA. ¿EXISTE UNA COSTUMBRE BILATERAL?

Costa Rica también demandó un derecho de pesca para subsistencia. Para resolver sobre este punto, la CIJ recurre a la costumbre internacional. En efecto, en una de las partes más polémicas de la sentencia, la CIJ decide que hay un derecho consuetudinario a favor de Costa Rica, con un razonamiento que dista de ser contundente:

La Corte observa que la práctica, por su propia naturaleza, especialmente dado lo remoto del área y lo poco denso y escaso de la población no parece estar documentada de manera formal en archivos oficiales. Para la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho derivado de la práctica, que subsistió sin ser impedido ni cuestionado durante un largo período, es particularmente importante. La Corte concluye que Costa

³⁶ *Ibidem*, para. 126.

³⁷ *Ibidem*, para. 132.

Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho queda subordinado a todas las medidas de reglamentación en materia de pesca que Nicaragua pueda tomar con fines legítimos, sobre todo para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.³⁸

Como se puede observar, en el fragmento anterior hay una contradicción, pues la CIJ observa que la práctica de pesca por los habitantes de la ribera costarricense no está documentada, y, por otra parte, manifiesta que dicha práctica no fue impedida ni cuestionada por Nicaragua. Y a pesar de esta contradicción, declara que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario, que no se extiende a la pesca desde embarcaciones en el río.³⁹

Por otro lado, aparte de tal contradicción, la decisión de la Corte es muy cuestionable, por diferentes razones. Primera, la decisión de la Corte rompe con el concepto clásico de costumbre, expresado en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.⁴⁰ Como vemos, la costumbre tiene dos elementos: la práctica (elemento objetivo) y la *opinio jure* (elemento subjetivo). Ahora bien, la práctica debe ser “general”, y estamos hablando de la práctica estatal, o, para decirlo en sentido amplio, de los sujetos de derecho internacional.

Sin embargo, en el caso concreto, sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos, “la práctica” no es general, sino bilateral, y no es estatal, sino de la población, que por cierto es muy reducida (se habla de aproximadamente 450 personas); además, como se vio anteriormente, ésta no se halla documentada. Se podría aducir que la CIJ consideró la práctica del Estado a través de la práctica de la población, es decir, el Estado asume la práctica de su población. En otra perspectiva, quizá cuando la CIJ habla de costumbre se refiere a aquella que establece que el Estado debe respetar los derechos tradicionales de las poblaciones locales.⁴¹ Pero éstas son interpretaciones tortuosas de lo que la teoría entiende por práctica como elemento fundamental de la costumbre.

Con semejante ausencia de práctica y *opinio juris*, no es posible hablar de costumbre. Afirmar que la hay es un desatino (por eso algunos comenta-

³⁸ *Ibidem*, para. 141.

³⁹ *Ibidem*, para. 143.

⁴⁰ Artículo 38-1. b. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴¹ Lathrop, Coalter G., “Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *The American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 3, 2010, pp. 454-461.

ristas dicen que es la peor sentencia de la Corte);⁴² o bien hay quien afirma que es parte de la evolución del derecho internacional. En esta última corriente esta Luigi Crema, que hace un análisis de algunas sentencias de la CIJ (en principio, la sentencia en el caso *Asilo [1950]*, después, la sentencia en el caso *Right of Passage* de 1960, entre la India y Portugal, en donde por primera vez la Corte reconoció una costumbre particular) para ver en el fenómeno una forma de evolución del concepto de costumbre internacional.⁴³

En realidad, a nosotros nos parece que no es muy afortunada la sentencia en el manejo de la costumbre internacional. En principio, en el derecho de pesca para subsistencia como costumbre da un vuelco y es altamente contrastante con la sentencia de Mar del Norte (por poner un ejemplo), en donde la Corte hace gala de su rigor al analizar los elementos de la costumbre frente al caso concreto. La sentencia que comentamos es vaga, peca de imprecisa, pues no mide la práctica de los Estados, sino la práctica de la escasa población que habita las orillas del río San Juan.

Por eso, el juez Sepúlveda, en su opinión separada a la sentencia, opina que debería hablarse de lo que él llama “el principio de los derechos adquiridos” (*acquired or vested rights*), tal como ha sido aplicado en varias decisiones precedentes, o de acuerdo con la jurisprudencia relativa a los actos unilaterales, reconociendo el carácter obligatorio del vínculo jurídico asumido por Nicaragua ante la Corte durante el procedimiento oral, en donde sostuvieron que “en ningún momento han tenido la intención de impedirle a los residentes costarricenses la dedicación a la pesca de subsistencia (CR 2009/5, p. 27, para. 48)”.⁴⁴

Por eso asombra cómo estando ampliamente explorada la fuente de los actos unilaterales tanto en la teoría como en la práctica jurisprudencial,⁴⁵ en esta ocasión la CIJ no pudo resolver con mayor acierto. Por ejemplo, se pudo recurrir a la aquiescencia, o bien al *estoppel*.

⁴² Según el profesor Philippe Weckel, a cargo de la sección de “Jurisprudence Internationales” en *Revue Générale de Droit International Public*, citado por Boeglin, Nicolás, “El Fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes”, disponible en: <https://www.dipublica.org/103313/el-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia-entre-costa-rica-y-nicaragua-breves-apuntes/> (fecha de consulta: 8 de enero-2020).

⁴³ Crema, Luigi, “The «Right Mix» and «Ambiguities» in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case”, en Boschiero N. et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2013.

⁴⁴ (*Costa Rica v. Nicaragua*), cit., opinión separada del juez Sepúlveda-Amor, para. 33.

⁴⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 102-115.

XV. VOTACIÓN FINAL DE LOS JUECES

En general, los jueces de la CIJ votaron a favor por unanimidad; solamente lo hicieron por voto dividido en cinco puntos. El asunto más controvertido resultó ser el relativo a que “las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de Costa Rica de libre navegación, no necesitan obtener visas nicaragüenses”. Quizá por una contradicción, ya que la CIJ reconoce la soberanía de Nicaragua sobre el río, y una manifestación clara de esa soberanía es precisamente la facultad de solicitar visas.

A continuación, transcribimos el resultado de la votación:

- 1) En lo que se refiere a los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan, según el Tratado de 1858, en la parte en donde la navegación es común,
 - a) Por unanimidad, decide que Costa Rica tiene el derecho de libre navegación por el río San Juan con fines de comercio.
 - b) Por unanimidad, decide que el derecho de navegación con fines de comercio gozado por Costa Rica incluye el transporte de pasajeros.
 - c) Por unanimidad, decide que el derecho de navegación con fines de comercio que goza Costa Rica incluye el transporte de turistas.
 - d) Por nueve votos a cinco, decide que las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de Costa Rica de libre navegación, no necesitan obtener visas nicaragüenses. *A favor:* presidente Owada; jueces Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra:* jueces Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda Amor, Skotnikov; juez *ad hoc* Guillaume.
 - e) Por unanimidad, decide que las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de libre navegación de Costa Rica, no necesitan comprar tarjetas turísticas nicaragüenses.
 - f) Por trece votos contra uno, decide que los habitantes asentados en la margen costarricense del río San Juan tienen el derecho de navegar por el río entre las comunidades ribereñas para fines de necesidades esenciales de la vida diaria que requieren el

- transporte expedito. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: juez *ad hoc* Guillaume.
- g) Por doce votos contra dos, decide que Costa Rica tiene el derecho de navegación por el río San Juan con embarcaciones oficiales utilizadas únicamente en situaciones específicas, a fin de brindar servicios esenciales a los habitantes de las áreas ribereñas donde el transporte expedito es una condición para satisfacer las necesidades de sus habitantes. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: juez Skotnikov, juez *ad hoc* Guillaume.
- h) Por unanimidad, decide que Costa Rica no tiene derecho de navegación sobre el río San Juan con embarcaciones que ejerzan funciones de policía.
- i) Por unanimidad, decide que Costa Rica no tiene el derecho de navegación por el río San Juan con fines de relevo de personal en puestos de policía fronteriza a lo largo de la margen derecha del río y del avituallamiento de estos puestos, con el equipamiento oficial, incluyendo armas de servicio y municiones.
- 2) En lo que se refiere al derecho de Nicaragua de regular en el río San Juan, en la parte en donde la navegación es común,
- a) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a las embarcaciones costarricenses y a sus pasajeros que se detengan en el primer y en el último puesto nicaragüense en sus rutas a lo largo del río San Juan.
- b) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a las personas que viajan por el río San Juan, portar un pasaporte o un documento de identidad.
- c) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de emitir certificados de zarpe para embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica, pero no tiene el derecho de solicitar el pago de un arancel para la emisión de dichos certificados.
- d) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de imponer un horario para la navegación en embarcaciones que navegan por el río San Juan.

- e) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a embarcaciones costarricenses provistas de mástiles o torrecillas, enarbolando la bandera nicaragüense.
- 3) En cuanto a la pesca de subsistencia,

Por trece votos contra uno, decide que la pesca con fines de subsistencia, hecha por los habitantes de la margen costarricense del río San Juan, debe ser respetada por Nicaragua como un derecho consuetudinario. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; juez *ad hoc* Guillaume. *En contra*: Sepúlveda-Amor.
 - 4) En cuanto al cumplimiento de Nicaragua de sus obligaciones internacionales derivadas del Tratado de 1858,
 - a) Por nueve votos a cinco, decide que Nicaragua no está actuando conforme a sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando exige que obtengan visas nicaragüenses a las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de Costa Rica a la libre navegación.

A favor: presidente Owada; jueces Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: jueces Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda Amor, Skotnikov; juez *ad hoc* Guillaume.
 - b) Por unanimidad, decide que Nicaragua no está actuando de acuerdo con sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando requiere la adquisición de tarjetas turísticas nicaragüenses a personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones que ejercen el derecho de Costa Rica de libre navegación.
 - c) Por unanimidad, decide que Nicaragua no está actuando conforme a sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando exige a los operadores de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de Costa Rica de la libre navegación el pago de aranceles para la emisión de certificados de zarpe.

Por unanimidad, deniega todas las otras peticiones presentadas por Costa Rica y Nicaragua.

XVI. CONCLUSIONES

La parte central de la sentencia de la CIJ tiene que ver con el manejo de las fuentes del derecho internacional, los tratados y la costumbre internacional. Precisamente, al centrarse en estas dos fuentes en forma exclusiva, creemos que es una debilidad de la sentencia, pues le falta mayor destreza en el manejo de las fuentes, dentro de las posibilidades que el *jus gentium* contemporáneo presenta. En efecto, en lo que se refiere a la interpretación, no se utilizan la gran variedad de principios generales del derecho o bien a los actos unilaterales, antes de recurrir a una interpretación evolutiva de los tratados, que pone en riesgo el estado de derecho internacional, concretamente a la seguridad jurídica.

También es altamente cuestionable la decisión de la CIJ referente a la costumbre internacional bilateral y al hecho de tomar como elemento de la práctica a la población. Hay que hacer malabarismos mentales para aceptar que estamos frente a la costumbre internacional, cuando la CIJ sabe muy bien que puede recurrir a otras fuentes, como los actos unilaterales. Pero no, la CIJ toma el camino más tortuoso para llegar a la conclusión de que la pesca con fines de subsistencia hecha por los habitantes de la margen costarricense del río San Juan es una costumbre internacional.

De cualquier manera, la decisión de la CIJ es muy importante, pues es una base para la construcción de la paz en una región de grandes riquezas e importancia geoestratégica indudable.

XVII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO GALVIS, Ricardo y CARO FERNEYNES, María Carolina, “Traducción de la sentencia, Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (*Costa Rica v. Nicaragua*) Decisión sobre el fondo”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Bogotá, vol. 3.
- BECCERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- BOEGLIN, Nicolás, “El fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes”, disponible en: <https://www.dipublico.org/>

103313/el-fallo-de-la-Corte-Internacional-de-Justicia-entre-Costa-Rica-y-Nicaragua-breves-apuntes/.

- CASSELLA, Sarah, “Rééquilibrer les effets inévitables d’une délimitation territoriale: l’arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009 dans l’affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)”, *Annuaire Français de Droit International*, LV 2009, disponible en: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4071.
- CREMA, Luigi, “The «Right Mix» and «Ambiguities» in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case”, en BOSCHIERO, N. *et al.* (eds), *International Courts and the Development of International Law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2013.
- DAWIDOWICZ, Martin, “The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua”, *Leiden Journal of International Law*, La Haya, vol. 24, núm. 1, 2011.
- GROSSMAN, Nienke, “Introductory Note to Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) International Court of Justice, Judgment of 13 July 2009”, 48 *I. L. M.* 1180, 2009.
- LATHROP, Coalter G., “Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *The American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 3, 2010.
- MÜELLER UHLENBROCK, Klaus Theodor, “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y Estados de la estatalización”, en MÜELLER, K. T. y BECERRA RAMÍREZ, Manuel, México, UNAM, FES Acatlán, 2010.
- PIGNATARO, Adrián, “Caso Costa Rica vs. Nicaragua en la Corte Internacional de Justicia”, *Boletín*, núm. 10, marzo-abril de 2009, disponible en: <https://opi.ucr.ac.cr/node/273>.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- TANAKA, Yoshifumi, “Navigational Rights on the San Juan River: A Commentary on the Costa Rica v. Nicaragua Case”, *Hague Justice Journal*, vol. 4, núm. 3, 2009.

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL CASO CONCERNIENTE A LA DISPUTA TERRITORIAL Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA ENTRE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Marisol CUEVAS TAVERA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Análisis del caso*. IV. *El fallo de la Corte Internacional de Justicia*. V. *Consideraciones finales. Implicaciones del fallo*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo de la Corte Internacional de Justicia dictado el 19 de noviembre de 2012 pretendió dar fin a la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia, sostenida por más doscientos años.

El 6 de diciembre de 2001, la República de Nicaragua presentó ante la Corte una demanda contra la República de Colombia con relación a una controversia de delimitación marítima basada en la soberanía sobre un territorio y la delimitación marítima entre ambos Estados.

El 13 de diciembre de 2007, la Corte se declaró competente para resolver el litigio y reconoció a Colombia la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, fundamentándose en el Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, sobre cuestiones territoriales. Sin embargo, la Corte agregó que el Tratado no determinó las fronteras marítimas de una zona rica en petróleo, por lo cual aún estaba pendiente resolver al respecto.

El 19 de noviembre de 2012, la Corte dictó el fallo, en el cual reafirma la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés y Providencia y los cayos e islotes Albuquerque, Roncador, Serrana, Bajo Nuevo, Quitasueño y Serranilla. Asimismo, la Corte determinó la frontera marítima entre Nica-

ragua y Colombia, en el cual este último Estado perdió poco más del 40% de su territorio marítimo en el mar Caribe.

Dado lo anterior, el gobierno de Colombia rechazó el fallo y denunció ante la Organización de los Estados Americanos el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948, en el que se reconocía la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, haciendo caso omiso al fallo.

II. ANTECEDENTES

Por más de doscientos años las islas situadas a 220 kilómetros de Nicaragua en el Caribe occidental han sido objeto de diversas reclamaciones y disputas entre los países que comparten litoral en el mar Caribe, entre ellos Nicaragua y Colombia.

Sin embargo, desde 1928 hasta 1980 Colombia ejerció soberanía sobre las islas que se localizan en el mar Caribe, con delimitación con Nicaragua, en virtud de lo dispuesto en el Tratado sobre Cuestiones Territoriales en Litigio entre Colombia y Nicaragua (Tratado Esguerra-Bárceñas), firmado por los plenipotenciarios de ambos países el 24 de marzo de 1928 y ratificado en 1930. El Tratado Esguerra-Bárceñas tenía por objeto poner fin al litigio entre ambos Estados en cuanto a la delimitación territorial marítima.¹ En el preámbulo de éste se prevé: “La República de Nicaragua y la República de Colombia, deseosas de poner término al litigio territorial entre ellas pendiente, y de estrechar los vínculos de tradicional amistad que las unen, han resuelto celebrar el presente Tratado...”.

En el artículo 1o. del Tratado Esguerra-Bárceñas, Nicaragua reconoce la soberanía y el pleno dominio de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte del archipiélago de San Andrés. En el segundo párrafo de ese mismo artículo se establece que los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana no se consideraban dentro del Tratado, puesto que se encontraban en litigio con los Estados Unidos de América.

En 1930, al ratificar el Tratado, ambos países acordaron, mediante un protocolo o “Acta de canje de ratificaciones”,² que el archipiélago de San

¹ El Tratado sobre Cuestiones Territoriales entre Colombia y Nicaragua fue firmado en Managua, Nicaragua, el 24 de marzo de 1928.

² El protocolo de ratificación del Tratado Esguerra-Bárceñas es denominado Acta de Canje, y fue elaborado en Managua, Nicaragua, el 5 de mayo de 1930.

Andrés y Providencia no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich. A la letra, dicha acta de canje señala:

Los infrascriptos, en virtud de la plenipotencia que se les ha conferido, y con instrucciones de sus respectivos Gobiernos, declaran: que el Archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del Tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich.

Derivado de lo anterior, cada Estado hizo su propia interpretación, en la cual, Colombia determinó que el meridiano 82 era frontera con Nicaragua, y, por su parte, Nicaragua determinó que el meridiano 82 sólo era la localización del archipiélago de San Andrés.

En 1980, bajo el régimen sandinista, Nicaragua emitió una declaración para desconocer el Tratado Esguerra-Bárcenas alegando que en la época de la firma de éste Nicaragua había sido ocupada por Estados Unidos de América ejerciendo influencia sobre la firma del instrumento, lo cual lo hacía inválido. Asimismo, Nicaragua alegó que el Tratado no hacía una delimitación marítima, ya que hasta ese entonces aún no había un tratado sobre derecho del mar que validara las delimitaciones.³ Durante varios años, ambos gobiernos intentaron resolver las diferencias por la vía diplomática, sin obtener alguna solución efectiva.

Con base en lo dispuesto en los artículos 36 y 40 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, y XXXI del Pacto de Bogotá,⁴ el 6 de diciembre de 2001, Nicaragua presentó ante la Corte una demanda en contra de la República de Colombia para iniciar un procedimiento en su contra,⁵ con relación a una controversia consistente en un “grupo de cuestiones jurídicas conexas subsistentes” entre los Estados “atinentes al título sobre el territorio y la delimitación marítima” en el Caribe occidental.

En la demanda, Nicaragua reclama la soberanía sobre el archipiélago y el espacio marítimo correspondiente a su plataforma continental, negando la vigencia del meridiano 82 como frontera y situando ésta aproximadamente a la línea media de la plataforma continental de Nicaragua y en

³ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 442-446.

⁴ Nicaragua firmó el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, el 30 de abril de 1948, que ratificó el 21 de junio de 1950.

⁵ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Procedimientos instituidos, solicitud, 6 de diciembre de 2001.

el límite de la zona económica exclusiva de Colombia, a doscientas millas náuticas de su costa.⁶

Al respecto, en la aplicación de demanda, Nicaragua hace énfasis en los derechos de explotación en la zona del meridiano 82, puesto que el artículo 82 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁷ establece derechos análogos de exploración y explotación a los artículos 56 y 77 en zona económica exclusiva y plataforma continental, y esos derechos se extienden potencialmente hasta doscientas millas náuticas en forma de zona económica exclusiva para Estados con plataforma continental menor a esa distancia, pues, países con plataforma continental mayor a doscientas millas pueden ejercer derechos sobre la totalidad de la misma siempre y cuando no se interfiera lo que constituya la prolongación natural del territorio de otro Estado.

Bajo ese contexto, en su demanda inicial, Nicaragua solicitó a la Corte:⁸

- 1) Pronunciarse sobre la soberanía de las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y todas las islas y cayos correspondientes, así como sobre los cayos Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño, en la medida en que estos últimos sean o no susceptibles de apropiación.
- 2) Determinar el curso de la frontera marítima única entre las áreas de plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes respectivamente a Nicaragua y Colombia, de conformidad con principios equitativos y circunstancias relevantes reconocidos por el derecho internacional general como aplicables a una delimitación tal de una frontera marítima única.

Aunado a ello, Nicaragua se reservó el derecho a reclamar compensación a Colombia por los elementos de enriquecimiento injusto derivados de la posesión de las islas de San Andrés y Providencia, así como de los cayos y espacios marítimos hasta el meridiano 82, en ausencia de título legítimo, y el derecho a reclamar compensación por la interferencia con embarcaciones pesqueras de nacionalidad nicaragüense o embarcaciones con licencia de Nicaragua.

⁶ *Ibidem*, para. 4.

⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aprobada el 30 de abril de 1982 en Nueva York y abierta a firma el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, en la 182 sesión plenaria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, un año después de la 60a. ratificación, realizada por Guyana.

⁸ (*Nicaragua v. Colombia*), Procedimientos instituidos, solicitud, *cit.*, p. 8, para. 8.

Por su parte, en la primera excepción preliminar,⁹ entre otras, Colombia alegó que la Corte no contaba con jurisdicción para conocer de la controversia bajo lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá,¹⁰ en virtud de lo dispuesto en el artículo IV del mismo instrumento jurídico, pues según Colombia los asuntos planteados por Nicaragua ya habían sido resueltos por el Tratado Esguerra-Bárceñas y el Acta de canje¹¹ que se encontraban en vigor.

III. ANÁLISIS DEL CASO

1. *Excepciones preliminares de la Corte Internacional de Justicia*

El 13 de diciembre de 2007, la Corte dictó el fallo relativo a las excepciones preliminares interpuestas por Colombia sobre su competencia para conocer de la demanda interpuesta por Nicaragua, pues como se mencionó en antecedentes, Colombia alegó que la Corte no podía conocer del caso, debido a que el Tratado Esguerra-Bárceñas y el acta de canje habían dado por concluido cualquier conflicto relativo a cuestiones territoriales con Nicaragua.

No obstante, la Corte se declaró competente para conocer de la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá,¹² que a la letra señala:

Artículo XXXI. De conformidad con el inciso 2o. del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;

⁹ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares del gobierno de Colombia, pp. 140-145.

¹⁰ Colombia firmó el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá” el 30 de abril de 1948, que ratificó el 14 de octubre de 1968. Denunció el tratado el 27 de noviembre de 2012.

¹¹ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares, fallo, 13 de diciembre de 2007, p. 21, para. 43.

¹² *Ibidem*, p. 48, para. 142 (3).

d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

En la misma sentencia preliminar, la Corte determinó su incompetencia para determinar la soberanía sobre las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina, debido a que, como lo hizo valer Colombia en las excepciones preliminares, Colombia tiene soberanía sobre dichas islas en virtud de lo dispuesto en el Tratado Esquerro-Bárcenas. Con ello, la Corte reconoció implícitamente la validez del Tratado Esquerro-Bárcenas, y reafirma la soberanía de Colombia sobre dichas islas, aunque no sobre formaciones marítimas y de accidentes geográficos, pues negó el valor fronterizo del meridiano 82.

En lo concerniente a la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos reivindicados por Nicaragua y Colombia, distintos de las islas de Santa Catarina, San Andrés y Providencia, la Corte se declaró competente para determinar la delimitación marítima entre las partes,¹³ a saber: sobre los cayos Albuquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo

En conclusión, en las excepciones preliminares la Corte declaró su competencia para:

- 1) Conocer de la controversia de conformidad con lo establecido en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.
- 2) Determinar la delimitación marítima entre las partes, concerniente a la soberanía sobre los accidentes geográficos distintos de las islas de Santa Catarina, San Andrés y Providencia.

2. *Análisis del fallo de la Corte Internacional de Justicia*

Con base en lo anterior, la Corte llevó a cabo su análisis del caso para determinar la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, analizando las pretensiones de ambas partes y las circunstancias particulares del caso, como a continuación se desarrolla.

A. *Cuestiones previas*

Antes de llevar a cabo el método de delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua, la Corte llevó a cabo la delimitación de la zona geográfica

¹³ *Ibidem*, pp. 44-48, para. 132 y 140.

objeto del caso, pues no podría pronunciarse por aquellas islas o accidentes geográficos que según las pretensiones de las partes no se encontraran en disputa, como lo son las islas de Santa Catarina, San Andrés y Providencia, o los accidentes geográficos que no son considerados islas. Asimismo, previo al análisis, la Corte debía determinar la soberanía sobre las formaciones marítimas en disputa, a fin de hacer una correcta y concreta delimitación de las formaciones que serían parte del trazado de la frontera marítima.

a. Delimitación de zona geográfica para el análisis del caso

La Corte, al declararse competente para determinar la delimitación marítima entre Nicaragua y Colombia,¹⁴ analizó si los accidentes geográficos marítimos reivindicados por ellas, a saber: cayos Albuquerque, Este-Sudeste, Rocador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo, eran susceptibles de apropiación. Al efecto, Colombia y Nicaragua acordaron que los cayos de Albuquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo se mantienen sobre el agua en marea alta, y, por lo tanto, se consideran como islas susceptibles de apropiación.

Cabe aquí hacer la acotación de que para determinar si una formación marítima o extensión de tierra es una isla, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que recoge la costumbre internacional, en cuanto a la determinación de una isla; al respecto:

Artículo 121

Régimen de las islas

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.

2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.

3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.

En ese sentido, las partes difirieron en cuanto a la determinación de calificación de isla a las formaciones de Quitasueño, pues conforme a los argumentos de Nicaragua, basada en un estudio preparado por su Ministerio de

¹⁴ *Idem.*

Relaciones Exteriores en 1937, Quitasueño no se considera como una isla, ya que se sumerge en pleamar.

Por su parte, Colombia fundó sus argumentos en dos estudios: i) Estudio de la armada colombiana en 2008, y ii) Reporte del experto Robert Smith denominado “Mapeo de islas de Quitasueño (Colombia). Sus líneas de Base, Mar Territorial y zona Contigua, de febrero de 2010” (reporte Smith), en los que se considera que existen 34 formaciones marítimas individuales en Quitasueño que califican como islas, pues se mantienen sobre el nivel de pleamar, y veinte elevaciones de bajamar situadas dentro de las doce millas náuticas de una o más de esas islas.

La Corte, tomando como precedente el caso *Qatar vs. Bahrein*,¹⁵ llegó a la determinación de que únicamente la formación denominada QS-32 (indicada así conforme a lo dispuesto en el reporte Smith) era considerada una isla susceptible de apropiación, y desestimó el resto de las formaciones marítimas de Quitasueño como parte de la geografía relevante para el caso, pues no las consideró islas por falta de evidencia suficiente de que permanecieran en pleamar.

La importancia de que la Corte determinara que Quitasueño o sus formaciones constituían islas, radicó en que, en derecho del mar, hasta la isla más pequeña genera doce millas náuticas de mar territorial, tal como se hizo valer en el ya citado caso *Qatar vs. Bahrein*,¹⁶ y como lo recoge la fracción II del artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

b. Soberanía sobre las formaciones marítimas en disputa

Con base en el Tratado Esguerra-Bárcenas, la Corte determinó que ambas partes reconocen: Colombia, la plena y entera soberanía de Nicaragua sobre la costa de Mosquitos entre el cabo Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas de Mangle Grande y Mangle Chico en el océano Atlántico (islas del Maíz); Nicaragua, la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sobre otras islas, islotes y arrecifes que conforman el archipiélago de San Andrés. Sin embargo, la Corte comprobó que el Tratado Esguerra-Bárcenas no aplica a los arrecifes de Roncador, Quitasueño y Serrana.

¹⁵ CIJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, fondo, fallo, 16 de marzo de 2001, p. 205, para. 101 y 102; y CIJ, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre de 2007, p. 751, para. 302.

¹⁶ (*Qatar v. Bahrain*), cit.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, en las excepciones preliminares, la Corte, derivado de un análisis al acta de canje que indica “el archipiélago de San Andrés y Providencia... no se extienden hacia el oeste, más allá del grado 82 longitud Oeste de Greenwich”, confirmó la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sobre otras islas, islotes y arrecifes que conforman el archipiélago de San Andrés. Sin embargo, la Corte determinó que el acta de canje no especifica la composición del archipiélago de San Andrés, y sólo fija un límite al oeste del mismo, en el meridiano 82, lo que no proporciona más información sobre el alcance del archipiélago de San Andrés al este de dicho meridiano. En la sentencia de excepciones preliminares, la Corte señaló que “...está claro frente al texto del párrafo primero del artículo I del Tratado de 1928 que sus términos no proveen la respuesta a la pregunta de cuales formaciones marítimas, aparte de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, forman parte del Archipiélago de San Andrés sobre el cual Colombia tiene soberanía”.¹⁷

Para determinar la soberanía, la Corte distinguió aquellos actos a título soberano que ocurrieron antes de la fecha de que la disputa se concretó, pues como se determinó en el caso *Indonesia/Malasia*:¹⁸ “...no puede considerar actos realizados después de la fecha en que la disputa entre las Partes se cristalizó a menos que dichos actos sean una continuación normal de actos previos y que no se realizaron con el propósito de mejorar la posición jurídica de la Parte que se basa en ellos”.¹⁹

Bajo las denominadas *effectivités*,²⁰ la Corte consideró que los hechos y actividades desarrollados a título soberano no se limitan a la legislación o actos administrativos de control, sino que existen otras acciones, como aquellas relacionadas con la aplicación y cumplimiento de la legislación penal o civil, regulatorias de la inmigración, pesquería y otras actividades económicas.²¹ Pero también consideró que la soberanía sobre pequeños elementos marítimos “...puede determinarse con base en una muestra

¹⁷ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares, fallo, *cit.*, p. 863, para. 97.

¹⁸ CIJ, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, fallo, 17 de diciembre de 2002, p. 682, para. 135.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ El principio de *effectivités* es utilizado en derecho internacional cuando existe una disputa territorial entre dos Estados o más, para determinar quién ha llevado a cabo conductas que lo validan como poseedor legítimo, a través de acciones consideradas como válidas dentro del derecho. Véase Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, p. 121.

²¹ (*Nicaragua v. Honduras*), fallo, *cit.*, pp. 713-722, para. 176-208.

relativamente modesta de poderes de Estado en términos de calidad y cantidad”.²²

Asimismo, para determinar la soberanía de las partes sobre las formaciones marítimas en disputa, la Corte estimó los actos que *à titre de souverain* llevaron a cabo las partes sobre las mismas. En ese sentido, la Corte tomó en consideración que Colombia ejerció actos a título soberano sobre dichas islas, sin protesta pública por parte de Nicaragua antes de la solicitud de demanda ante la Corte, inexistiendo actos a título soberano por parte de este último.

Tras considerar todos los argumentos y evidencias presentados por las partes, la Corte concluyó que Colombia ostenta soberanía sobre las islas de Alburquerque, Bajo Nuevo, cayos de Este-Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla.

c. Admisibilidad de la pretensión de Nicaragua
para una delimitación de la plataforma continental

Nicaragua solicitó a la Corte, delimitar la plataforma continental entre dicho Estado y Colombia, en virtud de que las prolongaciones naturales de los territorios continentales de ambas partes se encuentran y superponen conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar,²³ que la dota de una plataforma continental que se extiende más allá del límite de doscientas millas náuticas desde la línea de base, que se mide la anchura del mar territorial.

²² *Ibidem*, p. 712, para. 174.

²³ Artículo 76. Definición de la plataforma continental.

1. La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

2. La plataforma continental de un Estado ribereño no se extenderá más allá de los límites previstos en los párrafos 4 a 6.

3. El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental. No comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo.

4. a) Para los efectos de esta Convención, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante:

Cabe recordar que, como se señaló en antecedentes, en la demanda inicial Nicaragua solicitó a la Corte la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental entre las partes, por lo cual, el hecho de que la Corte analizara la plataforma continental extendida no transformó el objeto o materia de la controversia, pues de cualquier forma se definiría la plataforma continental.²⁴

A efecto de que la Corte estuviera en posibilidad de definir la plataforma continental y la zona económica exclusiva, ésta se basó en la costumbre

i) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1 % de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud continental; o

ii) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.

b) Salvo prueba en contrario, el pie del talud continental se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base.

5. Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la plataforma continental en el lecho del mar, trazada de conformidad con los incisos i) y ii) del apartado a) del párrafo 4, deberán estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, que es una línea que une profundidades de 2.500 metros.

6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 5, en las crestas submarinas el límite exterior de la plataforma continental no excederá de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Este párrafo no se aplica a elevaciones submarinas que sean componentes naturales del margen continental, tales como las mesetas, emersiones, cimas, bancos y espolones de dicho margen.

7. El Estado ribereño trazará el límite exterior de su plataforma continental, cuando esa plataforma se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante líneas rectas, cuya longitud no exceda de 60 millas marinas, que unan puntos fijos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud.

8. El Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el Anexo II sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios.

9. El Estado ribereño depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas cartas e información pertinente, incluidos datos geodésicos, que describan de modo permanente el límite exterior de su plataforma continental. El Secretario General les dará la debida publicidad.

10. Las disposiciones de este artículo no prejuzgan la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente.

²⁴ (*Nicaragua v. Colombia*), fallo, 19 de noviembre de 2012, p. 45, para. 111.

internacional,²⁵ pues Colombia no es Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. No obstante, teniendo en consideración que la citada Convención recoge en sus disposiciones la costumbre internacional, la Corte determinó que el párrafo I del artículo 76 de dicho instrumento jurídico resultaba aplicable para la determinación de la plataforma continental en el presente caso aunque Colombia no fuera parte de la Convención.

Para tal efecto, la Corte consideró que los Estados costeros tienen desde el inicio derechos de plataforma continental; sin embargo, la controversia surge al definir desde dónde se consideran los derechos de Estados costeros más allá de doscientos millas náuticas, a partir de su línea de base, y la anchura para medir la plataforma continental. Sin embargo, con relación a la delimitación de la plataforma continental, la Corte concluyó que no podía ser aceptada la pretensión de Nicaragua, debido a que las partes no presentaron pruebas suficientes para determinar la extensión de la misma.

B. Determinación de la frontera marítima

A fin de determinar la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, la Corte llevó a cabo un análisis sobre el derecho que aplicaría para llevar a cabo la delimitación; asimismo, requirió de conocer las costas relevantes de las partes para llevar a cabo la medición de los derechos generados por las formaciones marítimas, específicamente las islas, conforme al derecho aplicable. También, la Corte determinaría el método a utilizar en el trazado de la frontera marítima analizando las circunstancias pertinentes del caso, para finalmente llevar a cabo el trazado de la frontera entre las partes.

a. Derecho aplicable

Como se mencionó en el punto precedente, debido a que Colombia no forma parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la Corte estableció la costumbre internacional como el derecho aplica-

²⁵ La costumbre internacional que utilizó la Corte Internacional de Justicia se basó principalmente en la jurisprudencia aplicada por la propia Corte, el Tribunal del Mar y otras cortes internacionales. No obstante, respecto de las disposiciones relativas a la línea de base de Estados costeros y su derecho a las zonas marítimas, la definición de plataforma continental, así como las disposiciones referidas a la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, reflejan la costumbre internacional.

ble para determinar la delimitación fronteriza entre Colombia y Nicaragua. No obstante, de la misma manera que la Convención refleja la costumbre internacional en cuanto a la plataforma continental y su delimitación, contenidas en sus artículos 76 y 83, también se refleja en lo relativo a la delimitación de la zona económica exclusiva contenida en el artículo 74, y el régimen legal de las islas que se encuentra en el artículo 121.

b. Costas relevantes

La Corte determinó que la plataforma continental y la zona económica exclusiva, conforme a lo dispuesto en los artículos 76, 83 y 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, se basan en el principio de la tierra que domina el mar, mediante la proyección de las costas y frentes costeros, siendo la tierra la fuente legal del poder que un Estado puede ejercer sobre sus extensiones territoriales hacia el mar, en donde la costa es el factor decisivo para el título de las áreas submarinas adyacentes a él.²⁶

Es decir, para que una costa se considere relevante en cuanto a la delimitación “debe generar proyecciones que se superpongan con las proyecciones de la costa de la otra Parte”,²⁷ y que, en consecuencia, “la extensión submarina de la costa de una de las Partes, que por cualquier razón no se superponga con la extensión de la costa de la otra, ha de excluirse de toda consideración”.²⁸

En tal virtud, la Corte determinó las costas relevantes de Nicaragua y Colombia, principalmente las costas cuyas proyecciones se superponen, para verificar la existencia de alguna desproporción de la longitud costera de cada Estado, que pudiera afectar la determinación de la frontera marítima. Lo anterior, en el entendido de que la Corte sólo se pronunciaría sobre los derechos colombianos que se superponen con las doscientas millas náuticas de la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Nicaragua, y no sobre la pretensión de Nicaragua sobre la plataforma continental extendida, como se explicó antes.

²⁶ CIJ, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, fallo, 3 de febrero de 2009, p. 38, para. 77; CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, 20 de febrero de 1969, p. 51, para. 96; y CIJ, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, 24 de febrero de 1982, p. 61, para. 73.

²⁷ *(Romania v. Ukraine)*, cit., para. 97-99.

²⁸ *(Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, cit., para. 61 y 75.

Las longitudes de las costas relevantes de Nicaragua (531 kilómetros) y Colombia (65 kilómetros), se relacionaron aproximadamente 1:8,2, a favor de Nicaragua.

— Costa relevante de Nicaragua

Conforme a las pruebas presentadas por Nicaragua, la Corte determinó que la costa nicaragüense relevante es toda la costa que se proyecta sobre el área donde se presenta la superposición de derechos potenciales, y no simplemente aquellas partes de la costa desde las cuales la titularidad de doscientos millas náuticas se puede medir, siendo esta la costa continental de toda Nicaragua, que tiene una longitud aproximada 531 kilómetros.

Asimismo, la Corte consideró que el derecho de Nicaragua a doscientos millas náuticas de plataforma continental y de zona económica exclusiva tiene que medirse a partir de las islas que se encuentran en el margen de la costa de Nicaragua. Ya que las costas con orientación hacia el este de las islas nicaragüenses son paralelas a tierra firme, la Corte no adicionó longitud a la costa relevante; sin embargo, serían utilizadas para determinar las líneas de base desde donde se mide el derecho de Nicaragua.

— Costa relevante de Colombia

La Corte determinó que la costa relevante de Colombia se limita a las costas de las islas que se encuentran bajo la soberanía de dicho Estado, a saber: San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En ese sentido, la Corte tomó en consideración que los cayos más pequeños, inmediatamente adyacentes a esas islas, no añadían longitud de la costa relevante.

Como en el caso de la costa nicaragüense, la Corte determinó que la longitud total de la costa pertinente de las tres islas es de 58 kilómetros. Asimismo, la Corte adicionó los cayos de Alburquerque, los cayos al Este-Sureste, Roncador y Serrana como parte relevante de la costa, lo que adicionó siete kilómetros a la costa relevante de Colombia, dando una longitud total de aproximadamente 65 kilómetros.

c. Zona marítima relevante

La Corte decidió que debía determinar la zona marítima relevante, con la finalidad de hacer ajustes a una línea desproporcionada de área relevante, y no de repartir la zona en partes iguales o proporcionales, pues la prueba

de proporción no es un método de delimitación, sino un medio para comprobar si la línea de delimitación a la que se llegó por otros medios necesita un ajuste debido a la desproporción significativa en simetría a las áreas marítimas.²⁹ La Corte tuvo en consideración que el área relevante no puede extenderse más allá del área en la que los derechos de ambas partes se superponen.

En ese sentido, la Corte concluyó que el límite de la zona al norte seguía la frontera marítima entre Nicaragua y Honduras³⁰ hasta los 16 grados latitud norte, y continuaba hacia el este hasta el límite del “Área de Régimen Común”; a partir de dicho punto, se continuaba por el límite de la zona, bordeando una línea a doce millas náuticas de Serranilla, hasta el cruce con la línea de las doscientos millas náuticas contadas desde Nicaragua.

En cuanto al límite del área relevante hacia el sur, la Corte estableció que comenzaba al este en el punto en que la línea de las doscientos millas náuticas de Nicaragua se cruzaba con la línea del límite acordado entre Colombia y Panamá, para posteriormente seguir la frontera entre Colombia-Panamá hacia el oeste, hasta llegar a la línea acordada entre Colombia y Costa Rica, siguiendo dicha línea hacia el oeste, y luego hacia el norte, hasta cruzarse con una línea de equidistancia hipotética entre las costas costarricenses y nicaragüenses.

d. Derechos generados por accidentes marítimos

Como se ha mencionado en múltiples ocasiones, Colombia y Nicaragua acordaron que San Andrés, Providencia y Santa Catalina tenían derecho a mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. No obstante, esos derechos atribuibles a las islas se encuentran limitados a la existencia de una superposición con los derechos de otro Estado.

En ese sentido, si bien San Andrés, Providencia y Santa Catarina (bajo la soberanía de Colombia) tienen derecho a mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, éstos se hallan limitados, pues se superponen al este y al oeste con los derechos de plataforma continental y zona económica exclusiva de doscientas millas náuticas de Nicaragua y de sus islas adyacentes, por lo que no entra en el área relevante definida por la Corte.

²⁹ (*Romania v. Ukraine*), cit., para. 110.

³⁰ De conformidad con lo dispuesto en: (*Nicaragua v. Honduras*), fallo, cit., p. 659.

Asimismo, la Corte determinó que Serranilla y Bajo Nuevo quedaron fuera del área relevante definida y, en consecuencia, no se pronunciaría sobre el procedimiento para determinar el alcance de sus derechos marítimos.

e. Quitasueño

Como ya se mencionó antes (a), la Corte, conforme a las pruebas presentadas por las partes, consideró a Quitasueño, QS-32, como una isla, según la definición contenida en el artículo 121, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sin embargo, la Corte determinó que las partes no habían sustentado otras características que distinguieran a QS-32 de una roca, como vida humana o económica, por lo cual la situaba dentro de la definición contenida en el artículo 121 (3) de la Convención sobre el Derecho del Mar, con lo cual se consideraría como un accidente geográfico sin derecho a plataforma continental y zona económica exclusiva.³¹

*C. Método de delimitación territorial utilizado
por la Corte Internacional de Justicia*

La Corte llevó a cabo el análisis a los casos *Plataforma Continental*³² y *Delimitación Marítima en el Mar Negro*³³ para determinar la metodología de la delimitación de la superposición de plataformas continentales y los derechos de la zona económica exclusiva, que consta de tres etapas:

- 1) Delimitación provisional entre los territorios, incluyendo territorios insulares, de las partes. Se utilizan métodos geoméricamente objetivos y apropiados a la geografía de la zona, lo que constituirá una línea de equidistancia³⁴ cuando las costas relevantes son adyacentes, o una línea media entre las dos costas cuando las costas relevantes

³¹ (*Nicaragua v. Colombia*), fallo, *cit.*, para. 181-183.

³² CIJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, 3 de junio de 1985, pp. 4-47, para. 60-63.

³³ (*Romania v. Ukraine*), *cit.*, pp. 101-103, para. 115-116 y 119-121.

³⁴ La línea de equidistancia es la línea media que se fija entre dos puntos cualquiera dentro del mismo plano, y llega a ser bisectriz de la perpendicular de una línea que a une a todos ellos. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Método de delimitación en el derecho del mar y el problema de las «islas»”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 93, septiembre-diciembre de 1998, nueva serie año XXXI, p. 21; y Brownlie, Ian y Crawford, James,

son opuestas, a menos que en ambos casos haya razones suficientes que no hagan posible el establecimiento de la línea. Este paso no prejuzga una solución definitiva.

Cabe señalar que se puede hacer uso indistinto de los términos “línea media” y “línea de equidistancia”, pues el método se refiere a la construcción de una línea en la que el punto se encuentra a una distancia igual a los puntos más próximos de las dos costas relevantes, lo cual no implica ninguna consecuencia legal. En el presente caso, la Corte utilizó los puntos que consideró más adecuados en las costas de Colombia y Nicaragua.

- 2) Revisión de la existencia de circunstancias pertinentes que puedan requerir un ajuste o cambio en la equidistancia provisional/línea media a fin de lograr un resultado equitativo. Si se determina que existen circunstancias pertinentes, se establece un límite diferente, que generalmente implica un ajuste o una modificación de la línea media, a fin de tomar en cuenta dichas circunstancias.
- 3) Comprobación de desproporcionalidad, es decir, se lleva a cabo una revisión de la proporcionalidad después de que la línea fue ajustada y modificada en relación con sus respectivas costas relevantes.

En el caso entre Nicaragua y Colombia, las costas nicaragüenses y las costas oeste de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como los cayos de Albuquerque, se encuentran en una relación de costas opuestas a una distancia que no es menor a 65 millas náuticas.

Por ello, la Corte reconoció la existencia de la superposición de los derechos potenciales hacia el este de las principales islas colombianas, y, por lo tanto, detrás de los puntos de base de Colombia desde los que la línea media que constituyó un motivo importante para ajustar o modificar la lí-

Brownlie's Principles of International Public Law, 7a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 285.

Según Ian Brownlie, son:

- i) Fruto de un acuerdo entre las partes con base en el derecho internacional.
- ii) Que la prolongación natural no invada el otro territorio.
- iii) Prevenir en la medida de lo posible la amputación de la proyección hacia el mar de la costa de los Estados interesados.
- iv) Circunstancias calificadas como pertinentes, que según Brownlie, pueden ser: la configuración general de las costas de las partes, disparidad de las longitudes de las costas pertinentes, estructura geográfica del lecho marino y su morfología; el contexto general o el marco geográfico; conducta de las partes; principio de acceso equitativo a los recursos naturales del área en disputa; los intereses de defensa y seguridad de los Estados en disputa.
- v) Determinar el método de delimitación.

nea media provisional, lo cual aplicó también a las diferencias de longitud de las costas.

En el caso concreto, la metodología de la Corte comprendió tres etapas, derivadas de su jurisprudencia (equidistancia,³⁵ circunstancias especiales y principios equitativos):

- 1) Seleccionó los puntos de base y trazó una línea media provisional entre la costa de Nicaragua y las costas occidentales de las islas de Colombia, sin tomar en cuenta las islas Quitasueño y Serrana.
- 2) Con la finalidad de pretender alcanzar un resultado equitativo, la Corte realizó ajustes a la línea media de provisional, tomando en cuenta la disparidad entre la costa colombiana relevante y la de Nicaragua en 1:82 (a favor de Nicaragua, como se mencionó antes (b), relacionado con las costas relevantes).

La Corte determinó que según el contexto geográfico (párrafos 215 y 216), las islas de Colombia son pequeñas y alejadas entre sí, y la disparidad de las costas nicaragüenses y colombianas hicieron necesario un ajuste a la línea media provisional, para lo cual se ponderaron los puntos de base de Nicaragua. Posteriormente, la Corte llevó a cabo la prolongación de la línea horizontal en el paralelo, doscientas millas y cambió el método para incluir a las islas Serranilla y Quitasueño.

- 3) La Corte verificó la proporcionalidad de la repartición, a fin de que no se considerara inequitativa. Para tal efecto, dividió el área entre las partes en una proporción de aproximadamente 3:4.4, a favor de Nicaragua.

a. Determinación de los puntos de base y la construcción de la línea media provisional

La Corte inició con la construcción de una línea media provisional entre la costa nicaragüense y las costas occidentales de las islas colombianas relevantes, opuestas a la costa de Nicaragua. Tomando en consideración que las islas adyacentes a la costa de Nicaragua son parte de la costa relevante y contribuyen a las líneas de base a partir de las cuales van a ser medidos los derechos de Nicaragua a una plataforma continental y zona económica exclusiva, en ese sentido, se ocuparon los puntos de línea de base situados

³⁵ La llamada línea media cuyos puntos fueran todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base donde se mide la anchura del mar territorial.

en el arrecife Edimburgo, Cayo Muerto, Cayo Miskitos, Cayo Ned Thomas, Roca Tyra, pequeña Isla del Maíz y la Isla Grande del Maíz.

En cuanto a la costa de Colombia, la Corte consideró que Quitasueño no contribuía a la construcción de la línea media provisional, debido a que en pleamar alcanza un metro cuadrado de dimensión, lo que se consideró que distorsionaría la geografía relevante. Por tal motivo, la Corte estableció para Colombia los puntos de base en Santa Catalina, Providencia y San Andrés, desechando Quitasueño, Serrana y Cayo Menor.

b. Circunstancias pertinentes

Las circunstancias pertinentes son los factores que determinan un ajuste o un desplazamiento de la línea media provisional, con el fin de llegar a un resultado equitativo.³⁶ A tal efecto, se revisaron las siguientes circunstancias:

- Disparidad de la longitud respectiva de las costas pertinentes. Para determinar si se requería una modificación a la línea, se tomó en cuenta:³⁷ i) si las disparidades entre las longitudes de las costas pertinentes son importantes, tanto que el ajuste o desplazamiento de la línea provisional se impone, y ii) si dicha disparidad no significa una aplicación directa y matemática de la relación entre las longitudes del frente de la costa de las partes, no se requiere de modificación.

En ese sentido, como ya se mencionó, la relación entre las costas pertinentes de Colombia y Nicaragua resultaba de 1:8.2, por lo cual la Corte hizo un ajuste, desplazando la línea media provisional, para tener una proporción de 3:4.4, a favor de Nicaragua.

- Contexto geográfico general. Según la Corte, para hacer equitativa la solución, a cada Estado se bonificaron los derechos razonables en los espacios correspondientes a las proyecciones de sus costas.
- Comportamiento de las partes. La Corte consideró que el comportamiento de las partes no resultaba ser excepcional para considerarse como una circunstancia pertinente que impondría un ajuste de la línea media provisional o un desplazamiento de ésta.

³⁶ CIJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, reconvención, fallo, 10 de octubre de 2002, p. 441, para. 288.

³⁷ CIJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, fallo, 12 de octubre de 1984, p. 323, para. 185; (*Romania v. Ukraine*), cit., p. 116, para. 164; CIJ, *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, fallo, 14 de junio de 1993.

- Condiciones de seguridad, mantenimiento y orden. La Corte determinó que la autoridad que ejerce un Estado en la zona económica exclusiva y la plataforma continental no estaba vinculada con consideraciones de seguridad, lo cual, a su juicio, no representó incidencia alguna sobre los derechos de navegación. No obstante, en cuanto a las cuestiones legítimas de seguridad, la Corte consideró que podrían constituirse en circunstancias pertinentes en el caso de delimitación marítima llevada a cabo cerca del litoral de un Estado, lo cual se analizó posteriormente para revisar la incidencia del ajuste o desplazamiento de la línea media provisional del caso.
- Acceso equitativo a los recursos naturales. A juicio de la Corte, esta circunstancia pertinente no se consideró excepcional para el caso.
- Delimitaciones ya registradas en la región. La Corte desestimó las pruebas relativas a la delimitación consistentes en la celebración de tratados entre Colombia con Costa Rica, y Jamaica y Panamá, siguiendo el principio de derecho internacional contenido en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo a que un tratado celebrado entre dos Estados no puede afectar los derechos de terceros Estados.

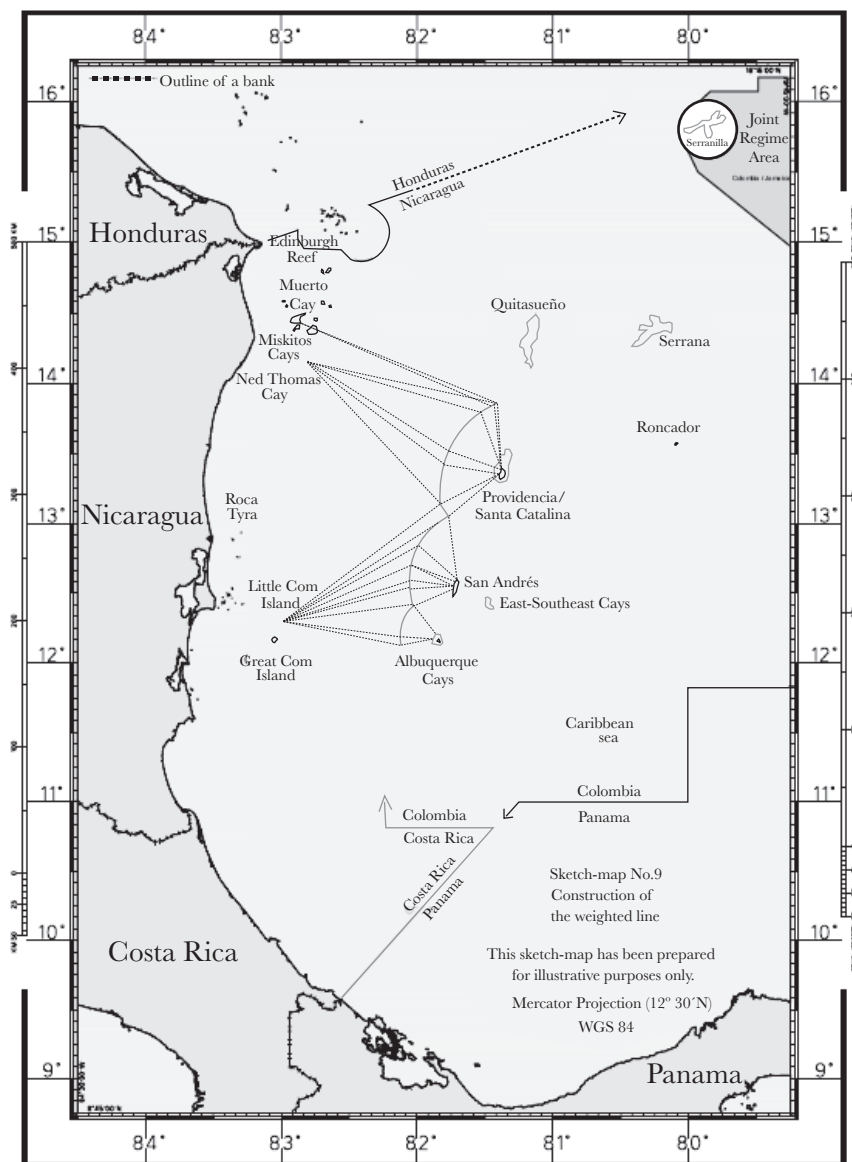
En ese sentido, los tratados relacionados con delimitaciones territoriales marítimas que las partes celebraron con otros Estados no confirieron derechos *vis-à-vis* entre Colombia y Nicaragua, pues no podrían permitir la reivindicación en la zona donde se sobreponen los derechos respectivos de las dos partes, de una porción más importante de aquella que correspondería en ausencia de dichos tratados.

c. Trazado de la frontera marítima

Una vez que la Corte analizó las posibles circunstancias pertinentes, examinó los cambios a la línea media provisional con base en: 1) la disparidad entre la longitud de las costas pertinentes debido a que la relación entre las costas de Nicaragua y Colombia eran de 1:8.2, y 2) el contexto geográfico general, distinguido por la constitución de la costa pertinente colombiana de islas pequeñas y alejadas unas de otras, que no forman una línea costera continua, y que se encuentra a menos de doscientas millas náuticas de la masa continental nicaragüense.

En ese sentido, la Corte procedió a desplazar la línea media provisional, y, para llegar a un resultado más equitativo, otorgó a la zona pertinente

colombiana un valor unitario a cada uno de los puntos de base y un valor triple a cada uno de los puntos de base nicaragüenses.



FUENTE: Nicaragua v. Colombia. *Sentencia*. Croquis no. 9 (“construcción de la línea ponderada”), párrafo 234.

Sin embargo, sólo los puntos de base nicaragüenses ubicados sobre los cayos Miskitos, Ned Thomas y Mangle Chico tuvieron una incidencia sobre la ponderación de esta línea. El método utilizado para construir la línea ponderada produce una línea curva que presenta numerosos puntos de inflexión, por lo que la Corte llevó a cabo un ajuste complementario, reduciendo el número de puntos de inflexión y uniéndolos con líneas geodésicas, lo que tuvo como resultado una línea ponderada simplificada.

En ese sentido, la Corte procedió a hacer el trazado de la línea, tal como a la letra señaló:

Línea será trazada tal y como se expone a continuación.

En primer lugar, partiendo del punto más septentrional de la línea ponderada simplificada (punto 1) ubicado sobre el paralelo que pasa por el punto más al norte compuesta de arcos en círculos (de aquí en adelante “cerramiento en arcos”) trazados a 12 millas náuticas de Roncador, la línea de delimitación sigue el paralelo hasta que llegue al límite ubicado a 200 millas náuticas de las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua (punto de terminación A). Como ya lo precisó la Corte, ya que Nicaragua aún no ha notificado las líneas de base a partir de las cuales será medido su mar territorial, la posición del punto terminal A no puede determinarse con precisión y, en consecuencia, la ubicación del punto representado sobre el croquis no. 11 solo es aproximativo.

En segundo lugar, a partir del punto más meridional de la línea ajustada (punto 5), la línea de delimitación sigue hacia el sur-este hasta su intersección con el cerramiento en arcos trazado a 12 millas náuticas de South Cay, uno de los cayos de Albuquerque (punto 6). Ella sigue a lo largo de este cerramiento en arcos alrededor de Cayo Sur, hasta su intersección (punto 7) con el paralelo pasando por el punto más meridional del cierre en arcos trazado a 12 millas náuticas de los cayos Este – Sur – Este. A continuación sigue el paralelo hasta el punto más meridional del cerramiento en arcos de círculos trazados a 12 millas náuticas de los cayos Este – Sur – Este (punto 8), posteriormente bordea el cerramiento hasta el punto más oriental (punto 9). A partir de este punto, sigue el paralelo hasta el límite ubicado a 200 millas náuticas de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua (punto terminal B, cuya ubicación aproximada está representada en el croquis no. 11).

Así mismo, se debe determinar lo relativo a Quitasueño y Serrana, dos formaciones ubicadas del lado nicaragüense de la línea de frontera ya definida por la Corte. La Corte estima que desplazar hacia el norte la línea ajustada, tal y como se definió en los párrafos precedentes, de forma tal que queden englobadas estas islas y las aguas que las rodean, otorgaría un efecto despro-

porcionado sobre la frontera de formaciones demasiado pequeñas, aisladas y muy alejadas de las islas principales de Colombia. Ella considera, en consecuencia, que enclavarlas constituye la solución más equitativa en esta porción de la zona pertinente.

Cada una de estas formaciones abre un derecho a mar territorial cuya anchura no puede, por las razones ya expuestas (ver párrafos 176-180), ser inferior a 12 millas náuticas. Quitasueño, en su calidad de roca que no se presta para la habitación humana o a una vida económica propia, se circunscribe a lo enunciado por el párrafo 3 del artículo 121 de CNUDM en donde se especifica que no tiene derecho a plataforma continental o a zona económica exclusiva. En consecuencia, entre la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Nicaragua y el mar territorial colombiano que rodea Quitasueño, la frontera sigue el cerramiento de arcos en círculos trazado a 12 millas náuticas de QS 32 y de las elevaciones de bajamar ubicados a menos de 12 millas náuticas de este punto.³⁸

Finalmente, la Corte llevó a cabo la verificación del trazado de la línea tomando en consideración el conjunto de las circunstancias particulares del caso, en el que determinó que no existía desproporción que comportara un resultado inequitativo.

IV. EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Derivado de lo anterior, en recapitulación, la Corte determinó en el fallo dictado el 19 de noviembre de 2012:

- 1) La confirmación de la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Santa Catarina y Providencia,³⁹ así como de las islas Albuquerque, Bajo Nuevo, cayos del Este-Sureste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla.
- 2) Los derechos generados por formaciones marítimas que se encuentran en la plataforma continental de Nicaragua.
- 3) El trazado de la frontera marítima única que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de Nicaragua y Colombia, con las siguientes coordenadas.⁴⁰

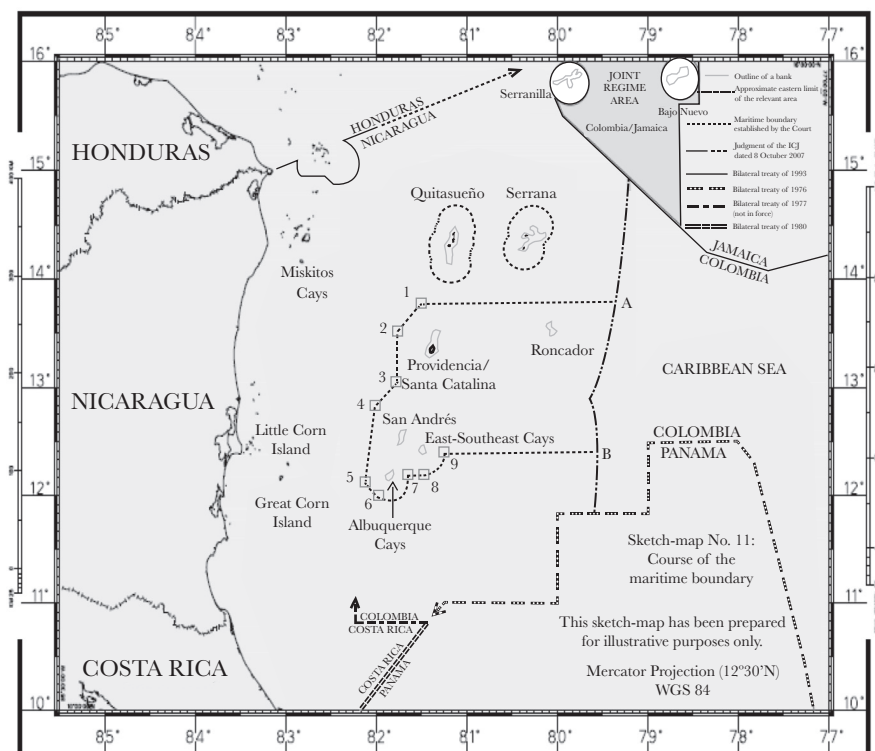
³⁸ (*Nicaragua v. Colombia*), fallo, *cit.*, pp. 85-92, para. 229-238.

³⁹ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares, fallo, *cit.*, p. 33, para. 89 y 90.

⁴⁰ (*Nicaragua v. Colombia*), fallo, *cit.*, p. 99, para. 251 (4).

	<i>Latitud norte</i>	<i>Longitud oeste</i>
1	13° 46' 35,7"	81° 29' 34,7"
2	13° 31' 08,0"	81° 45' 59,4"
3	13° 03' 15,8"	81° 46' 22,7"
4	12° 50' 12,8"	81° 59' 22,6"
5	12° 07' 28,8"	82° 07' 27,7"
6	12° 00' 04,5"	81° 57' 57,8"

Con dichas latitudes, la frontera marítima fue trazada según el mapa elaborado por la Corte Internacional de Justicia que a continuación se reproduce:



FUENTE: Nicaragua v. Colombia. *Sentencia*. Croquis no. 11 (“trazado de la frontera marítima”), párrafo 237.

Tal como se describe en la sentencia de la Corte, a partir del punto 1, la frontera marítima va hacia el este a lo largo del paralelo ubicado por 13° 46' 35,7" latitud norte, hasta el límite ubicado a doscientas millas náuticas de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua.

A partir del punto 6, ubicado por 12° 00' 04,5" de latitud norte y 81° 57' 57,8" de longitud oeste sobre el cerramiento en arcos trazados a doce millas náuticas de Albuquerque, sigue sobre este cerramiento en arcos hasta el punto 7, de coordenadas 12° 11' 53,5" de latitud norte y 81° 38' 16,6" de longitud oeste, ubicado sobre el paralelo que pasa por el punto más meridional del cerramiento en arcos trazado a doce millas náuticas de los cayos del este-sur-este.

Sigue el paralelo hasta el punto más meridional del cerramiento en arcos trazado a doce millas náuticas de los cayos del este-sur-este, es decir, el punto 8, ubicado por 12° 11' 53,5" de latitud norte y 81° 28' 29,5" de longitud oeste; luego sigue a lo largo de este cerramiento en arcos hasta el punto más oriental, es decir, el punto 9, ubicado por 12° 24' 09,3" de latitud norte y de 81° 14' 43,9" de longitud oeste. A partir de este punto, sigue a lo largo del paralelo ubicado por 12° 24' 09,3" de latitud norte hasta el límite ubicado a doscientas millas náuticas de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua.

Asimismo, alrededor de Quitasueño y de Serrana, la frontera marítima única sigue un cerramiento en arcos a una distancia de doce millas náuticas medidas, en el primer caso desde QS-32 y de las elevaciones de bajamar ubicadas en un área de doce millas náuticas de QS-32 y, en el segundo, a partir del cayo de Serrana y de los cayos cercanos.

- 4) El rechazo de la solicitud formulada por Nicaragua en sus conclusiones finales, por la que ésta le solicita a la Corte que declare que la República de Colombia faltó a sus obligaciones con relación al derecho internacional al impedirle que tuviera acceso a los recursos naturales al este del meridiano 82.

V. CONSIDERACIONES FINALES. IMPLICACIONES DEL FALLO

Como se mencionó en el apartado correspondiente, Nicaragua solicitó a la Corte la delimitación de la frontera marítima con Colombia en el mar Caribe

(zona económica exclusiva y la plataforma continental), y durante el procedimiento oral solicitó a la Corte que delimitara la plataforma continental más allá de las doscientas millas náuticas de sus costas, lo que corresponde a la plataforma continental extendida. La Corte determinó que la solicitud de delimitación de la plataforma continental ampliada sería parte de un nuevo procedimiento, pero que no modificaba el objeto de la controversia. La reclamación de Nicaragua aún se refería a la plataforma continental por diferentes motivos legales (la prolongación natural en lugar de la distancia). El juez Hisashi Owada emitió su opinión disidente al respecto, en la cual determinó que la pretensión de Nicaragua constituía un cambio radical de la pretensión original, que debió declararse como inadmisible.⁴¹

Con relación a la distinción entre accidente marítimo (roca) e isla, la Corte sustentó que QS-32 tenía la característica de una isla conforme al artículo 121 (1). Sin embargo, la Corte determinó que las partes no habían sustentado otras características que distinguieran a QS-32 de una roca, como vida humana o económica, por lo cual la situaba dentro de la definición contenida en el artículo 121 (3) de la Convención sobre el Derecho del Mar, con lo cual se consideraría como un accidente geográfico sin derecho a plataforma continental y zona económica exclusiva. Asimismo, se desestimó como punto base para el trazado de la línea media provisional, pues distorsionaría la geografía relevante, por lo cual podría establecerse que no hay una distinción clara entre roca e isla que haya llevado a cabo la Corte.

En el caso de Serrana, la Corte sostuvo que no era necesario determinar si se trataba de una roca conforme al artículo 121 (3) de la Convención sobre Derecho del Mar, ya que tiene un mar territorial de doce millas náuticas independientemente de ser una excepción del citado artículo; además, sólo sería relevante llevar a cabo el análisis si tuviera derecho a una plataforma continental y una zona económica exclusiva. En ese contexto, la Corte determinó que toda el área relevante se encontraba dentro de las doscientas millas de la Providencia (un no- isla de roca), y de tener derechos más allá de un mar territorial, éstos se solaparían con los de Providencia. En ese sentido, la Corte no concedió completamente el derecho de doscientas millas náuticas a Providencia. En ese sentido, la Corte concluyó que el tamaño, la lejanía y otras características de Serranilla no aportarían elementos suficientes para llegar a un resultado equitativo, por lo que sólo se reconocería de un mar territorial.

Con relación a la metodología utilizada por la Corte, ésta se allegó de la jurisprudencia, que se resume en: 1) el trazado de la línea media provisio-

⁴¹ (*Nicaragua v. Colombia*), *cit.*, opinión disidente del juez Owada, pp. 101-109.

nal; 2) las circunstancias relevantes del caso para llevar a cabo el ajuste de la línea media provisional, y 3) la proporcionalidad. Sin embargo, el ajuste a la línea media provisional que llevó a cabo la Corte, con relación a la disparidad en la longitud de la costa y el contexto geográfico general, fueron circunstancias que no se tenían previstas por las partes, lo que tuvo como resultado que Colombia alcanzara menores derechos de las islas reivindicadas.

En ese sentido, si bien la Corte reconoció la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Santa Catarina y Providencia, así como de las islas Albuquerque, Bajo Nuevo, cayos del Este-Sureste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla, también es de reconocer que al dotar a Nicaragua de derechos en la plataforma continental, Colombia perdió 75,000 kilómetros cuadrados de mar territorial, por lo cual podría inferirse que aunque la Corte haya aplicado el método de la equidistancia utilizado en diversos casos resueltos por la misma, no se logró un resultado satisfactorio para ambas partes.

Lo anterior trajo como resultado el rechazo de Colombia al fallo de la Corte, y con ello, en noviembre de 2012, la denuncia ante la Organización de los Estados Americanos del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948, en el que se reconocía la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, el Senado colombiano determinó que no podrían aceptar el fallo porque no se encontraba acorde con su legislación interna. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, independientemente de la denuncia al “Pacto de Bogotá”, posterior al fallo de la Corte, Colombia se halla aún en el compromiso de cumplir el fallo.

En el supuesto de que Colombia acatara el fallo de la Corte, éste tendría que renegociar los tratados sobre delimitación marítima en el mar Caribe que ha celebrado con Costa Rica, Honduras, Panamá y Jamaica.⁴²

Ante la falta de acatamiento al fallo por parte de Colombia, Nicaragua interpuso una nueva demanda en su contra ante la Corte Internacional de

⁴² Los tratados a que se hace referencia son: Tratado de 1976 entre la República de Colombia y la República de Panamá sobre la Delimitación de las Áreas Marinas y Submarinas y otros Aspectos; Tratado de 1977 entre Colombia y la República de Costa Rica sobre la Delimitación de las Áreas Marinas y Submarinas, y Cooperación Marítima; Tratado de 1980 sobre Delimitación de Áreas Marinas y Cooperación Marítima entre la República de Colombia, y las Repúblicas de Panamá y Costa Rica; Tratados de 1986 entre la República de Colombia y la República de Honduras sobre Delimitación Marítima; Acuerdos de Pesquerías de 1981 y 1984 entre la República de Colombia y la República de Jamaica; Tratado de 1996 de Delimitación Marítima con entre la República de Colombia y la República de Jamaica.

Justicia, con relación a diversas violaciones de los derechos soberanos y espacios marítimos de Nicaragua, que fueron reconocidos por la Corte en la sentencia del 19 de noviembre de 2012, así como la amenaza de Colombia para cometer esas violaciones.⁴³ A la letra, la solicitud de Nicaragua reza:

En vista de la declaración de los elementos de hecho y de derecho que anteceden, Nicaragua, reservándose el derecho de completar o modificar esta Solicitud, pide a la Corte que falle y declare que Colombia:

— Faltó a la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo 2 la Carta de la ONU y el derecho internacional consuetudinario de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza;

— Faltó a la obligación de no violar las zonas marítimas de la Nicaragua como se define en el párrafo 251 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 19 de noviembre 2012, y los derechos de soberanía y jurisdicción de Nicaragua en dichos espacios;

— Faltó a la obligación de no violar los derechos de Nicaragua en virtud del derecho internacional consuetudinario como se refleja en las partes V y VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar;

— Por lo tanto, está obligado a cumplir con la sentencia de 19 de noviembre de 2012, para borrar las consecuencias jurídicas y materiales de sus acciones a nivel internacional reparación legal y completa por el daño causado por este tipo de actos.

[...]

24. Nicaragua se reserva el derecho de completar o modificar esta consulta.⁴⁴

Por lo que respecta a la delimitación marítima territorial más allá de las doscientas millas náuticas, la Corte no se pronunció al respecto, por lo cual aún queda sin definir. Por ello, Nicaragua interpuso ante la Corte una nueva demanda en contra de Colombia, con la finalidad de solicitar la delimitación definitiva de la plataforma continental entre ambas partes en el área más allá de doscientas millas náuticas de la Costa de Nicaragua, es decir, más allá de los límites determinados por la Corte en el fallo del 19 de noviembre de 2012.⁴⁵

⁴³ CIJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 26 de noviembre de 2013, para. 2, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/155>.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 22.

⁴⁵ CIJ, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 16 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/154>.

VI. CONCLUSIONES

La Corte Internacional de Justicia pretendió dar una solución a la disputa territorial marítima en el Caribe occidental entre Nicaragua y Colombia, que lleva más de doscientos años; sin embargo, ésta no ha finalizado por completo.

La Corte se basó en la aplicación de la costumbre internacional a la controversia sometida, debido a que Colombia no es Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que, de conformidad con el artículo 38.1 b), es una prueba de una práctica generalmente aceptada por el derecho, que además, en lo relativo a mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental y régimen internacional de las islas, está contenida en diversas disposiciones de la citada Convención.

Después del análisis llevado a cabo por la Corte a los argumentos tanto de Nicaragua como de Colombia, determinó el método para trazar la frontera marítima entre ambos países como lo hizo, entre otros, en los casos *Plataforma Continental* y *Delimitación Marítima en el Mar Negro*, que en el caso que se presenta se valió de tres etapas: i) equidistancia, ii) circunstancias especiales, y iii) principios equitativos.

Con relación a la soberanía de accidentes marítimos y delimitación de la frontera marítima, se entiende que la Corte pretendió llevar a cabo una decisión equitativa o, como algunos lo han llamado, “decisión salomónica”, que no dejó satisfechas a las partes.

Como consecuencia de la decisión de la Corte, Colombia denunció el Pacto de Bogotá, con la finalidad de no someter de manera obligatoria sus controversias a la jurisdicción de dicho tribunal, así como para justificar el incumplimiento a la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2012. Por su parte, Nicaragua en 2013 presentó dos nuevas solicitudes de inicio de procedimiento ante la Corte, la primera con relación a la delimitación de la plataforma continental más allá de las doscientas millas náuticas, contadas a partir de sus costas, y la segunda, por diversas violaciones a su soberanía en el mar Caribe derivado de la sentencia dictada por la Corte.

En conclusión, el fallo de la Corte, al pretender ser equitativo, dejó insatisfechas a las partes y a los estudiosos del derecho internacional, con algunas dudas sobre el método de la delimitación, específicamente con relación al ajuste final de la línea media provisional según las circunstancias geográficas, así como la determinación de los derechos marítimos de las islas pequeñas.

No obstante lo anterior, e independientemente de los razonamientos y metodologías de la Corte para llegar a los resultados de una disputa interpuesta por dos o más Estados sometidos a su jurisdicción, se debe reflexionar en el compromiso de los Estados para cumplir con las resoluciones dictadas por dicho tribunal. El presente caso es una evidencia más de incumplimiento por parte de los Estados a las resoluciones de la Corte.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BROWNLIE, Ian y CROWFORD, James, *Brownlie's Principles of International Public Law*, 7a. ed., Oxford University Press, 2008.
- COTTIER, Thomas, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation. The Quest for Distributive Justice in International Law*, University of Cambridge, 2015.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Método de delimitación en el derecho del mar y el problema de las «islas»”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 93, nueva serie, año XXXI, septiembre-diciembre de 1998.
- GROSSMAN, Nienke, “Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)”, *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 2, abril de 2013.
- KARAMAN, V. Igor, *Dispute Resolutions in the Law of the Sea. Publications on Ocena Development*, Atenas, Martinus Nijhoff Publihers, 2011.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Colombia, Universidad del Rosario, 2007.

EL DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA: LAS OPINIONES DISIDENTES Y SU CONTRIBUCIÓN A LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Andrés SARMIENTO LAMUS
Rodrigo GONZÁLEZ QUINTERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La función judicial de la Corte Internacional de Justicia*. III. *El rol y función de las opiniones disidentes*. IV. *La decisión sobre excepciones preliminares de la Corte Internacional de Justicia*. V. *La contribución de las opiniones disidentes a la función judicial de la Corte Internacional de Justicia*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 6 de diciembre de 2001, la República de Nicaragua presentó ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante “la Corte”) una demanda en contra de la República de Colombia, solicitando a la Corte declarar: i) su soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sus correspondientes islas y cayos, al igual que su soberanía sobre los cayos de Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño (en tanto éstos sean susceptibles de apropiación); ii) que el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 no es válido y, en caso de serlo, su violación por parte de Colombia da el derecho a Nicaragua para solicitar su terminación; iii) que el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 no estableció una delimitación de las áreas marítimas a lo largo del meridiano 82°, y iv) cuál es el curso de la frontera marítima única entre las áreas de plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes respectivamente a Nicaragua y Colombia, de conformidad con el marco legal aplicable.¹

¹ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Memoria del Gobierno de Nicaragua, pp. 265-267.

Frente a esta demanda, la República de Colombia presentó el 21 de julio de 2003, excepciones preliminares, con el fin de que la Corte no conociera del fondo del asunto. En términos generales, estas excepciones argumentaban que ni el artículo XXXI del Pacto de Bogotá ni las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa realizadas por Nicaragua y Colombia de conformidad con el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, conferían jurisdicción a la Corte para conocer del fondo del asunto; en consecuencia, la demanda presentada por la República de Nicaragua debía ser rechazada.²

La Corte profirió su sentencia sobre las excepciones preliminares el 13 de diciembre de 2007. En ella, decidió acoger las excepciones preliminares presentadas por Colombia, en relación con su jurisdicción para pronunciarse sobre la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. A su vez, las excepciones referidas a la soberanía respecto de las demás islas y la delimitación marítima fueron rechazadas. En ese orden de ideas, la Corte procedería a analizar en el fondo del asunto estos dos últimos aspectos.

Adicionalmente, la Corte también abordó en su sentencia la cuestión respecto de la invalidez y terminación del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Estas dos cuestiones constituían una de las pretensiones presentadas por Nicaragua en su demanda. En términos generales, la Corte llegó a la conclusión de que el tratado es válido y se encuentra en vigor.

A pesar de que la mayoría de los puntos resolutivos de la decisión fueron adoptados de manera unánime, otros lo fueron por mayoría. Así, algunos miembros de la Corte votaron en contra de algunos puntos resolutivos de la decisión. Notablemente, la decisión por parte de la Corte respecto de no pronunciarse sobre la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (en virtud tanto del Pacto de Bogotá como de las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa), fue rechazada por algunos jueces. En consecuencia, quienes votaron en contra de esta decisión adjuntaron opiniones individuales a la decisión de la Corte.

Estas opiniones individuales (en especial los salvamentos de voto) son un aspecto que comúnmente no es tomado en cuenta, además de ser criticado, a pesar de su prevalencia en la práctica judicial.³ Ellas constituyen un

² (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares del Gobierno de Colombia, p. 145.

³ Lynch, Andrew, “Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia”, *Melbourne University Law Review*, vol. 27, 2003, p. 724; Mistri, Hemi, “The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015, p. 451.

aspecto importante, cuya contribución en la función judicial de la Corte es esencial, en vista de la responsabilidad colegiada que existe en la redacción de sus sentencias.⁴ Así, es a través de ellas como puede realmente analizarse y entenderse una decisión de la Corte. No pueden por tanto ser consideradas como documentos desprovistos de valor alguno.

En este contexto, la presente contribución tiene por objeto realizar un análisis de la sentencia sobre excepciones preliminares de la Corte, a la luz de las opiniones individuales a ella adjuntadas, especialmente sus opiniones disidentes. Partiendo de la función judicial de la Corte y la controversia a ella sometida, se abordará la contribución de este tipo de opiniones individuales a la función judicial de la Corte. En otras palabras, se pretende mostrar la importancia de las opiniones individuales en el *Diferendo Territorial y Marítimo* entre la República de Nicaragua y la República de Colombia.

Para cumplir con tal propósito, la presente contribución se divide en cinco secciones. La primera sección hace referencia a la función judicial de la Corte Internacional de Justicia. Seguidamente, la segunda sección tratará el rol y función de las opiniones individuales a la luz de la función judicial de la Corte. Por su parte, una presentación de la decisión sobre excepciones preliminares en el *Diferendo Territorial y Marítimo* se realizará en la tercera sección. En la cuarta sección se abordará la contribución a la función judicial de la Corte, de las opiniones disidentes adjuntadas a la mencionada decisión. Finalmente, se hace en la quinta sección una conclusión del tema objeto de esta contribución.

II. LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Corte, al igual que su predecesora (la Corte Permanente de Justicia Internacional), fue creada en el contexto de la solución pacífica de controversias. En otras palabras, junto con el arbitraje, la vía judicial se concibió como sustituta de la guerra como mecanismo para la solución de controversias.⁵ Así, se esperaba que la Corte contribuyera en evitar que la guerra fuera usada para la solución de controversias de orden internacional.⁶ En pocas palabras,

⁴ Higgins, Rosalyn, *Themes and Theories: Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008, p. 1039.

⁵ Shany, Yuval, “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 80.

⁶ Gross, Leo, “The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its role in the International Legal Order”, en Gross, Leo (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Nueva York, Oceana Publications, 1976, pp. 24 y 25.

la solución pacífica de controversias constituye la función arquetípica de la Corte.⁷ En tal sentido, el artículo 38 del Estatuto de la Corte señala que su función es decidir, conforme al derecho internacional, las controversias que le sean sometidas.

En efecto, se considera que la Corte ha sido efectiva en su función judicial de solución de controversias.⁸ Sin embargo, esto no significa que la función judicial de la Corte se circunscriba a la solución de controversias.⁹ Más funciones le pueden ser atribuidas, aunque éstas derivan de aquella que constituye su *raison d'être*, a saber: la solución de controversias.¹⁰ Consecuentemente, sin la existencia de una controversia que le sea sometida, la Corte no puede ejercer alguna otra función. Tal como la Corte misma lo anotó en su decisión de los *Ensayos Nucleares*, ella, “como órgano judicial, está llamada a solucionar controversias entre Estados. La existencia de una controversia es entonces la condición primaria para el ejercicio de su función judicial”.¹¹

De hecho, con los años, la Corte no ha jugado un papel visible en la prevención de la guerra y en la restauración y el mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales.¹² La naturaleza de las controversias que le son sometidas, además del alcance de su jurisdicción *ratione materiae* y del hecho que

⁷ Alter, Karen, “The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review”, *Northwestern University School of Law Working Papers*, Working Paper, núm. 12-002, 2012, p. 9.

⁸ CIJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, medidas cautelares, solicitud, 28 de abril de 2011, p. 537; Tanaka, Yoshifumi, “A New Phase of the Temple of Preah Vihear Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, 2012, pp. 207-212.

⁹ Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, “On the Function of International Courts: An Appraisal in the Light of their Burgeoning Authority”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 49 y 50.

¹⁰ Murphy, Sean D., “International Judicial Bodies for Resolving Disputes between States”, en Romano, Cesare *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 196. Por ejemplo, Richard Bilder señala que una decisión no sólo soluciona la controversia entre las partes, sino también puede ofrecer una guía a la partes en la controversia y a otros Estados respecto de cómo deben conducirse en sus relaciones. *Cfr.* Bilder, Richard I., “International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication”, en Damrosch, L. Fiesler (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Nueva York, Transnational Publishers, 1987, p. 166.

¹¹ CIJ, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Jurisdicción y/o admisibilidad, fallo, 20 de diciembre de 1974, pp. 270 y 271, para. 55; CIJ, *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)*, Jurisdicción y/o admisibilidad, fallo, 20 de diciembre de 1974, p. 476, para. 58.

¹² Shany, Yuval, *Assessing the Effectiveness of International Courts and Tribunals*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 166.

desde el punto de vista teórico la guerra no sea un recurso permitido para la solución de controversias,¹³ han hecho que no se considere la prevención de la guerra sea considerada como la única función judicial de la Corte.

En vista de lo anterior, se ha argumentado que una referencia a la Corte como un órgano judicial de carácter contencioso da una idea incompleta de su función judicial.¹⁴ Así, una función adicional de la Corte ha empezado a atraer mayor atención, a saber: el desarrollo del derecho internacional.¹⁵ En efecto, algunos autores sostienen que ésta debe ser considerada la función principal de la Corte, teniendo en cuenta su falta de efectividad en la solución de controversias. Como lo explica Robert Jennings,

...la tarea primordial de una corte de justicia no es el desarrollo del derecho, sino resolver, conforme al derecho, la controversia en particular respecto de las partes que la han sometido. Esto no quiere decir que el desarrollo no sea con frecuencia una parte secundaria en la tarea del juez... lo que esto quiere decir es que cualquier desarrollo debe ser integral e incidental a la disposición según el derecho de las cuestiones sometidas ante la corte. La fuerza e importancia de la jurisprudencia reside precisamente en que surja de situaciones reales, en lugar de ser concebida *a priori*.¹⁶

El desarrollo del derecho es, por tanto, una cuestión que resulta como consecuencia de la función de solución pacífica de controversias.¹⁷ Más aún,

¹³ Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 718.

¹⁴ Pellet, Alain, "Article 38", en Zimmermann, Andreas *et al* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012, p. 748; Wittich, Stephan, "The Judicial Functions of the International Court of Justice", en Buffard, Isabelle *et al* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2008, p. 988.

¹⁵ Singh, Nagendra, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Países Bajos, Springer, 1989, p. 137; Thirlway, Hugh, "The Role of the International Court of Justice in the Development of International Law", *Proceedings of the African Society of International and Comparative Law*, vol. 7, 1995, p. 103; Álvarez, José, "What Are International Judges For? The Main Functions of International Adjudication", en Romano, Cesare *et al* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 170; Tams, Christian J., "Law-making in Complex Processes: The World Court and the Modern Law of State Responsibility", en Chinkin, Christine *et al* (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015, p. 304.

¹⁶ Jennings, Robert Yewdall, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997, p. 41.

¹⁷ En la declaración realizada por el presidente del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, a la plenaria de la Asamblea General en su sexagésimo-novena sesión, éste

el hecho de que su legitimidad nunca haya sido cuestionada demuestra implícitamente que es parte inevitable de su función judicial.¹⁸

La Corte misma ha reconocido que el desarrollo del derecho internacional es parte de su función judicial.¹⁹ Sin embargo, esto no significa que ella pueda proferir una decisión *sub specie lege ferendae*, o anticipar el derecho antes que el legislador lo establezca.²⁰ En otras palabras, la Corte no posee (formalmente) una función legislativa.²¹ En una de sus recientes opiniones consultivas ha reafirmado esta posición. Así, como señaló en la *Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares*,

Resulta claro que la Corte no puede legislar y, en las circunstancias del presente asunto, no está llamada a hacerlo. Por el contrario, su tarea es realizar su función judicial común de determinar la existencia o no de principios legales o normas aplicables a la amenaza o uso de armas nucleares. El argumento según

enfaticó que “es la función del Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa contribuir al desarrollo del derecho internacional, en particular, el derecho del mar”. El antiguo presidente de la Corte, Winiarski, también se refirió a este aspecto al señalar que “[l]a función de la Corte es la de indicar el estado actual del derecho internacional; ella contribuye en su desarrollo, como órgano judicial, cuando por ejemplo analiza una regla contenida implícitamente en otra, o cuando debiendo aplicar una regla a un caso concreto, el cual está individualizado y contiene características propias, da precisión respecto del alcance o significado de esa regla... también se ha dicho de manera acertada que algunos problemas en el derecho internacional no puede ser estudiados sin una referencia a las decisiones [de la Corte]”. *Cfr.* International Court of Justice, “Address by the President”, *International Court of Justice Yearbook*, vol. 16, 1961-1962, p. 2.

¹⁸ Helfer, Lawrence y Alter, Karen, “Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts”, *Theoretical Enquiries in Law*, vol. 14, 2013, p. 484.

¹⁹ Shaw, Malcom, “A Practical Look at the International Court of Justice”, en Evans, Malcom (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Reino Unido, Hart Publishing, 1998, pp. 27 y 28.

²⁰ CIJ, *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, fondo, fallo, 25 de julio de 1974, p. 175, para. 45. Sin embargo, también se ha argumentado que este *dictum* no significa que la Corte nunca puede hacerlo. Es necesario leer la decisión con detenimiento y tener en cuenta que unas líneas atrás la Corte hace uso de las palabras “en las circunstancias”. Esto indica que en la cuestión específica de los límites de pesca y la conservación de pesca, la Corte no podía hacerlo en tanto estos aspectos estaban siendo negociados en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar. *Cfr.* Berman, Franklin, “The International Court of Justice as an «Agent» of Legal Development”, en Tams, Christian y Sloan, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Reino Unido, Oxford University Press, 2013, p. 11.

²¹ CIJ, *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, segunda fase, fallo, 18 de julio de 1966, p. 48; CIJ, “Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)”, fondo, fallo, 19 de diciembre de 2005, p. 190, para. 26; Petersen, Niels, “Lawmaking by the International Court of Justice — Factors of Success”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011, p. 1296.

el cual dar una respuesta a la pregunta planteada requeriría de la Corte legislar, está basada en una suposición que el *corpus juris* carece de normas relevantes al respecto. La Corte no puede aceptar este argumento; ella indica cuál es el derecho existente y no legisla. Esto es así aun cuando, si para establecer y aplicar el derecho, la Corte debe necesariamente especificar su alcance y en ocasiones indicar su tendencia general.²²

El desarrollo del derecho internacional, por lo tanto, ocurre en el contexto de la aplicación del derecho internacional para la solución de una controversia que le haya sido sometida.²³ El desarrollo se refiere, entonces, como lo señaló el Comité Consultivo de Juristas (encargado de redactar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional), al efecto que tienen las decisiones judiciales de moldear y modificar gradualmente el derecho internacional.²⁴ Esto ocurre porque las decisiones judiciales han obtenido un mayor valor que el asignado por el Estatuto de la Corte.²⁵ Por consiguiente, al momento de solucionar una controversia que le ha sido sometida, la Corte debe por lo general aclarar ambigüedades respecto de la existencia o alcance de una norma (*e. g.* como norma consuetudinaria), al igual que interpretar alguna disposición de un tratado multilateral.²⁶ Al hacerlo, la Corte está (potencialmente) ejerciendo su función de desarrollo del derecho internacional. Esto puede traducirse en un ejercicio efectivo de esta función, cuando la aclaración de estas ambigüedades o la interpretación se encuentra con las expectativas normativas de otros actores en

²² CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996, p. 237, para. 18.

²³ Quintana, Juan José, “The International Court of Justice and the Formulation of General International Law: The Law of Maritime Delimitation as an Example”, en Muller, A. Sam *et al* (eds.) *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1997, p. 367.

²⁴ Permanent Court of International Justice: Advisory Committee of Jurists, *Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, Series D, 1921, p. 38; Scovazzi, Tullio, “Where the Judge approaches the Legislator: Some Cases relating to the Law of the Sea”, en Bischiero, Nerina *et al.* (eds.) *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tulio Treves*, Países Bajos, Springer, 2013, p. 299.

²⁵ Meron, Theodor, “Judge Thomas Buergenthal and the Development of International Law by International Courts”, en Meron, Theodor (ed.), *The Making of International Criminal Justice: The View from the Bench: Selected Speeches*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011, p. 242.

²⁶ Oellers-Frahm, Karin, “Lawmaking through advisory opinions?”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011, p. 1046.

derecho internacional.²⁷ En palabras de un antiguo presidente de la Corte, "...la responsabilidad de la Corte reside en interpretar las normas y aplicarlas a los hechos del caso a ella sometidos, y señalar cualquier cuestión ambigua en una norma que requiera de la atención del legislador y la comunidad a la que sirve".²⁸

En este sentido, un claro ejemplo²⁹ de desarrollo del derecho internacional puede apreciarse en la opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.³⁰ En esta opinión, la Corte no pretendía legislar respecto al tema de las reservas a tratados multilaterales. Simplemente pretendía responder a las preguntas planteadas por la Asamblea General en su solicitud de opinión consultiva. Su respuesta constituyó un desarrollo del derecho internacional, por cuenta de que su posición fuera considerada como la más acertada para efectos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En pocas palabras, la opinión

²⁷ Si las expectativas normativas de los actores de derecho internacional no se satisfacen, es prácticamente imposible que la interpretación realizada por la Corte constituya desarrollo del derecho internacional. Como ya se ha señalado, "lo que otros actores consideren que es normativo es más importante que lo que la CIJ o cualquier otra corte pueda decir". Cfr. Zarbiyev, Fuad, "Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012, p. 271; véase Bilder, Richard, B., "International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication", *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, 1987, p. 150; Von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo, "On the Function of International Courts...", *cit.*, pp. 55 y 56, Berman, Franklin, "The International Court of Justice...", *cit.*, p. 8; Von Bogdandy, Armin y Jacob, Marc, "The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma's Declaration in the *Kosovo* Opinion", en Fastenrath, Ulrich *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011, p. 822.

²⁸ Singh, Nagendra, *The Role and Record of the International...*, *cit.*, p. 137. No obstante, debe señalarse que, como lo indicó la profesora Laurence Boisson de Chazournes, "sin embargo existe una dificultad considerable en la práctica, en confinar el rol y función del juez a la mera «articulación» del derecho, desconociendo el desarrollo progresivo del derecho. Si la interpretación es un rol y función legítima, la frontera que distingue la articulación de reglas existentes y el desarrollo progresivo, es por lo general poco clara si el juez adopta una aproximación teleológica... el rol del juez en el orden internacional es especial: el juez, tal vez más que si contraparte a nivel municipal, está llamado, al momento de solucionar una controversia, a articular o codificar el derecho y, al hacerlo dar precisión al modelo [de las normas] dado por los Estados". Cfr. Boisson de Chazournes, Laurence y Heathcoat, Sarah, "The Role of the International Adjudicator", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 95, 2001, p. 130.

²⁹ Para más ejemplos véase Lachs, Manfred, "Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the development of International Law", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 10, 1983, p. 239.

³⁰ CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, 28 de mayo de 1951.

de la Corte se encontró con las expectativas normativas de algunos actores en derecho internacional y, por tanto, se constituyó en la ley aplicable en el tema de reservas.

III. EL ROL Y FUNCIÓN DE LAS OPINIONES DISIDENTES

Son diversas las perspectivas a partir de las cuales es posible determinar el rol y función de las opiniones disidentes.³¹ Ninguna de ellas resulta excluyente de la otra. Todas contribuyen en proveer el marco más amplio posible del rol y función de estas opiniones. De estas perspectivas, una de las principales es aquella que lleva a cabo esa determinación a partir de la función propia del juez, teniendo en cuenta que la opinión disidente (o cualquier otro tipo de opinión) constituye una expresión de su función.

Ahora bien, la determinación de cuál es la función del juez (y en consecuencia el rol y función de sus opiniones disidentes), requiere a su vez tener en consideración dos aspectos. Éstos han sido resumidos de la siguiente manera:

Primeramente, [que] una opinión disidente no es la producción individual de un juez sino que debe ser vista como el resultado de un dialogo que involucra a sus colegas —o incluso como el resultado de una ruptura en el discurso armónico— ... El segundo aspecto relacional [se refiere a] una conexión linear [vertical] entre un juez y “la Corte” como institución.³²

El primer aspecto se refiere a la responsabilidad colegiada, que existe por parte de los jueces, en la redacción de las decisiones de la Corte. Por su parte, el segundo aspecto tiene que ver con el papel que desarrolla el juez al interior de la Corte.

En relación con la existencia de una responsabilidad colegiada, basta con hacer referencia al sistema de deliberación en la Corte para entender

³¹ Así, un análisis de las razones aducidas para que las opiniones individuales fueran permitidas en la Corte Permanente de Justicia Internacional permitiría (desde una perspectiva histórica) determinar el rol y función previstos para ellas. Resultaría igualmente válido un análisis a partir de los patrones más recurrentes en la práctica judicial. Así, se podría considerar entonces cuáles son el rol y función más recurrentes a partir de la práctica de los jueces al adjuntar sus opiniones (perspectiva empírica). Finalmente, también resultaría posible un análisis a partir de cuáles deberían ser ese rol y función, a la luz de un análisis teórico (perspectiva teórica).

³² Lynch, Andrew, “Dissent: Towards a Methodology for Measuring Judicial Disagreement in the High Court of Australia”, *Sydney Law Review*, vol. 24, 2002, pp. 740 y 741.

este punto. Este sistema busca asegurar que las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo tengan una participación activa en la redacción de la decisión.³³ Así, una vez que el comité de redacción presenta a los demás jueces un primer proyecto de la decisión para ser discutido en su primera lectura, quienes que no estén de acuerdo con este proyecto y pretendan adjuntar una opinión disidente deben comunicarlo y hacer el texto de su opinión disponible en un tiempo establecido.³⁴ Es con base en la discusión durante la primera lectura y en el contenido de las opiniones disidentes (y separadas) que el comité de redacción trabaja en un segundo proyecto de la decisión. En él, es posible que el comité desee tomar en consideración uno o varios puntos señalados en las opiniones,³⁵ bien sea porque busca responder algunos de los aspectos señalados en estas opiniones,³⁶ o porque pretende incluir esos puntos en la decisión de la mayoría con el fin de tratar de obtener el mayor número (la totalidad de ser posible) de jueces en favor de la decisión.³⁷ Finalmente, se realiza una segunda lectura, y los jueces dan su voto respecto de cada uno de los párrafos operativos del *dispositif*.

En cuanto a la relación entre el juez y la Corte, la función de éste se traduce en asegurarse de que la Corte cumpla de manera efectiva con la realización de su función judicial. En otras palabras, el trabajo del juez se orienta a las cuestiones a resolver para cada caso en concreto, a la luz de lo que se espera de la Corte en virtud de su función judicial.

Tomando estos dos aspectos en cuenta, se puede concluir que la opinión disidente (o cualquier otro tipo de opinión individual) resulta ser una consecuencia de la decisión de la Corte, y que el rol y función de la misma no es distinto de aquel de la Corte. En ese sentido, un desacuerdo expresado por

³³ Keith, Kenneth, "Resolving International Disputes: The Role of Courts", *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 7, 2009, p. 264.

³⁴ Resolución relativa a la Práctica Interna Judicial de la Corte, artículo 7.

³⁵ Jennings, Robert Yewdall, "The Role of the International...", *op. cit.*, p. 29.

³⁶ Thirlway, Hugh, "The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations", *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, 2006, p. 19.

³⁷ No obstante, se ha señalado que en ocasiones es difícil conseguir que un juez disidente cambie su postura. La redacción temprana (en el proceso de deliberación) de notas escritas tiende a que la postura de los jueces se cristalice y, por tanto, anule cualquier posibilidad de hacer que el (hasta el momento) juez disidente cambie su voto. *Cfr.* Lachs, Manfred, "The Revised Procedure of the International Court of Justice", en Kalshoven, Frits (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order: In memory of Haro F. Van Panhuys*, Países Bajos, Springer, 1980, p. 47. En otras palabras, los jueces suelen considerar que sus notas escritas reflejan su punto de vista definitivo y, por tanto, se aferran a ellas durante las deliberaciones. *Cfr.* Guillaume, Gilbert, "Cultures Juridique et Delibere Judiciaire", *International Law and Diversity of Legal Cultures*, Francia, 2008, p. 401.

algún juez en su opinión disidente resultaría estar *prima facie* relacionado con la función judicial de la Corte. Por consiguiente, y sin perjuicio de que el marco del rol y función de las opiniones disidentes pueda ampliarse a la luz de otras perspectivas, puede decirse que parte del mismo lo constituyen la solución pacífica de controversias y el desarrollo del derecho internacional.

Respecto de la solución pacífica de controversias, este rol y función en las opiniones disidentes se refiere a situaciones en las que un juez considera que la decisión de la Corte no soluciona realmente la controversia sometida por las partes. Esto puede ocurrir por varias circunstancias. Primero, la Corte es libre de realizar su propia evaluación del objeto-materia de la controversia,³⁸ con el fin de aislar el verdadero problema entre las partes e identificar el objeto de la pretensión.³⁹ Un ejemplo de esta situación puede encontrarse en la reciente decisión de la Corte en el asunto relativo a *Cuestiones relativas a la Obligación de Juzgar o Extraditar*.⁴⁰ Segundo, la Corte no está obligada a analizar todos los argumentos que las partes en la controversia le presentan para sustentar sus pretensiones. En otras palabras, la Corte está en libertad de seleccionar los argumentos que considere necesarios abordar para la solución de la controversia.⁴¹ En consecuencia, considerando que su función judicial es la solución de controversias, la Corte tiene "...la libertad para seleccionar el fundamento [o razón] en que basará su decisión y no está bajo obligación alguna de examinar todas las consideraciones presentadas por las partes si otras consideraciones le resultan suficientes para tal efecto".⁴²

En cualquiera de las dos situaciones descritas, bien puede ocurrir que un juez considere que la identificación del objeto-materia realizada por la mayoría tenga como consecuencia que no se aborden algunos argumentos, llevando entonces a que la controversia sometida por las partes no sea solucionada de manera efectiva o en su totalidad. Adicionalmente, también puede ocurrir que el juez disienta de la mayoría porque no está de acuerdo en la manera como la Corte ha abordado o respondido a uno de los argumentos de las partes.

³⁸ Quintana, Juan José, *Litigation at the International Court of Justice*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2015, p. 264.

³⁹ *Nuclear Tests Case*, cit., p. 466, para. 30.

⁴⁰ CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fondo, fallo, 20 de julio de 2012, pp. 441-445, para. 44-55.

⁴¹ Kolb, Robert, *The International Court of Justice*, Reino Unido, Hart Publishing, 2014, p. 305.

⁴² CIJ, *Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, fallo, 28 de noviembre de 1958, p. 62.

Al hacer referencia en su opinión (como base de la razón de su disidencia) a alguna de las situaciones antes descritas, se puede considerar que el rol y función de la opinión es la solución de controversias, en tanto llama la atención de su falta de solución por parte de la Corte. Asimismo, para considerar que una opinión disidente ejerce este rol y función, no es necesario que (además de alertar sobre la falta de solución de la controversia por parte de la Corte) el juez deba indicar en su opinión cuál es entonces el objeto-materia de la controversia, aborde los argumentos no analizados por la Corte, o exponga su posición sobre cómo un aspecto debió ser abordado. Este aspecto hace referencia a la existencia *vel non* de límites para las opiniones disidentes. No existe una regla al respecto en el Estatuto y en el Reglamento de la Corte.⁴³ Los límites dependen de la postura de cada juez.⁴⁴ Así, el abordar cómo la controversia debe ser solucionada es un aspecto accesorio en el ejercicio de este rol y función.

En cuanto al desarrollo del derecho internacional, así como las decisiones de la Corte pueden gradualmente moldear y modificar el derecho internacional, las opiniones disidentes también pueden hacerlo. En este sentido, es necesario recordar que una decisión contribuye al desarrollo del derecho internacional cuando ella se encuentra con las expectativas normativas de otros actores en derecho internacional. Por lo tanto, la intención de la Corte de contribuir al desarrollo es irrelevante. Una situación análoga ocurre en el caso de las opiniones disidentes. El desarrollo del derecho internacional no es más que una consecuencia del hecho de que el juez ha decidido expresar las razones de su disenso. Cuando estas razones contenidas en su opinión disidente se encuentran con las expectativas normativas de otros actores de derecho internacional,⁴⁵ es posible hablar de una contribución al desarrollo del derecho internacional.⁴⁶ En pocas palabras, el desarrollo del derecho in-

⁴³ El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí establece límites a las opiniones individuales. Así, el artículo 65 establece que una opinión sólo puede referirse a lo tratado en la decisión.

⁴⁴ Al respecto, puede hacerse referencia a la declaración del presidente de la Corte, sir Percy Spender, y la opinión disidente del juez Tanaka en el asunto del *África Sudoccidental*. Cada uno de estos jueces expresó una opinión distinta respecto de los límites de una opinión individual. Mientras para sir Percy Spender ésta debe limitarse a los puntos abordados por la mayoría en la decisión, el juez Tanaka considera que tal límite no debe ser impuesto a una opinión individual. El juez está en libertad para determinar el contenido (y límites) de su opinión. *Cfr.* *South-West Africa cases*, *op. cit.*, Declaración del juez presidente sir Percy Spender/Opinión disidente del juez Tanaka.

⁴⁵ Zarbiyev, Fuad, "Judicial Activism in International Law...", *cit.*, p. 277.

⁴⁶ Esto explica por qué algunos jueces, como Cançado Trindade, han señalado en sus opiniones disidentes que simplemente esperan que las opiniones allí expresadas puedan con-

ternacional mediante una opinión disidente únicamente ocurre bajo ciertas circunstancias.⁴⁷

Así, son dos las formas en que una opinión disidente contribuye al desarrollo del derecho internacional. Por una parte, cuando ella resulta en la modificación del derecho internacional, *i. e.* en el cambio de una norma o su interpretación. En este sentido, la opinión disidente puede conllevar un cambio en la posición de la mayoría en un caso subsiguiente (constituyéndose entonces en la nueva posición de la mayoría).⁴⁸ La opinión disidente también puede significar un cambio en la actitud, por parte de los Estados, respecto de la aplicación de ciertas disposiciones de un tratado. Igualmente, la opinión disidente también puede llevar a una derogatoria de una norma por otra nueva. Por otra parte, la opinión disidente también contribuye a moldear el derecho internacional, *i. e.* contribuyendo efectivamente al entendimiento de una situación o aspecto que no se encuentra regulado por el derecho internacional.

IV. LA DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Como se señaló en la introducción a esta contribución respecto de la demanda presentada por Nicaragua, Colombia presentó dos excepciones preliminares.

En la primera de estas excepciones argumentó que las pretensiones de Nicaragua eran asuntos ya resueltos por acuerdo entre las partes, a saber: mediante el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Esto, en tanto en el artículo 1 del tratado Nicaragua reconoció la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sobre las demás islas, islotes y

tribuir al desarrollo del derecho. Cfr. CIJ, *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, excepciones preliminares, fallo, opinion disidente del juez Cançado Trindade, 1 de abril de 2011, p. 240, para. 2; CIJ, “Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)”, fallo, opinion disidente del juez Cançado Trindade, 3 de febrero de 2012, p. 182, para. 2.

⁴⁷ Von Bogdandy, Armin y Jacob, Marc, “The Judge as Law-Maker...”, *cit.*, p. 822.

⁴⁸ Este es un aspecto importante, teniendo en consideración que las decisiones judiciales constituyen el depósito de donde los tratados, la costumbre y los principios generales pueden ser extraídos. Cfr. Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court of Justice: 1920-2005*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2006, t. III, p. 1551. Las decisiones judiciales tienen, por tanto, un efecto importante más allá de las partes de la controversia. Cfr. Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Reino Unido, Clarendon Press, 1995, p. 202.

cayos que forman parte del archipiélago de San Andrés.⁴⁹ Adicionalmente, en el acta de canje de ratificaciones (conocida como el Protocolo de 1930) la inclusión del meridiano 82° se hizo con el fin de establecer un límite marítimo.⁵⁰ Por consiguiente, el artículo XXXI del Pacto de Bogotá no podría constituir una base para la jurisdicción de la Corte, en tanto el artículo VI del mismo instrumento establece que los procedimientos establecidos por el tratado para la solución de controversias no podrán aplicarse a asuntos ya resueltos por arreglo de las partes.

En cuanto a su segunda excepción preliminar, Colombia argumentó que al haber sido totalmente resuelta la controversia entre las partes por el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, no existe actualmente una controversia que diera jurisdicción a la Corte en virtud de las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa, realizadas por ambas partes de conformidad con el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte.⁵¹ Adicionalmente, en el caso de considerarse que existe una controversia, ésta no puede ser conocida por la Corte en tanto Colombia indicó en su declaración de aceptación de la competencia contenciosa que ella no aplicaba a situaciones ocurridas antes del 6 de febrero de 1932 (siendo este el caso).⁵² Más aún, Colombia notificó el 5 de diciembre de 2001 al secretario general de Naciones Unidas sobre la terminación de su declaración de aceptación de la competencia contenciosa, con lo cual la declaración no se encontraba en vigor cuando Nicaragua presentó su demanda.⁵³

Por su parte, Nicaragua respondió a estas excepciones señalando que el asunto respecto de si el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 ha resuelto *vel non* la controversia entre las partes no podía ser analizado por la Corte en esta etapa del procedimiento. Esto, en tanto el asunto está relacionado con la pretensión de Nicaragua referida a la invalidez y terminación de dicho tratado. Así, una determinación respecto de la existencia de un acuerdo entre las partes requiere inexorablemente referirse como primera medida a aspectos que forman parte del fondo del asunto.⁵⁴ Adicionalmente, desde el punto de vista histórico, el archipiélago de San Andrés está compuesto únicamente por aquellas formaciones insulares a una distancia de diez mi-

⁴⁹ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares del gobierno de Colombia, *cit.*, p. 84, para. 2.24.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 88-104, para. 2.36-2.62.

⁵¹ *Ibidem*, p. 113, para. 3.10-3.11.

⁵² *Ibidem*, pp. 121-136, para. 3.30-3.49.

⁵³ *Ibidem*, pp. 113-120, para. 3.12-3.29.

⁵⁴ (*Nicaragua v. Colombia*), declaración escrita de Nicaragua, 26 de enero de 2004, p. 11, para. 1.1.

llas de proximidad de las islas de San Andrés.⁵⁵ Esto excluye a Roncador, Quitasueño y Serrana. Así, no es cierto que la cuestión de soberanía haya sido resuelta por arreglo entre las partes; un arreglo que además Nicaragua considera inválido.

Antes de proceder al análisis de ambas excepciones preliminares, la Corte abordó dos aspectos, a saber: el objeto-materia de la controversia y el carácter exclusivamente preliminar de la primera excepción preliminar a su jurisdicción. En cuanto al primero, la Corte consideró que a pesar de la pretensión de Nicaragua respecto de la invalidez y terminación del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, el objeto-materia estaba referido exclusivamente a la soberanía respecto del territorio y a la posterior determinación de una frontera marítima entre las partes.⁵⁶ Respecto del carácter exclusivamente preliminar de la primera excepción preliminar, la Corte señaló que ésta no tocaba ningún aspecto del fondo del asunto (*i. e.* no tocaba un tema de soberanía respecto del territorio o de la determinación de la frontera marítima). En consecuencia, y en interés a una buena administración de justicia, la Corte debería analizar esa excepción en su totalidad.⁵⁷ Esto, obviamente incluiría la cuestión de la invalidez y terminación del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, por no hacer parte del objeto-materia de la controversia sometida a la Corte.

Al abordar su primera excepción preliminar, la Corte tuvo en cuenta que durante la conclusión del Pacto de Bogotá, Nicaragua no había hecho manifestación alguna alegando la invalidez del Tratado Esguerra-Bárceñas, tal como sí lo hizo con algunos laudos arbitrales.⁵⁸ Asimismo, tampoco alegó la invalidez del tratado tan pronto como la ocupación por parte de Estados Unidos cesó. No fue hasta 1980 cuando Nicaragua hizo ver un alegato en relación con este punto. Por tanto, transcurrieron más de cincuenta años (desde el fin de la ocupación de Estados Unidos) para que Nicaragua expresara esta alegación por primera vez.⁵⁹ Así, la mayoría de la Corte concluyó que, para el momento de la conclusión del Pacto de Bogotá, el Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 se encontraba en vigor. En cuanto al argumento de Nicaragua relativo a la terminación del Tratado en 1969, la Corte se limitó a señalar que este aspecto no resultaba relevante, en tanto el aspecto

⁵⁵ *Ibidem*, p. 25, para. 1.31.

⁵⁶ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares, fallo, 13 de diciembre de 2007, p. 849, para. 42.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 851 y 852, para. 50.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 858, para. 78.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 859, para. 79

fundamental era determinar si el tratado se encontraba en vigor al momento en que el Pacto de Bogotá fue concluido, *i. e.* 1948.⁶⁰

En vista de esta decisión, la Corte prosiguió con un análisis del contenido del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Al respecto, concluyó que el artículo 1 establece claramente el reconocimiento por parte de Nicaragua de la soberanía de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Sin embargo, el texto del Tratado no indica con claridad las otras formaciones insulares que forman parte del archipiélago de San Andrés y Providencia.⁶¹ En consecuencia, la Corte decidió por trece votos a favor y cuatro en contra aceptar la excepción a su jurisdicción en cuanto concierne a la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Por otra parte, analizando el acta de canje (Protocolo) de 1930, la Corte encontró que de los términos contenidos en ella no puede entenderse que las partes hubieran efectuado una delimitación del límite marítimo.⁶² Adicionalmente, el Tratado Esguerra-Bárcenas es de carácter territorial, y el acta de canje no podía cambiar dicho carácter.⁶³ En vista de esto, la Corte decidió de manera unánime rechazar la primera excepción en lo concerniente a la cuestión de soberanía sobre las otras formaciones insulares y la delimitación marítima entre las partes.

Pasando a la segunda excepción, la Corte se enfocó únicamente en su jurisdicción respecto a la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Esto, en cuanto: i) ya había aceptado su jurisdicción respecto de los otros aspectos de la controversia, con base en el Pacto de Bogotá,⁶⁴ y ii) el Pacto de Bogotá y las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa son dos bases de jurisdicción distintas no excluyentes entre sí.⁶⁵ Al respecto, consideró que en su análisis sobre la primera excepción ya había decidido que la cuestión de soberanía respecto de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina había sido resuelta por acuerdo entre las partes (*i. e.* el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928). Según los términos del artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, la existencia de una controversia de orden jurídico es necesaria para considerar las declaraciones de la competencia contenciosa como base de jurisdicción. Al

⁶⁰ *Ibidem*, p. 859, para. 82.

⁶¹ *Ibidem*, p. 863, para. 97.

⁶² *Ibidem*, p. 867, para. 116.

⁶³ *Ibidem*, p. 868, para. 117.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 872, para. 132.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 873, para. 136.

haber zanjado el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 la controversia sobre la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no hay una controversia existente al respecto.⁶⁶ Por tanto, las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa no constituían una base de jurisdicción efectiva.⁶⁷ En consecuencia, por catorce votos a favor y tres en contra, la Corte decidió aceptar la segunda excepción preliminar de Colombia en lo concerniente a la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Adicionalmente, decidió, por dieciséis votos a favor y uno en contra, que no era necesario examinar la excepción preliminar en lo concerniente a las otras formaciones insulares y a la delimitación marítima entre las partes.

V. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS OPINIONES DISIDENTES A LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Desde la perspectiva del título dado por cada juez a su opinión individual, podría señalarse que únicamente dos opiniones disidentes fueron adjuntadas a la decisión de la Corte. No obstante, una lectura de las distintas opiniones muestra que es mayor el número de opiniones disidentes en este asunto. Siguiendo un concepto de opinión disidente basado en el contenido de la opinión⁶⁸ y no en su título⁶⁹ o en el voto del juez con (uno o varios) elementos del *dispositif*,⁷⁰ puede considerarse que son cinco los jueces que han adjuntado

⁶⁶ Müller, Daniel y Mansour, Affef Ben, “Procedural Developments at the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, p. 495.

⁶⁷ (*Nicaragua v. Colombia*), excepciones preliminares, fallo, *op. cit.*, pp. 873 y 874, para. 138.

⁶⁸ Este concepto ya ha sido usado en otros análisis. Alan Paterson ha señalado que una opinión disidente incluye “opiniones que están de acuerdo con la mayoría pero cuyas razones son radicalmente diferentes de las dadas por la mayoría”. *Cfr.* Paterson, Alan, *Final Judgment: The Last Law Lords and the Supreme Court*, Reino Unido, Hart Publishing, 2013, p. 12. Igualmente, para el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, una opinión disidente es cualquier opinión que esté en desacuerdo con las razones de la decisión de la Corte; ellas pueden entonces en ocasiones llegar a la misma disposición de la mayoría. *Cfr.* Scalia, Antonin, “The Dissenting Opinion”, *Journal of the Supreme Court History*, vol. 29, 1994, p. 33.

⁶⁹ En la práctica los jueces son libres para dar el título que quieran a su opinión. Este no resulta ser entonces un criterio objetivo para determinar cuáles opiniones deben considerarse disidentes.

⁷⁰ Como bien lo ha señalado el juez Shahabuddeen, “la práctica en las votaciones en la Corte no siempre permite que una declaración precisa de la posición de un juez, respecto de los elementos del *dispositif*, pueda darse a través de su voto; la forma en que él vote depende de su percepción sobre la dirección general tomada en cada elemento y en cualquier riesgo

una opinión disidente a la decisión de la mayoría, a saber: Al-Khasawneh, Bennouna, Ranjeva, Abraham y Simma. Es interesante señalar que únicamente los jueces Al-Khasawneh y Bennouna adjuntaron (desde el punto de vista formal) opiniones disidentes. Por su parte, los jueces Abraham y Ranjeva adjuntaron opiniones separadas, y el juez Simma, una declaración. La diferencia en el título dado a sus opiniones puede encontrar una explicación en algunas cuestiones.⁷¹

A pesar de las diferencias en las razones que cada juez pueda haber aducido sobre su desacuerdo con la decisión de la mayoría, existe un aspecto común a todas estas opiniones disidentes: el desacuerdo en relación con la decisión de la mayoría sobre el tratamiento dado a la pretensión de invalidez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 y las consecuencias de tal decisión.⁷² Es a la luz de este aspecto común en las opiniones como es posible encontrar la solución pacífica de controversias como rol y función en todas ellas.

de que su posición pueda ser malinterpretada”. Cfr. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., opinión disidente del juez Shahabuddeen, p. 377. Puede entonces también ocurrir que un juez vote en contra de un elemento del *dispositif* y la opinión que adjunte, por su contenido, no se pueda considerar como disidente.

⁷¹ En el caso de los jueces Al-Khasawneh y Bennouna, ambos votaron contra la decisión de la mayoría en las dos excepciones preliminares en lo concerniente a la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En ese sentido, estos dos jueces están en total desacuerdo con las razones de la mayoría para no analizar pronunciarse en el fondo del asunto respecto de la soberanía sobre estas tres islas. En contraposición, el juez en desacuerdo del juez Abraham es parcialmente distinto. Mientras los jueces Al-Khasawneh y Bennouna votaron en contra de la decisión de aceptar ambas excepciones a la jurisdicción, el juez Abraham sólo lo hizo respecto de la primera excepción. Adicionalmente, este juez votó con la mayoría respecto de la segunda excepción preliminar. Es este último punto el que puede explicar su decisión de adjuntar una opinión separada y no disidente. De todos modos, en su opinión el juez Abraham muestra su desacuerdo con las razones de la mayoría que sustentan la decisión respecto de la segunda excepción preliminar. Por eso su opinión se considera como disidente. Finalmente, en el caso del juez Simma, la razón para haber adjuntado una declaración puede encontrarse en el hecho de haber votado con la mayoría en todos los elementos del *dispositif* (aunque por razones distintas), con excepción de aquel referido a no examinar la segunda excepción preliminar en lo concerniente a las otras formaciones insulares y la delimitación marítima entre las partes. Su declaración se considera una opinión disidente en cuanto, al dar las razones de su voto en contra con un elemento del *dispositif*, el juez Simma desapruueba las razones dadas por la mayoría para aceptar la segunda excepción preliminar de Colombia en lo concerniente a la soberanía respecto de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

⁷² Kwiatkowska, Barbara, “The 2007 *Nicaragua v. Colombia Territorial and Maritime Dispute (Preliminary Objections)* Judgment: A Landmark in the Sound Administration of Justice”, en Buffard, Isabelle et al. (eds.) *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2008, p. 936.

Cabe recordar que una de las pretensiones en la demanda de Nicaragua se refería a una declaratoria por parte de la Corte respecto de la invalidez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Para Nicaragua, este tratado debía ser declarado como inválido, en tanto fue concluido en violación de su Constitución; además, al momento de su conclusión Nicaragua se encontraba bajo la ocupación de los Estados Unidos de América. La Corte optó por abordar esta pretensión en su decisión sobre excepciones preliminares, considerando que el objeto-materia de la controversia se refería a la soberanía sobre formaciones insulares y a la posterior delimitación de espacios marítimos. La cuestión de invalidez fue considerada como una de carácter exclusivamente preliminar.

Es en vista de esta decisión (y de las razones allí expresadas) que estos cinco jueces han señalado que con esta decisión la mayoría de la Corte ha negado la existencia de una controversia respecto de la invalidez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Adicionalmente, la manera como la mayoría ha abordado la cuestión de invalidez no soluciona satisfactoriamente la controversia existente entre las partes sobre este punto.

Con el fin de comprender de una mejor manera la solución de controversias como rol y función de estas opiniones, es necesario hacer mención de algunos aspectos a la luz de su contenido. Primero, todas las opiniones disidentes consideran que la primera excepción preliminar no posee un carácter exclusivamente preliminar.⁷³ Una decisión relacionada con responder a la pregunta acerca de si la soberanía sobre las islas ha sido solucionada por acuerdo entre las partes, *i. e.* el Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, hubiera requerido de la Corte un análisis respecto de la invalidez del acuerdo.⁷⁴ Precisamente, y para poder realizar ese análisis, una dificultad se presentaba para la Corte, en tanto no contaba (en esta etapa del proceso) con toda la información necesaria para abordar esta pretensión. La invalidez del tratado fue un aspecto escasamente discutido durante la fase escrita y oral de esta etapa del proceso.⁷⁵ Segundo, las opiniones disidentes también señalaron que la manera en que la mayoría analizó la cuestión de invalidez del tratado fue inapropiada. El Pacto de Bogotá requiere, con el fin de prevenir que la Corte pueda adjudicar respecto de una cuestión ya resuelta, que el tratado en el que la cuestión fue resuelta se encontrara en

⁷³ (*Nicaragua v. Colombia*), *cit.*, opinión disidente del vicepresidente Al-Khasawneh, p. 883, para. 16; *ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 907, para. 11; *ibidem*, opinión separada del juez Ranjeva, pp. 887 y 888, para. 4-6; *ibidem*, declaración del juez Simma, p. 894.

⁷⁴ *Ibidem*, opinión disidente del juez Bennouna, p. 924

⁷⁵ *Ibidem*, opinión separada del vicepresidente Al-Khasawneh, p. 879, para. 5; *ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 915, para. 40.

vigor cuando el Pacto de Bogotá fue concluido. Por tanto, como lo indicó el juez Simma:

Decir que Nicaragua, por su comportamiento respecto del tratado de 1928 de alguna manera perdió su derecho a invocar su invalidez, es una cuestión; pasar de allí a concluir que, por las mismas razones, el tratado era válido y se encontraba en vigor en la fecha de conclusión del Pacto de Bogotá en 1948, es otra cuestión. En mi opinión, la segunda conclusión no deriva de la primera.⁷⁶

En otras palabras, una cuestión es la entrada en vigor del tratado y otra su invalidez.⁷⁷ De hecho, la invalidez del tratado por coerción (que está relacionada con la alegada ocupación por parte de los Estados Unidos), genera la invalidez del tratado *ab initio*.⁷⁸ Por consiguiente, la posterior aquiescencia por parte de Nicaragua a la validez del tratado (por cuenta de no haber alegado su invalidez por más de cincuenta años), no es relevante para este asunto, donde la causal de invalidez alegada por Nicaragua es absoluta.⁷⁹

Con estos aspectos en mente, puede concluirse que los jueces disidentes han señalado en sus opiniones la falla por parte de la Corte en realmente solucionar la controversia entre las partes, en cuanto a la invalidez del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 se refiere. El juez Bennouna se refirió de manera clara a esta situación en su opinión disidente. Allí señaló que

Si cualquier parte puede cortar de raíz la discusión sobre un argumento del fondo del asunto, en un punto donde la otra parte no ha tenido la oportunidad de discutirlo a profundidad, como es su derecho, la pregunta surgiría sobre si la justicia internacional se la ha impedido cumplir con su tarea principal, la cual es solucionar una controversia una vez que los Estados han presentado todos sus argumentos sobre este asunto. Es la credibilidad misma de la Corte Internacional de Justicia como órgano principal de las Naciones Unidas la que está en riesgo aquí.⁸⁰

Se puede encontrar una forma adicional (y ligada a la anterior) en la que el rol y la función de la solución de controversias se ejerce en las opi-

⁷⁶ *Ibidem*, declaración del juez Simma, p. 894. Véase, *ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 913, para. 31-33.

⁷⁷ *Ibidem*, opinión disidente del juez Bennouna, p. 924.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 924 y 925.

⁷⁹ *Ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 916, para. 45.

⁸⁰ *Ibidem*, opinión disidente del juez Bennouna, p. 927.

niones disidentes. Ésta se refiere a la decisión de la mayoría respecto de la segunda excepción preliminar. Como se señaló anteriormente, la mayoría de la Corte tomó en consideración su conclusión en la primera excepción preliminar, para tomar su decisión respecto de la segunda excepción. En otras palabras, la mayoría consideró que la cuestión relativa a la jurisdicción para adjudicar sobre la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (a la luz de las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa), debía tener en cuenta la conclusión a la que arribó en este aspecto, a la luz del Pacto de Bogotá. En palabras de la decisión de la mayoría,

El hecho mismo de que la controversia respecto de la cuestión de soberanía sobre las tres islas ha sido resuelta por el Tratado de 1928 es igualmente relevante para determinar si la Corte tiene jurisdicción sobre la base de las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa... [d]ada la determinación de la Corte de que no existe una controversia de orden jurídico pendiente entre las partes sobre la cuestión de soberanía sobre las islas... la Corte no puede tener jurisdicción sobre esa cuestión ni bajo el Pacto de Bogotá, ni bajo las declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa.⁸¹

Para los cinco jueces disidentes, la mayoría erró en esta conclusión. Ésta se basó en la también errada (como se señaló anteriormente) conclusión respecto de la primera excepción preliminar.⁸² Mientras que el análisis jurisdiccional bajo el Pacto de Bogotá gira en torno a la existencia de un tratado válido y en vigor, el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte requiere la existencia de una controversia de orden jurídico. En ese sentido, el requisito bajo ambas bases de jurisdicción es completamente distinto.⁸³ Era entonces inapropiado para la mayoría de la Corte concluir que no existe una controversia de orden jurídico pendiente respecto de la invalidez del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928. La postura de ambas partes confirma que una controversia actualmente existe al respecto.⁸⁴ En ese orden de ideas, las opiniones disidentes muestran que la Corte no falló únicamente en solucionar la controversia sobre la validez del tratado, sino que también ha fallado en

⁸¹ (*Nicaragua v. Colombia*), *cit.*, p. 874, para. 138.

⁸² *Ibidem*, opinión disidente del vicepresidente Al-Khasawneh, p. 885, para. 19; *ibidem*, opinión disidente del juez Bennouna, p. 929; *ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 907, para. 11; *ibidem*, declaración del juez Simma, p. 895.

⁸³ *Ibidem*, opinión separada del juez Abraham, p. 911, párr. 25.

⁸⁴ *Ibidem*, opinión disidente del juez Bennouna, p. 930; *ibidem*, opinión separada del juez Abraham, at p. 919, párrs. 57-59; *ibidem*, declaración del juez Simma, pp. 895 y 896.

reconocer la existencia de una controversia entre Nicaragua y Colombia, en cuanto a la validez *vel non* del tratado se refiere.

VI. CONCLUSIÓN

El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia es, tal vez, una de las controversias más interesantes en cuanto al número de análisis que ésta ha suscitado. Algunos de ellos fueron realizados incluso antes que la Corte profiriera decisión alguna.⁸⁵ Adicionalmente, ante la existencia de una diversidad de decisiones por parte de la Corte durante todo el proceso (*e. g.* excepciones preliminares y solicitudes de intervención por parte de Honduras y Costa Rica) y las reacciones que la decisión sobre el fondo del asunto ha suscitado, estos análisis se han concentrado en aspectos específicos de la controversia sometida a la Corte. Así, la mayoría de estos análisis se han enfocado en la decisión sobre el fondo del asunto y en las consecuencias de la misma.⁸⁶ En

⁸⁵ Diemer, Christian y Šeparović, “Territorial Questions and Maritime Delimitation with regard to Nicaragua’s Claims to the San Andrés Archipelago”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66, 2006, pp. 167-185.

⁸⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *El diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2013; Prieto Sanjuán, Rafael y Lozano Almario, Andrea, *El fallo de La Haya en la controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2013; Tanaka, Yoshifumi, “Reflections on the Territorial Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 909-931; Imad Khan, M. y Rains, David J., “Doughnut hole in the Caribbean Sea: The Maritime Boundary between Nicaragua and Colombia according to the International Court of Justice”, *Houston Journal of International Law*, vol. 35, 2013, pp. 589-616; Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto y Herrera Ramírez, Viviana, “Una dosis de subjetividad para nada sorpresiva o innovadora. La equidad y el caso *Nicaragua vs. Colombia* ante la CIJ”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 22, 2013, pp. 243-251; Urueña, Rene, “Colombia se retira del Pacto de Bogotá: causas y efectos”, *Anuario de Derecho Público*, 2013, pp. 511-547; Romero Pérez, Xiomara Lorena, “L’impact de l’affaire Nicaragua c. Colombie devant la CIJ sur le Droit international”, Serie Documentos de Trabajo Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, vol. 14, 2014, pp. 1-34; Gaviria Liévano, Enrique, *La desintegración del archipiélago de San Andrés y el fallo de la Corte de La Haya: errores y omisiones de la defensa Colombiana*, Bogotá, Temis, 2014; Prieto Sanjuán, Rafael, “À vous la terre, et à vous, la mer: à propos de l’étrange sens de l’équité de la cij en l’affaire du Différend territorial et Maritime (Nicaragua c. Colombie)”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 8, 2015, pp. 131-165; Palestini, Lorenzo, “The Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia): On Territorial Sovereignty and the International Court of Justice’s «failure to rule» on the Geographical Scope of the Archipelago of San Andres”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016, pp. 56-80; Sar-

este sentido, la decisión sobre excepciones preliminares ha sido objeto de únicamente unos cuantos análisis.⁸⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, esta contribución presentó un análisis de la decisión sobre excepciones preliminares. De hecho, este análisis se realizó a la luz de las opiniones disidentes adjuntadas a la decisión, teniendo en cuenta que una decisión no puede ser analizada desde su perspectiva jurídica completa, a menos que sea considerada en el contexto de las opiniones individuales a ella adjuntadas.⁸⁸ Así, esta contribución realizó un análisis de la contribución de las opiniones disidentes a la función judicial de la Corte.

En efecto, a la luz de la decisión de la mayoría se puede apreciar que son dos las maneras en que las opiniones disidentes adjuntadas a la decisión sobre excepciones preliminares han tenido como rol y función la solución de controversias. Por una parte, las opiniones han señalado que la Corte no solucionó la controversia entre Nicaragua y Colombia respecto de la invalidez del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928. Las razones de la decisión de la mayoría no toman en cuenta aspectos que las opiniones disidentes sí, los cuales hacen que aun exista incertidumbre respecto de la validez *vel non* de este tratado. Por otra parte, las opiniones han llamado la atención sobre el hecho de que la Corte desconociera la existencia de una controversia (actual) entre las partes al respecto.

Así, en esta decisión sobre excepciones preliminares en el diferendo territorial y marítimo, las opiniones han jugado un papel importante en señalar algunos vacíos u omisiones en la decisión de la mayoría.

miento Lamus, Andrés, “Impacto e implementación en Colombia de la decisión de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el diferendo territorial y marítimo (*Nicaragua v. Colombia*)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 16, 2016, pp. 1-22.

⁸⁷ Nieto Navia, Rafael, “La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre excepciones preliminares en el caso de Nicaragua v. Colombia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 2, 2009, pp. 11-57; Kwiatkowska, Barbara, “The 2007 *Nicaragua v. Colombia Territorial and Maritime Dispute (Preliminary Objections)* Judgment...”, *cit.*; Müller, Daniel y Mansour, Affef Ben, “Procedural Developments...”, *cit.*

⁸⁸ Jennings, Robert Yewdall, “The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice”, en Dinstein, Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1989, p. 351. Adicionalmente, esta es la razón por la que el juez sir Gerald Fitzmaurice señaló que “aun cuando las decisiones unánimes —desde el punto de vista del caso concreto— son preferibles, la misma decisión es menos interesante para un abogado a comparación de una decisión junto con una gran mayoría, está acompañada de algunas opiniones separadas o disidentes”. *Cfr.* Fitzmaurice, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950, p. 1.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTER, Karen, “The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review”, *Northwestern University School of Law Working Papers*, Working Paper núm. 12-002, 2012.
- ÁLVAREZ, José, “What Are International Judges For? The Main Functions of International Adjudication”, en ROMANO, Cesare *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- BERMAN, Franklin, “The International Court of Justice as an «Agent» of Legal Development”, en TAMS, Christian y SLOAN, James (eds.), *The Development of International by the International Court of Justice*, Reino Unido, Oxford University Press, 2013.
- BILDER, Richard I., “International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication”, en DAMROSCH, L. Fisler (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Nueva York, Transnational Publishers, 1987.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y HEATHCOAT, Sarah, “The Role of the International Adjudicator”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 95, 2001.
- CRAWFORD, James, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- DIEMER, Christian y ŠEPAROVIC, Amalija, “Territorial Questions and Maritime Delimitation with regard to Nicaragua’s Claims to the San Andrés Archipelago”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66, 2006.
- FITZMAURICE, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950.
- GROSS, Leo, “The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its role in the International Legal Order”, en GROSS, Leo (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Nueva York, Oceana Publications, 1976.
- GUILLAUME, Gilbert, “Cultures Juridique et Delibere Judiciaire”, *International Law and Diversity of Legal Cultures*, París, 2008.
- HELPER, Lawrence y ALTER, Karen, “Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts”, *Theoretical Enquiries in Law*, vol. 14, 2013.

- HIGGINS, Rosalyn, *Themes and Theories: Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2008.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Reino Unido, Clarendon Press, 1995.
- JENNINGS, Robert Yewdall, “The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice”, en DINSTEIN, Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1989.
- JENNINGS, Robert Yewdall, “The Role of the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997.
- KEITH, Kenneth, “Resolving International Disputes: The Role of Courts”, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 7, 2009.
- KOLB, Robert, *The International Court of Justice*, Reino Unido, Hart Publishing, 2014.
- KWIATKOWSKA, Barbara, “The 2007 *Nicaragua v. Colombia Territorial and Maritime Dispute (Preliminary Objections)* Judgment: A Landmark in the Sound Administration of Justice”, en BUFFARD, Isabelle *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2008.
- LACHS, Manfred, “Some Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the development of International Law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 10, 1983.
- LACHS, Manfred, “The Revised Procedure of the International Court of Justice”, en KALSHOVEN, Frits (ed.), *Essays on the Development of the International Legal Order: In memory of Haro F. Van Panhuys*, Países Bajos, Springer.
- LYNCH, Andrew, “Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia”, *Melbourne University Law Review*, vol. 27, 2003.
- LYNCH, Andrew, “Dissent: Towards a Methodology for Measuring Judicial Disagreement in the High Court of Australia”, *Sydney Law Review*, vol. 24, 2002.
- MERON, Theodor, “Judge Thomas Buergenthal and the Development of International Law by International Courts”, en MERON, Theodor (ed.), *The Making of International Criminal Justice: The View from the Bench: Selected Speeches*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011.
- MISTRI, Hemi, “The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, 2015.

- MÜLLER, Daniel y MANSOUR, Affef Ben, “Procedural Developments at the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009.
- MURPHY, Sean D., “International Judicial Bodies for Resolving Disputes between States”, en ROMANO, Cesare *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- OELLERS-FRAHM, Karin, “Lawmaking through Advisory Opinions?”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011.
- PATERSON, Alan, *Final Judgment: The Last Law Lords and the Supreme Court*, Reino Unido, Hart Publishing, 2013.
- PELLET, Allain, “Article 38”, en ZIMMERMANN, Andreas *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Reino Unido, Oxford University Press, 2012.
- PETERSEN, Niels, “Lawmaking by the International Court of Justice-Factors of Success”, *German Law Journal*, vol. 12, 2011.
- QUINTANA, Juan José, *Litigation at the International Court of Justice*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2015.
- QUINTANA, Juan José, “The International Court of Justice and the Formulation of General International Law: The Law of Maritime Delimitation as an Example”, en MÜLLER, A. Sam *et al.* (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2015.
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court of Justice: 1920-2005*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2006.
- SCALIA, Antonin, “The Dissenting Opinion”, *Journal of the Supreme Court History*, vol. 29, 1994.
- SCOVAZZI, Tullio, “Where the Judge approaches the Legislator: Some Cases relating to the Law of the Sea”, en BISCHIERO, Nerina *et al.* (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Países Bajos, Springer, 2013.
- SHANY, Yuval, *Assessing the Effectiveness of International Courts and Tribunals*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014.
- SHANY, Yuval, “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”, *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009.
- SHAW, Malcom, “A Practical look at the International Court of Justice”, en EVANS, Malcom (ed.), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Reino Unido, Hart Publishing, 1998.

- SINGH, Nagendra, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Países Bajos, Springer, 1989.
- TAMS, Christian J., “Law-Making in Complex Processes: The World Court and the Modern Law of State Responsibility”, en CHINKIN, Christine *et al.* (eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford*, Reino Unido, Cambridge University Press.
- TANAKA, Yoshifumi, “A New Phase of the *Temple of Preah Vihear* Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, 2012.
- THIRLWAY, Hugh, “The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, 2006.
- THIRLWAY, Hugh, “The Role of the International Court of Justice in the Development of International Law”, *Proceedings of the African Society of International and Comparative Law*, vol. 7, 1995.
- VON BOGDANDY, Armin y VENZKE, Ingo, “On the Function of International Courts: An Appraisal in the Light of their Burgeoning Authority”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013.
- VON BOGDANDY, Armin y JACOB, Marc, “The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma’s Declaration in the *Kosovo* Opinion”, en FASTENRATH, Ulrich *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011.
- WITTICH, Stephan, “The Judicial Functions of the International Court of Justice”, en BUFFARD, Isabelle *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2008.
- ZATBIYEV, Fuad, “Judicial Activism in International Law-A Conceptual Framework for Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, 2012.

CASO RELATIVO A LA DISPUTA MARÍTIMA PERÚ VS. CHILE

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Demanda de Perú*. IV. *La existencia de un acuerdo legal tácito*. V. *En busca de una solución equitativa*. VI. *¿Sentencia salomónica?* VII. *¿Existen los AT o son invención de la CIJ?* VIII. *¿Qué dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sobre los AT?* IX. *Concepto de tratado internacional*. X. *Regido por el derecho internacional*. XI. *Conclusiones*. XII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 27 de enero de 2014, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictó sentencia en el caso Relativo a la Disputa Marítima (Perú v. Chile); ello significó poner una pieza más en el rompecabezas del mapa de Sudamérica. A principios del siglo XXI, las consecuencias de la Guerra del Pacífico todavía se sentían entre Perú, Chile y Bolivia. Los tres Estados andinos buscaban establecer sus límites geográficos en el mar. Para entonces ya se había producido un desarrollo bastante significativo en el derecho marítimo, respecto al cual esos mismos Estados habían sido actores, en el sentido de que sus propuestas llegaron a cristalizarse gradualmente en el derecho internacional convencional.

Así que someter el caso de la delimitación de las fronteras marítimas entre Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia era sin duda un asunto de gran relevancia, no sólo para la comunidad internacional, sino para América Latina en términos generales, pues inhibió un elemento de tensión, que pudo derivar en un conflicto armado, y estableció con claridad el ámbito geográfico en que los dos Estados habrían de realizar su importante actividad pesquera y marina en general.

Desde un punto de vista jurídico, la sentencia de la CIJ de 2014 es sumamente interesante y, hasta cierto punto, polémica, por dos razones prin-

cipales: por el uso de la expresión “acuerdo tácito”, que para ciertos doctrinarios no tiene cabida en el derecho de los tratados, y que aún para algunos jueces de la CIJ no ha sido convincente, por inadecuada, para su aplicación en el caso presente, y porque algunos doctrinarios encontraron en su empleo una decisión “salomónica” —esto dicho en un sentido despectivo—, que pone en peligro a la seguridad jurídica y al sistema de precedentes.

Sin embargo, es indudable que la sentencia muestra firmeza al decidir sobre los límites geográficos de los dos Estados litigantes, y que, al ser inapelable, no queda más que hacer. Una sentencia puede ser criticada, como se hace en la academia, pero entre los Estados hay la obligación de cumplirla. Al someter controversias ante la Corte Internacional de Justicia, los Estados saben que este tribunal está compuesto por quince juzgadores, siendo posible agregar dos jueces *ad hoc*, y que en dicho cuerpo colegiado pueden concurrir tendencias u opiniones divergentes en cuanto a lo jurídico; mas, con todo ello, al final de cuentas se resuelve por mayoría de votos, y hasta ahora el sistema ha establecido que las sentencias no se recurren; son obligatorias.

De acuerdo con la sentencia, Perú obtuvo un “triángulo exterior” con su vértice a partir de las ochenta millas náuticas; asimismo, concedió, hasta cierto punto, la postura chilena que los acuerdos pesqueros celebrados por los dos Estados litigantes sí establecen límites entre ellos. A pesar de que los gobiernos de ambos Estados no estuvieron del todo conformes con la decisión de la CIJ, hubo cierta aceptación,¹ pues la cuestión más apremiante era establecer límites claros y seguros entre los dos Estados.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En lo que respecta a los antecedentes históricos,² podemos ver que Chile y Perú obtuvieron su independencia de España en 1818 y 1821, respectivamente. En ese entonces, ambos, nuevos Estados, no tenían fronteras entre sí, pues se interponía el territorio de lo que en aquel momento era la provincia de Charcas, y que a partir de 1825 llegó a ser el Estado de Bolivia.

En 1879, Chile declaró la guerra en contra del Perú y de Bolivia, dando inicio a lo que la historia ha denominado como la Guerra del Pacífico, que a su desenlace transformó el mapa político y las fronteras estatales.

¹ “Chile, Perú y las Declaraciones de 1947: la frontera de la polémica”, Atina Chile. Blog de opinión política y temas de relevancia en Chile, 6 de abril de 2018, disponible en: <http://www.atinachile.cl/politica/chile-peru-declaraciones-de-1947-la-frontera/>.

² CIJ, *Case Concerning Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, 27 de enero de 2014, para. 17 y 18.

En 1883, las hostilidades entre Perú y Chile terminaron, y se firmó el Tratado de Paz y Amistad, también conocido como Tratado de Ancón (1883). Este tratado es muy importante para entender la situación que llevó a la demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Conforme al Tratado de Ancón, Perú cedió a Chile la provincia de Tarapacá, y, adicionalmente, este Estado ganó la posesión de las provincias peruanas de Tacna y Arica por un periodo de diez años, al final del cual, según lo acordado, se realizaría un plebiscito para determinar la soberanía de ambas provincias.

El plebiscito nunca se celebró, y en su lugar, por mediación de Estados Unidos, Chile y Perú, firmaron el tratado de Arreglo de Controversias en relación con Tacna y Arica, también llamado Tratado de Lima de 1929, y su Protocolo Adicional, en el cual se acordó que Tacna regresaría a Perú, mientras que Arica permanecería con Chile.

Aún más, de conformidad con un protocolo complementario al Tratado de Lima, se estableció que “Los Gobiernos de Chile y del Perú, no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al Tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías”.

Hay que observar que la Guerra del Pacífico movió las fronteras de tres países: Chile, Bolivia y Perú, y que los territorios de las provincias de Tacna y Arica se encontraban como potenciales salidas al mar para Bolivia, de ahí que esta disposición del protocolo complementario sea de gran trascendencia para este país, que no participó en la negociación del Tratado de Lima y de su Protocolo.

Además, en el artículo 3 del Tratado de Lima se acordó crear una comisión mixta compuesta por miembros de ambos gobiernos, cuyo objeto sería fijar y señalar el territorio con “hitos”, marcas.³

De acuerdo con eso, el acta final de la comisión mixta de 1929-1930 estableció la localización de ochenta hitos para marcar la frontera terrestre. En 1947, cada una de las partes, mediante declaraciones unilaterales, proclamó sus derechos sobre una extensión de doscientas millas marítimas.⁴

³ “Artículo 3o. La línea fronteriza a que se refiere el inciso primero del artículo 2o. será fijada y señalada en el territorio con hitos, por una comisión mixta compuesta de un miembro designado por cada uno de los gobiernos signatarios, los que costearán, por mitad, los gastos comunes que esta operación requiera. Si se produjera algún desacuerdo en la comisión, será resuelto con el voto dirimente de un tercer miembro designado por el presidente de los Estados Unidos, cuyo fallo será inapelable”.

⁴ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 19.

Ahora bien, durante el transcurso de 1952 a 1967, Chile, Ecuador y Perú negociaron doce instrumentos, de los cuales cuatro fueron adoptados en Santiago, en 1952, durante la Conferencia sobre la Explotación y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur; seis fueron adoptados en Lima en diciembre de 1954, y finalmente, dos en Quito en 1967.

III. DEMANDA DE PERÚ

En 2008, Perú presentó ante la CIJ una demanda contra Chile, en la cual solicitó: primero, la delimitación de la frontera entre las zonas marítimas en el océano Pacífico de los dos Estados, empezando en el punto de la costa llamado Concordia, que es considerado frontera terrestre, de acuerdo con el Tratado del 3 de junio de 1929. Segundo, el reconocimiento en favor de Perú de una zona marítima de doscientas millas marítimas desde las costas de Perú, que Chile consideraba parte de alta mar, como parte de su soberanía.

Como sabemos, los dos Estados están situados en la parte occidental de Sudamérica y tienen fronteras con el océano Pacífico, y precisamente antes de la sentencia que dictó la CIJ no tenían puntos de referencia en las costas ni una frontera clara, de acuerdo con Perú.

En el procedimiento, las partes plantearon a la CIJ posiciones diametralmente contradictorias.⁵ Por un lado, Perú alegó que no existía un acuerdo entre los dos Estados para fijar las fronteras marítimas, y, en consecuencia, solicitó a la CIJ definir las, usando el método de equidistancia, a fin de lograr un acuerdo equitativo entre las dos partes.

Por su parte, Chile defendió que sí existía un acuerdo de fronteras entre los dos Estados, y esa era ni más ni menos que la Declaración de Santiago de 1952, que estableció una frontera marítima a lo largo del paralelo de latitud que pasa a través del punto de base la frontera terrestre de Perú-Chile hasta un mínimo de doscientas millas náuticas. Además, junto con la Declaración existían una serie de acuerdos que completaban la frontera. En ese sentido, la posición de Chile era que la CIJ sólo debía aplicar el principio *pacta sunt servanda*, junto con el de estabilidad de las fronteras, pues éstas habían sido benéficas para ambas partes, y, por tanto, la Corte debía limitarse a respetarlas. Además, Perú arguyó que la línea de base que Chile proponía era totalmente inequitativa.

⁵ *Ibidem*, para. 22.

Más adelante, la CIJ se detuvo a analizar la Proclama de 1947, que en forma unilateral expresaron los dos Estados, aunque con una valoración jurídica diferente.

En efecto, la Proclama de 1947, seguida a la Proclama Truman de 1945, que fue adoptada también por México y otros Estados, mediante la cual se reivindica la plataforma continental, es el punto de arranque de la creación de la institución jurídica de la plataforma continental. En efecto, en 1947, el presidente de Chile emitió una declaración oficial relativa a la frontera marítima, en la que se expresaba una reivindicación territorial.⁶ Por su parte, en ese mismo año Perú emitió su proclama⁷ en la misma dirección que Chile.

De cualquier modo, ante la CIJ, los Estados no pudieron coincidir en la calificación de su naturaleza jurídica. Por un lado, para Chile, la proclama tenía toda la fuerza jurídica, desde su expresión; al contrario de Perú, que consideró que la declaración no tenía naturaleza jurídica, pues ni siquiera fue publicada oficialmente, sino sólo a través de los diarios.

Después de analizar las posiciones de las partes, la Corte concluyó⁸ que, en realidad, de las dos proclamas se puede interpretar que hay una comprensión compartida respecto de la delimitación marítima, y que las proclamas de 1947 contienen demandas similares respecto de sus derechos y jurisdicciones en la zona marítima, surgiendo la necesidad de, en el futuro, establecer límites laterales a ésta.

A continuación, la CIJ analizó la Declaración de Santiago de 1952. Las percepciones de Perú y Chile sobre la naturaleza jurídica de este documento, en principio, eran diferentes. Para Chile, la Declaración de 1952 era sin lugar a duda un tratado internacional. Perú, por otro lado, consideró originalmente que la Declaración era el programa de la política marítima de tres Estados, teniendo por consecuencia una naturaleza meramente declarativa; sin embargo, más tarde reconoció que ésta adquirió el estatus de tratado después de haberse ratificado por los tres Estados que la firmaron (Chile en

⁶ “El Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre todo el zócalo continental adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad en que se encuentre, reivindicando, por consiguiente, todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse”.

⁷ “La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren”.

⁸ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 43.

1954, Ecuador y Perú en 1955) y de registrarse como tal ante la Secretaría de la ONU el 12 de mayo de 1976.⁹

Por tanto, una vez aclarado lo anterior, correspondía a la CIJ determinar cuáles eran los límites estatales, y si la sola Declaración de Santiago era suficiente para determinarlos. Aquí, nuevamente existían diferencias entre los Estados. Mientras Chile consideró que la Declaración de Santiago también contenía bases para la determinación de los límites, Perú pensaba lo contrario, pues si bien había un acuerdo entre Chile y Perú para declarar derechos marítimos en una distancia de doscientas millas marítimas a partir de sus costas, no establecía fronteras laterales.¹⁰

La CIJ entonces recurrió a las normas de interpretación que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que son al mismo tiempo normas de carácter consuetudinario. Después de un análisis detallado de la Declaración de Santiago, y buscando el establecimiento de límites, la CIJ concluyó¹¹ que, en realidad, con la adopción de la Declaración de Santiago los Estados no acordaron el establecimiento de fronteras marítimas laterales entre ellos. Sin embargo, en atención a la postura de Chile, que invocó acuerdos firmados entre Chile, Ecuador y Perú, la CIJ analizó varios acuerdos por las partes en 1954.

IV. LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO LEGAL TÁCITO

Uno de los aspectos más interesantes y polémicos de la sentencia de la Corte, indudablemente es el reconocimiento de que hay un acuerdo legal tácito entre los dos Estados en litigio.

Como dijimos anteriormente, la CIJ, en busca de los límites y tomando como base que la Declaración de Santiago en realidad es un tratado internacional, al calificar el Acuerdo de Santiago de 1952 como tratado, analizó la Convención sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 (Acuerdo de 1954), y señaló, en un párrafo que ha sido motivo de análisis por la academia, lo siguiente:

91. El Acuerdo especial sobre la zona fronteriza marítima de 1954 no indica cuándo y con qué medios se acordó ese límite. El reconocimiento expreso de las Partes de su existencia sólo puede reflejar un acuerdo tácito que habían alcanzado anteriormente. A este respecto, la Corte ya ha mencionado que cier-

⁹ *Ibidem*, para. 47.

¹⁰ *Ibidem*, para. 56.

¹¹ *Ibidem*, para. 70.

tos elementos de las Proclamaciones de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952 sugerían una comprensión evolutiva entre las Partes en relación con su límite marítimo (véanse los párrafos 43 y 69 supra). En un caso anterior, la Corte, reconociendo que “el establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de grave importancia”, subrayó que “la evidencia de un acuerdo jurídico tácito debe ser convincente” (La Controversia Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras), Sentencia, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, párr. 253). En el presente caso, el Tribunal de Justicia tiene ante sí un Acuerdo que deja claro que el límite marítimo a lo largo de un paralelismo ya existía entre las Partes. El Acuerdo de 1954 es decisivo a este respecto. Este Acuerdo constituye el cemento del acuerdo tácito.¹²

Para la CIJ, el Acuerdo de 1954 sirve de “cemento” de un acuerdo tácito conformado con anticipación por elementos de la Proclama de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952. Aunque, hay que mencionarlo, su lenguaje no es del todo claro: “The 1954 Special Maritime Frontier Zone Agreement does not indicate when and by what means that boundary was agreed upon. The Parties’ express acknowledgment of its existence can only reflect a tacit agreement which they had reached earlier”.

Lo que queda claro es que el aporte del Acuerdo de 1954, en efecto, además de fungir como “cemento” del acuerdo tácito, hace un reconocimiento de la extensión de frontera marítima hasta doce millas náuticas de la costa.¹³ En tal consideración, la CIJ examina las prácticas relevantes de las partes, a partir de los años cincuenta, en busca del contenido del acuerdo tácito a que las partes llegaron para individualizar la frontera. Sobre los acuerdos tácitos abundaremos más adelante.

Así, la CIJ llegó a otra conclusión hartamente criticada por un grupo de jueces:

149. La conclusión provisional a la que llegó la Corte es que las pruebas a su disposición no le permiten concluir que la frontera marítima, cuya existencia reconocieron las partes en ese momento, se extendía más allá de las 80 millas náuticas a lo largo del paralelo desde su punto de partida. La práctica posterior que ha sido examinada no lleva a la Corte a cambiar esa posición. La Corte también ha tenido en cuenta la consideración de que el reconoci-

¹² *Ibidem*, para. 91 (traducción de los autores).

¹³ “The 1954 Special Maritime Frontier Zone Agreement gives no indication of the nature of the maritime boundary. Nor does it indicate its extent, except that its provisions make it clear that the maritime boundary extends beyond 12 nautical miles from the coast”. *Ibidem*, para. 92.

miento, sin más, en 1954, de que existe un “límite marítimo” es una base demasiado débil para sostener que se extendió mucho más allá de la capacidad extractiva y de observancia de las Partes en ese momento.¹⁴

Esta decisión de la CIJ no fue bien recibida por Chile, y precisamente el juez Chileno ad hoc, Orrego, la criticó acremente.¹⁵ Los chilenos estuvieron en desacuerdo con la Corte cuando sostiene que no hay pruebas concluyentes que lleven a extender la frontera marítima más allá de las ochenta millas náuticas.

V. EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN EQUITATIVA

Algo que abona a la transparencia con la que actuó la CIJ es que en la sentencia aludió a la metodología con que llegó a fijar los límites:

180. La metodología que suele emplear la Corte para buscar una solución equitativa consta de tres etapas. En la primera, construye una línea de equidistancia provisional a menos que existan razones convincentes que la impidan. En la segunda fase, examina si existen circunstancias pertinentes que puedan requerir un ajuste de dicha línea para lograr un resultado equitativo. En la tercera fase, la Corte lleva a cabo un criterio de desproporcionalidad en el que evalúa si el efecto de la línea, tal como se ajustó, es tal que las cuotas respectivas de las Partes de la zona de que se trate son marcadamente desproporcionadas con respecto a la longitud de sus costas relevantes (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, pp. 101-103, paras. 115-122; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), pp. 695-696, paras. 190-193).¹⁶

Aquí la CIJ maneja dos argumentos: uno es que tiene un método. Su decisión sobre los límites de Perú y Chile no responde a una decisión arbitraria, pues es producto de una metodología preconcebida. El otro es que trata, con su método, de encontrar una solución equitativa. Quizá esta postura de “encontrar una solución equitativa” sea lo que causó cierto escozor en cierto sector de la doctrina, que prefiere que se hable de aplicar el derecho más que de buscar la equidad.

¹⁴ *Ibidem*, para. 149 (traducción de los autores).

¹⁵ (*Peru v. Chile*), *cit.*, opinión separada, parcialmente concurrente y parcialmente disidente, del juez *ad hoc* Orrego Vicuña.

¹⁶ *Ibidem*, para. 180 (traducción de los autores).

Una vez que aplicó su método, la Corte llegó a una conclusión de que, insisto, fue polémica, sobre todo para los chilenos.

196. La Corte concluye que el límite marítimo entre las Partes comienza en la intersección del paralelo de latitud que pasa por el Marcador de Límites No. 1 con la línea de aguas bajas, y se extiende por 80 millas náuticas a lo largo de ese paralelo de latitud hasta el punto A. Desde este punto, el límite marítimo se extiende a lo largo de la línea de equidistancia hasta el punto B, y luego a lo largo del límite de 200 millas náuticas medido desde las líneas de base chilenas hasta el punto C.¹⁷

Además, le dejó a los Estados litigantes una tarea para realizar:

197. Habida cuenta de las circunstancias del presente asunto, la Corte ha definido el curso de la frontera marítima entre las Partes sin determinar las coordenadas geográficas precisas. Además, en los alegatos finales de las partes. La Corte espera que las Partes determinen estas coordenadas de conformidad con la presente Sentencia, con el espíritu de buena vecindad.

VI. ¿SENTENCIA SALOMÓNICA?

Para algunos doctrinarios, la decisión en el caso Perú vs. Chile fue una sentencia salomónica (esto, en el sentido de que no se funda en el derecho). Esta tendencia en una sentencia es muy peligrosa, no sólo para el caso concreto, sino para la misma función judicial que realiza la CIJ. Tal es la opinión de Nienke Grossman, quien dedica un trabajo a sostener que la sentencia dictada por la CIJ en el caso Perú vs Chile se hizo en la corriente de un fallo salomónico, y que eso es negativo.¹⁸

Para Grossman, un fallo de esta naturaleza es potencialmente peligroso para la legitimidad normativa de la CIJ, cuando se excede en sus facultades, y porque va en contra de la parte que tiene alegatos jurídicos fuertes. Tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la actual CIJ, argumenta Grossman, han enfatizado la importancia del consentimiento, pues sin él la Corte actúa *ultra vires*; y razona: la Carta de San Francisco y el Estatuto de la CIJ establecen los límites de las funciones de este tribunal y

¹⁷ *Ibidem*, para. 196.

¹⁸ Grossman, Nienke, “Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice”, en Grossman, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2923435> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923435>.

los límites de su autoridad, como principal órgano judicial, recordando que el artículo 38 establece que la CIJ tiene como función “decidir de acuerdo con el derecho internacional las disputas que le son sometidas”. Ésta ya es una definición.

Ahora bien, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece las fuentes del derecho internacional, y en su segundo párrafo establece que la CIJ puede resolver un caso *ex aequo et bono* si las partes así lo determinan. La traducción literal del término es equidad y buena fe (“bondad”, es decir, *goodness*, dice Grossman). Este concepto de *ex aequo et bono* opera más allá del alcance de la función judicial;¹⁹ en cambio, *equity* es un principio general del derecho al que la CIJ puede acudir para corregir el derecho en vacíos o disposiciones no muy claras.

Entonces, de acuerdo con Grossman:

La sentencia Perú c. Chile es un poderoso ejemplo de como la Corte excede la autoridad delegada a la misma, y con ello perjudica potencialmente su propia legitimidad normativa. La sentencia parece eludir la ley y elegir selectivamente un par de hechos tangencialmente relevantes para lograr un resultado de compromiso; un método de resolución de disputas que los Estados litigantes no acordaron *ab initio*. En lugar de adoptar la posición de una de las partes (ya sea que existiera un acuerdo que alcanzaba las 200 millas náuticas o que no había acuerdo alguno sobre la longitud), el Tribunal dividió al bebé. Chile consiguió lo que quería a 80 millas náuticas, y Perú consiguió lo que quería de 80 a 200 millas náuticas.²⁰

Además, Grossman añade que aun el presidente de la CIJ, Peter Tomka, en su voto separado manifestó que “no hay suficiente evidencia para concluir que los límites marítimos acordados se extienden solo hasta 80 millas náuticas. En su lugar, la evidencia apunta a una conclusión diferente”.²¹ En suma, para Grossman, un juicio con un enfoque salomónico puede poner en peligro la legitimidad de la CIJ, porque puede estar sesgado, lo cual sería injusto si favorece a una parte que pudiera no tener argumentos jurídicos fuertes.

La decisión de la Corte y la reacción de las posturas jurídicas, como la de Grossman en la academia, y Tomka, Sepúlveda, Orrego y otros jueces, parecen reflejar una posible división dentro de la CIJ, que puede explicar las diferencias en los puntos de vista de los jueces.

¹⁹ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 24.

²⁰ *Ibidem*, para. 34.

²¹ *Ibidem*, para. 41.

En el caso Bolivia vs. Chile el juez Cançado Trindade, en su opinión separada, se dirige contra los jueces que piden la aplicación estricta de la legalidad. En efecto, el juez se pronuncia contra la “vieja concepción voluntarista-positivista de la justicia internacional sometida al consentimiento del Estado”.²² El juez brasileño está a favor de “la búsqueda de la justicia que trascienda cualquier concepción «de camisa de fuerza» del procedimiento jurídico internacional”,²³ y por lo que él llama la *bonne administration de la justice*. Además, plantea la necesidad de que la CIJ se apoye en los principios generales del derecho, que son fuente de derecho y recurso para resolver muchos casos.

25. La CIJ ha permanecido atenta a los principios generales (*cf. supra*) en el ejercicio de la función judicial internacional. Como maestro de su procedimiento, así como de su competencia, la Corte tiene pleno derecho a determinar libremente el orden en que resolverá las cuestiones planteadas por las partes demandadas. Y, al hacerlo, no está limitada por los argumentos planteados por las partes contendientes, como indica el principio *jura novit curia*...²⁴

Como vimos anteriormente, la CIJ no actuó arbitrariamente en el caso Perú vs. Chile: explicó la metodología por medio de la cual llegó a conclusiones que fueron aceptadas por la mayoría de los jueces. La CIJ logró lo que los dos Estados en litigio no habían podido hacer: establecer límites claros en el territorio marítimo de ambos.

VII. ¿EXISTEN LOS AT O SON INVENCIÓN DE LA CIJ?

La postura de la CIJ sobre los “acuerdos tácitos” (AT) en materia de delimitación, sin duda fue uno de los aspectos más polémicos de la sentencia. El primer punto de crítica es que ninguna de las partes lo invocó: Perú dijo que no había acuerdo sobre la frontera, y Chile, si bien sostuvo en su contestación a la demanda que ya había un acuerdo sobre límites, jamás habló de un acuerdo tácito, como lo vimos antes. El otro aspecto polémico versa sobre la

²² CIJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, excepciones preliminares, fallo, 24 de septiembre de 2015, opinión separada del juez Cançado Trindade, para. 6 (traducción de los autores).

²³ *Ibidem*, para. 7.

²⁴ *Ibidem*, para. 25.

naturaleza de esos AT, cuya existencia no es reconocida por algunos doctrinarios. Por ejemplo, el profesor Gattas Abugattás,²⁵ en principio, después de la revisión que hace de la jurisprudencia internacional, reconoce que ya hay antecedentes de este tipo de AT, pero que no hay una definición de ellos; están indefinidos y, por otra parte, se pueden confundir con otras instituciones, como la costumbre internacional, o bien el *stoppel*.

Gattas Abugattas rechaza que esos AT sean tratados, ya que

...para la formación de un tratado, que es una norma de naturaleza convencional, se requiere un acuerdo de voluntades; además, estimo que la única forma de conocer esas voluntades es a través de su exteriorización expresa, sea a través de un medio escrito o verbal. Si no hay una exteriorización por uno de estos dos medios, solo habría una voluntad expresada a través de comportamientos.²⁶

En suma, se puede resumir la opinión del profesor Gattas Abugattas en los siguientes puntos:

- “Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se puede encontrar una definición clara de los acuerdos tácitos”.
- “Estos acuerdos no podrían ser una nueva fuente del derecho internacional...”.
- “Tampoco pueden ser considerados «tratados», pues su determinación por la CIJ se ha basado siempre en el comportamiento de los Estados que, como he señalado, no puede llevar a la formación de un vínculo convencional, sino a la formación de una costumbre internacional o a la generación de derechos y/u obligaciones como consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios (aquiescencia o *stoppel*, según cada caso)”.²⁷
- “...es tan evidente y peligrosa la inseguridad jurídica que generan los acuerdos tácitos, que me rehúso a reconocerlos como una nueva fuente del derecho internacional creada por la doctrina o la jurisprudencia de la CIJ...”.²⁸

²⁵ Abugattás, Gattas, “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, año XXI, núm. 32, 2014, pp. 79-105.

²⁶ *Ibidem*, p. 94.

²⁷ *Ibidem*, p. 105.

²⁸ *Ibidem*, p. 98.

Antes de comentar estos puntos trascendentes del profesor Gattas Abugattas, regresemos a la sentencia de la Corte.

Como vimos, la sentencia dictada por la Corte se acompañó de opiniones disidentes de algunos jueces, sobre todo en lo referente a la exactitud de los límites. Sin embargo, por lo que hace a los AT, hay un acuerdo total; se le ve como algo normal. Por ejemplo, el juez Sepúlveda no negó la posibilidad de que existieran los acuerdos tácitos; estuvo en contra de la decisión de la Corte porque, según él, no se alcanzó el estándar suficiente para reconocer que pudiera existir en el caso preciso un AT.

En efecto, el juez Sepúlveda afirma que “el establecimiento de un límite marítimo permanente sobre la base del acuerdo tácito está sujeto a un estricto estándar de prueba”, como lo sostiene la misma CIJ en el caso de Nicaragua vs. Honduras, en el cual basa su afirmación: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.²⁹

En el caso concreto, Sepúlveda no considera que se hizo ese ejercicio estricto de prueba. No comparte la conclusión de que el Acuerdo de 1954, como dice la sentencia, es el “cemento del acuerdo tácito”, o que, decisivamente, establece su existencia.

En efecto, varios de los jueces que expresan sus opiniones independientes sobre el caso Perú vs. Chile consintieron los AT, aunque no su aplicación en el caso concreto de Perú vs. Chile. Así como Sepúlveda, otros jueces, como Hisashi Owada y la jueza Julia Sebutinde, consideraron que no se alcanzó el estándar necesario para considerar que se estaba frente a un AT.

Si en la CIJ hay un reconocimiento reiterado de los AT, como lo vemos en la sentencia del caso Perú vs Chile, entonces los ajenos a la CIJ, cuando cuestionan los AT, parecen estar viendo otra cosa.

²⁹ “4. The fact remains, however, that the establishment of a permanent maritime boundary on the basis of tacit agreement is subject to a stringent standard of proof. As the Court stated in *Nicaragua v. Honduras*: Evidence of a tacit legal agreement must be compelling. The establishment of a permanent maritime boundary is a matter of grave importance and agreement is not easily to be presumed. A de facto line might in certain circumstances correspond to the existence of an agreed legal boundary or might be more in the nature of a provisional line or of a line for a specific, limited purpose, such as sharing a scarce resource. Even if there had been a provisional line found convenient for a period of time, this is to be distinguished from an international boundary”. CIJ, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre de 2007, p. 735, para. 253; (*Peru v. Chile*), *cit.*, declaración del vicepresidente Sepúlveda Amor.

VIII. ¿QUÉ DICE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969 SOBRE LOS AT?

En principio, para resolver la cuestión sobre legalidad de los AT, hay que ver el concepto de tratado contenido en el artículo 1o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), que debe leerse e interpretarse con los artículos 2 y 3. El artículo 2-1-a dice:

2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Cuando Viena 69 habla de que se aplica a los Estados no significa que a todos; por supuesto, se aplica a los Estados parte de la Convención, pero cuando se trata de un Estado parte y otro que no lo es, como dijimos anteriormente, se utiliza el derecho consuetudinario, lo mismo cuando ambos Estados no son parte de la Convención.

Otra de las preguntas planteadas entre los juristas autores del proyecto de convención es ¿qué pasaba cuando existía un tratado trilateral entre dos Estados y un organismo internacional u otro sujeto de derecho internacional (por ejemplo, a los grupos beligerantes)? La respuesta fue clara, y la da el artículo 3:

3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

- a) al valor jurídico de tales acuerdos;
- b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;
- c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

Viena 69 se aplica sólo entre Estados parte; ahora bien, la relación con los organismos internacionales y los Estados no partes se regula por el dere-

cho consuetudinario. Es decir, se establece la coexistencia de dos regímenes: el convencional y el consuetudinario, con una variedad de sujetos.

IX. CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL

Cabe iniciar por definir un tratado, de conformidad con Viena 69 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986, que en su artículo 2, 1, a, lo definen como “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Ahora bien, esta definición de Viena 69 se puede comentar desde tres perspectivas: la de sus autores, la de su forma y la del objeto de los tratados.

En cuanto a los autores, Viena 69, como lo mencionamos anteriormente, se refiere sólo a los Estados, pero deja abierto a que existan otros acuerdos que puedan realizar los Estados y que no esté regido por el derecho internacional. En la práctica, se realizan una gran cantidad de acuerdos de este tipo que, por ejemplo, en el caso mexicano se denominan “acuerdos interinstitucionales”, o bien, en otros Estados, *executive agreement*.

En lo referente a la forma, el concepto de Viena 69 es muy amplio, pues se refiere a un acuerdo “ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”. Esta postura amplia permite que una serie de actos unilaterales en su conjunto puedan ser considerados como un tratado internacional, como así lo reconoce la Corte de Justicia en el caso *South West Africa Cases*, en donde se reconoció el carácter contractual, a pesar de su forma unilateral.³⁰ En cuanto a la expresión “cualquiera que sea su denominación particular”, aquí nuevamente en el caso de *South West Africa Cases* se dijo: “terminology is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking”.³¹

Por lo tanto, en la práctica internacional, los tratados internacionales pueden recibir una serie de denominaciones diversas. La Comisión de Derecho Internacional decidió utilizar el término “tratado” en un sentido genérico para denominar toda clase de acuerdos internacionales celebrados

³⁰ Corten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 37.

³¹ CIJ, *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, excepciones preliminares, fallo, 21 de diciembre de 1962, p. 331.

entre Estados y consignados por escrito.³² De acuerdo con la definición del artículo 2, 1, a, se calificará como tratado todo acuerdo entre Estados, independientemente de su denominación particular.

El requisito de que sea por escrito claro se debe a la práctica y a la necesidad de que conste en una forma concreta; sin embargo, lo que motiva a la interpretación es la expresión “celebrado por escrito”. Lo que implica que en la práctica el resultado debe ser expresado por escrito, aunque el proceso pueda ser verbal: “...nada impide a las partes concluir un acuerdo a través de telegramas, faximiles o mensajes electrónicos en la medida que los autores de tales documentos puedan ser identificados claramente...”.³³ Esto va de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de Viena 69.³⁴

En la práctica internacional, los ejemplos de acuerdos internacionales orales son raros. Uno de ellos es la conversación telefónica entre los primeros ministros de Dinamarca y Finlandia, en la cual acordaron la construcción de un puente entre las dos naciones.³⁵

También hay que tomar en cuenta que la Carta de San Francisco, en su artículo 102,³⁶ al crear un registro, establece la obligación de los Estados, de registrar todo tratado, que entonces debe ser escrito, sancionando la falta de tal requerimiento con la imposibilidad de “invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

Ahora bien, si aceptamos, como debe de ser, que Viena 69 requiere la forma escrita, nos estamos refiriendo al resultado, no al proceso. Esto es lógico. Si esto es así, los AT de la CIJ tienen una razón de ser, que no debe causar pánico entre los juristas.

Reflexionemos un poco. El derecho de los tratados que se halla codificado en Viena 69, indudablemente tiene una gran influencia del derecho romano, concretamente de la teoría de los contratos, y lo podemos colegir de

³² Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 207.

³³ Corten, O. y Klein, P., *op. cit.*, p. 39.

³⁴ 11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

³⁵ Corten, O. y Klein, O., *op. cit.*, pp. 70 y 71.

³⁶ “Artículo 102 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

la definición de tratado, que, como en el caso de los contratos, es “un acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones” (como lo aprendimos de nuestros cursos de derecho civil). Otra de las influencias notables del derecho romano en el derecho de los tratados es la institución de las nulidades, que crea todo un sistema de nulidades absolutas y relativas.

Ahora bien, recordemos que los tratados tienen dos clases de elementos: de existencia y de validez. Entre los elementos de existencia encontramos el acuerdo de voluntades y el objeto (y que el acuerdo sea lícito), y dentro de los elementos de validez están la forma (que en el caso concreto sería la escrita) y la ausencia de vicios en el consentimiento, entre otros. La ausencia de elementos de existencia trae por consecuencia la inexistencia del contrato; en cambio, cuando hay elementos de existencia y faltan los elementos de validez, los contratos pueden existir, pero estarán afectados de un elemento de validez, si bien tal defecto puede convalidarse y, en consecuencia, el contrato tendrá vida plena.

Si aplicamos estos conceptos elementales a los tratados internacionales, y concretamente a los AT, veremos que estos acuerdos existen. De conformidad con Viena 69, sólo están afectados de la ausencia de forma. Precisamente, lo que hace la CIJ es darles forma, al reconocer su existencia.

Cuando Viena 69 alude a la forma escrita no necesariamente se refiere al proceso. Lo que hace la CIJ es darle el elemento de validez, que sería la forma.

X. REGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL

En la comisión de juristas que elaboraron el proyecto de Viena 69 hubo una discusión sobre si debía de incluirse la expresión “regido por el derecho internacional”.³⁷ La problemática que surge aquí es que hay una serie de acuerdos que celebran los Estados a nivel internacional, que dudosamente pueden ser considerados tratados; por ejemplo, los acuerdos celebrados por entidades no centrales del Estado (por ejemplo, los acuerdos celebrados entre un municipio y su par en otro país). Tal parece que la prueba de si es o no un acuerdo partiría de la responsabilidad internacional. En el momento en que haya violación del acuerdo en cuestión, ver si ello lleva a la responsabilidad internacional.

³⁷ Por ejemplo, Lauterpacht estuvo en contra, pues “It is its quality as a treaty which causes it to be regulated by international law”, no la expresión; en cambio, Fitzmaurice estuvo a favor de incluirla, pues en su opinión, si no es regida por el derecho internacional no es un tratado. Corten, *op. cit.*, p. 41.

La expresión “regido por el derecho internacional” sirve para distinguir los acuerdos internacionales regulados por el derecho internacional de aquellos acuerdos que, a pesar de haber sido concluidos entre Estados, están regulados por el derecho interno de una de las partes (o por algún otro sistema de derecho interno elegido por las partes).³⁸

En suma, los AT no son una nueva clase de tratado internacional, sino que están regidos por el derecho internacional, concretamente por Viena 69; sin embargo, sí son tratados que carecen de forma, y es mediante la acción de los tribunales internacionales como se perfeccionan, si no lo hacen las mismas partes.

Ahora bien, hay otro elemento que todavía no está resuelto, y es el del estándar para su reconocimiento. La CIJ, en el caso de Nicaragua v. Honduras, se dijo: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.

Aquí, el carácter convincente o no es una cuestión de los jueces, es un elemento psicológico, como el de la *opinio iuris*, que tiene el derecho internacional.

XI. CONCLUSIONES

El caso Perú vs. Chile atañe a un conflicto en que las heridas que dejó la Guerra del Pacífico en el siglo XIX aún no están del todo restauradas (el asunto de la salida al mar de Bolivia sigue irresuelto). De esta situación se desprende la importancia de la sentencia dictada en 2014. Como todo asunto de fronteras, el límite marítimo entre Perú y Chile tiene una gran complejidad técnica y jurídica.

Desde nuestra perspectiva, la sentencia de 2014 cumple su cometido de resolver un asunto de límites marítimos bastante complicado, y lo hace bien. Por supuesto, la decisión de la Corte no está exenta de críticas y, quizá, de errores técnicos. Sin embargo, las críticas de los AT no nos parecen acertadas. En principio, porque con un análisis de las fuentes históricas de las instituciones jurídicas, en este caso de los tratados, podemos ver que este tipo de acuerdos son comunes en los contratos de derecho romano, y que Viena 69 abreva en materia de tratados del mismo derecho romano; en consecuencia, recurrir a él para entender el fenómeno de los AT nos da muchas luces y nos explica cómo sí es posible tenerlos.

³⁸ Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 208.

Entonces, reconocer a los AT como parte del derecho internacional vigente no es complicado; por supuesto que se tienen bases teóricas. Donde aún no hay claridad es en cuanto a qué se entienda por “convinciente”. Si bien es cierto que en este caso es aplicable el principio general del derecho *iura novit curia*, que postula que el juez conoce el derecho, en pos de una seguridad jurídica, el juzgador debe estar regido por parámetros para reconocer y para determinar cuál es el derecho que él ve.

Sin embargo, nos parece que en el caso de Perú vs. Chile la CIJ no actuó con justicia salomónica. La Corte no tenía que esperar a que las partes le dijeran que había un AT; era una facultad de ella, y ésa es la esencia del principio *iura novit curia*. Nosotros preferimos una sentencia como ésta, a una opinión en donde se afirme que no existe el derecho, como sucedió en la OC de la misma CIJ sobre la legalidad de la bomba atómica.³⁹ La prueba de fuego la pasó la CIJ, los Estados estuvieron de acuerdo con la sentencia e inmediatamente la cumplieron.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ABUGATTÁS, Gattas, “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, año XXI, núm. 32, 2014.

“Chile, Perú y las Declaraciones de 1947: la frontera de la polémica”, *Atina Chile*, blog de opinión política y temas de relevancia en Chile, 6 de abril de 2018, disponible en: <http://www.atinachile.cl/politica/chile-peru-declaraciones-de-1947-la-frontera/>.

CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (eds.), *Vienna Conventions on the Law of Treaties, A: Commentary* (2 vols), Oxford University Press, 2011.

GROSSMAN, Nienke, “Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice”, en GROSSMAN, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2923435> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923435>.

Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II.

³⁹ CIJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996.

CUESTIÓN DE DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS NÁUTICAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE

Andrés SARMIENTO LAMUS
Rodrigo GONZÁLEZ QUINTERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de la cuestión: la decisión sobre el fondo del asunto en el Diferendo Territorial y Marítimo*. III. *La demanda de Nicaragua, sus pretensiones y las excepciones preliminares presentadas por Colombia*. IV. *La decisión sobre excepciones preliminares de la Corte*. V. *La opinión disidente conjunta adjuntada a la decisión de la Corte*. VI. *La importancia de la opinión disidente conjunta*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Varios son los eventos que han sucedido a la decisión de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “la Corte”) sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo* entre Nicaragua y Colombia. Así el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, tras de señalar horas después de la lectura de la decisión que la Corte había cometido errores graves,¹ decidió entonces proceder con la denuncia del Pacto de Bogotá, para así evitar que en el futuro Nicaragua u otros Estados del Caribe llegaran a la Corte, con el ánimo de promover otra delimitación marítima.² En su opinión, este tipo de asuntos debían ser solucionados por los Estados de mutuo acuerdo y no mediante su

¹ Imad Khan, M. y Rains, David J., “Doughnut Hole in the Caribbean Sea: The Maritime Boundary between Nicaragua and Colombia according to the International Court of Justice”, *Houston Journal of International Law*, vol. 35, 2013, p. 590.

² Urueña, Rene, “Colombia se retira del pacto de Bogotá. Causas y efectos”, *Anuario de Derecho Público*, 2013, pp. 524 y 525.

sometimiento a un tribunal internacional.³ Adicionalmente, presentó lo que denominó una estrategia integral para hacer frente a la decisión de la Corte y las pretensiones expansionistas de Nicaragua.⁴

Al margen de estos eventos, los más importantes resultan ser la introducción de dos nuevas demandas por parte de Nicaragua contra Colombia, ante la Corte. Ambas demuestran que la controversia entre las partes aún se encuentra lejos de ser solucionada.

La primera de las demandas, *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense*, iniciada el 16 de septiembre de 2013, tiene por objeto la delimitación de la frontera entre la plataforma continental de Nicaragua más allá de doscientas millas náuticas y la plataforma continental de Colombia.⁵ Por su parte, la segunda demanda, *Presuntas Violaciones de Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe*, presentada el 26 de noviembre de 2013, tiene por objeto una declaración de parte de la Corte respecto de la violación por parte de Colombia de los derechos de soberanía nicaragüenses y zonas marítimas (declaradas por la Corte en su decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*), así como la amenaza del uso de la fuerza por parte de Colombia para proceder con la violación de los derechos de Nicaragua.⁶ A estas demandas, Colombia ha respondido calificándolas de infundadas, al mismo tiempo que decidió presentar excepciones preliminares (el 14 de agosto y 19 de diciembre de 2014, en la primera y segunda demandas, respectivamente), buscando así que la Corte no conociera del fondo del asunto. La Corte profirió sus decisiones sobre excepciones preliminares en ambos asuntos el 17 de marzo de 2016.⁷

³ Mateus Rugeles, Andrea, “Denuncia del Pacto de Bogotá. Implicaciones jurídicas para Colombia”, en Holmes Trujillo, Carlos y Torres Villarreal, Mauricio (eds.), *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya. Análisis del caso Nicaragua c. Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, pp. 1-22.

⁴ Sarmiento Lamus, Andrés, “Impacto e implementación en Colombia de la decisión de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua v. Colombia)*”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 16, 2016, pp. 409-412.

⁵ CIJ, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 16 de septiembre de 2013, p. 2, para. 2, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/154>.

⁶ CIJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 26 de noviembre de 2013, para. 2, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/155>.

⁷ *Idem*; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, cit.

De estas decisiones, aquella sobre el primero de los asuntos, *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense*, resulta ser la más interesante, en razón de dos aspectos. Primero, constituye la tercera ocasión en la historia de la Corte, en que (parte de) un asunto es decidido por el voto de su presidente ante un empate en el número de jueces tanto en contra como a favor de un párrafo operativo del *dispositif*.⁸ Segundo, es una de las pocas ocasiones en que un número plural de jueces han adjuntado una opinión disidente conjunta a la decisión de la Corte.⁹ Teniendo estos dos aspectos en cuenta, cualquier análisis que se pretenda realizar de la decisión de la Corte sobre excepciones preliminares no es posible desde su perspectiva jurídica completa, a menos que sea considerada en el contexto de las opiniones individuales a ella anexadas.¹⁰

Es en este contexto que la presente contribución tiene por objeto analizar el asunto relativo a la *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense*. Más específicamente, esta contribución se enfocará en la decisión sobre excepciones preliminares proferida por la Corte y la opinión disidente conjunta anexada a ella. De esta manera, se busca resaltar la importancia de las opiniones disidentes en general y para el asunto específico.

Para cumplir con este cometido, la presente contribución se dividirá en siete secciones. La primera sección abordará parte de la decisión de la Corte sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, en tanto la conclusión de la Corte es la razón por la que Nicaragua decidió demandar a Colombia nuevamente. En consonancia con lo anterior, la demanda nicaragüense, junto con sus pretensiones, así como las excepciones preliminares introducidas por Colombia, se presentarán en la tercera sección. Por su parte, la cuarta sección se referirá a la decisión de la Corte respecto de las excepciones preliminares presentadas por Colombia. Se hará especial énfasis a la decisión de la Corte en lo concerniente a la admisibilidad de la

⁸ De hecho, este asunto constituye la segunda ocasión en que esta situación ocurre en un caso contencioso, en tanto la segunda ocasión en la historia de la Corte se dio en el marco de una opinión consultiva. Véase CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996.

⁹ En efecto, tan sólo en cuatro asuntos más se han registrado opiniones disidentes conjuntas. Estos son: *Incidente Aéreo del 27 de julio 1955* entre Israel y Bulgaria; *Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh; Middle Rocks y South Ledge* entre Malasia y Singapur; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* entre Georgia y Rusia, y *Diferendo Marítimo* entre Perú y Chile.

¹⁰ Jennings, Robert Yewdall, "The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice", en Dinstein, Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1989, p. 351.

pretensión nicaragüense a la luz del principio *res judicata*. Así, un enfoque en la opinión disidente conjunta anexada por siete de los jueces que votaron en contra de la decisión de la Corte en este aspecto se realizará en la quinta sección. Seguidamente, la sexta sección realizará un análisis de esta opinión disidente conjunta, con el fin de resaltar la importancia de la misma para el caso en concreto y para el derecho internacional en general. Finalmente, en la séptima sección se presentarán algunas conclusiones que pueden surgir de la comparación entre la decisión de la mayoría y la opinión disidente conjunta, así como del asunto en general.

II. ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN: LA DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO EN EL *DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO*

En su decisión del 19 de noviembre de 2011, la Corte abordó la cuestión de la admisibilidad de la pretensión de Nicaragua relacionada con una delimitación de la plataforma continental más allá de doscientas millas náuticas. La necesidad de abordar esta cuestión surgió, en tanto esta pretensión no había sido presentada por Nicaragua hasta la introducción de su escrito de réplica. En la memoria presentada por Nicaragua, ella había solicitado a la Corte, determinar que “la forma apropiada de delimitación, dentro del marco jurídico y geográfico constituido por las costas continentales de Nicaragua y Colombia, es una frontera marítima única en la forma de una línea media entre estas costas continentales”.¹¹ Por su parte, en su escrito de réplica, Nicaragua indicó que la delimitación debía consistir en “una línea que divida las áreas donde las proyecciones costeras de [ambas partes] convergen y se superponen con el fin de obtener un resultado equitativo”.¹² La línea solicitada en la réplica debía tener en consideración la prolongación natural de la plataforma continental nicaragüense, que va más allá de doscientas millas náuticas.

Por su parte, Colombia consideró que el haber solicitado una frontera marítima en una zona más allá de doscientas millas náuticas constituía un cambio en la pretensión original. Esto, en tanto la determinación de una plataforma continental más allá de doscientas millas náuticas se basa en aspectos geológicos y geomorfológicos (que no son necesarios para una delimitación hasta las doscientas millas náuticas). Así, se presenta un cambio

¹¹ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Memoria del Gobierno de Nicaragua, 28 de abril de 2003, pp. 266 y 267.

¹² *Territorial and Maritime Dispute*, respuesta del gobierno de Nicaragua, 18 de septiembre de 2009, pp. 78 y 79, para. 3.11.

en el objeto-materia de la controversia, que tiene como consecuencia que la pretensión de Nicaragua sea inadmisibile.¹³

Al respecto, la Corte observó que a pesar de constituir una nueva pretensión, ésta no transformaba el objeto-materia de la controversia al encontrarse implícita en la demanda de Nicaragua. Por consiguiente, la consideró admisible.¹⁴ A pesar de esto, la Corte encontró que no podía aceptar la pretensión de Nicaragua.

La razón de tal decisión se basó en el hecho que, en el asunto del *Diferendo Territorial y Marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*,¹⁵ la Corte misma había indicado que cualquier pretensión de una plataforma continental más allá de doscientas millas náuticas debe realizarse de conformidad con el artículo 76 de la Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar (en adelante “Convemar”) y ser revisada previamente por la Comisión de Límites de la Plataforma Continental¹⁶ (en adelante “CLPC”). Así, al haber presentado a la CLPC únicamente información preliminar, Nicaragua no había cumplido con el requisito contemplado por la Convemar. En consecuencia, no demostró tener un margen continental que se extiende tanto como para superponerse con los derechos de Colombia a doscientas millas náuticas de plataforma continental, y la Corte no podía entonces efectuar la delimitación solicitada por Nicaragua.¹⁷

III. LA DEMANDA DE NICARAGUA, SUS PRETENSIONES Y LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES PRESENTADAS POR COLOMBIA

Como se indicó en la introducción a esta contribución, el 16 de septiembre de 2013 Nicaragua introdujo una demanda en la Corte. Ésta tiene por objeto: i) la determinación del curso de la frontera de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, y ii) indicar los derechos y deberes de ambos Estados en relación con el área de superposición de sus derechos a una plataforma continental y el uso de los recursos, a la espera de la delimitación de la frontera marítima.¹⁸

¹³ *Territorial and Maritime Dispute*, fallo, 19 de noviembre de 2012, p. 664, para. 107.

¹⁴ *Ibidem*, p. 665, para. 110-111.

¹⁵ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre de 2007.

¹⁶ *Territorial and Maritime Dispute*, cit., pp. 668 y 669, para. 126.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 669 y 670, para. 127-130.

¹⁸ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, cit., p. 2, para. 2.

Como hechos que sustentan su demanda, Nicaragua indicó que en la decisión sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, la Corte no efectuó la delimitación de la plataforma continental más allá de doscientas millas náuticas, en tanto para ese momento no había demostrado tener un margen continental que se extendiera más allá de doscientas millas náuticas. En efecto, el 14 de junio de 2013 Nicaragua había presentado la información final a la CLPC, que demuestra que su margen continental (además de extenderse más allá de doscientas millas náuticas) se superpone parcialmente en una zona que se encuentra dentro de las doscientas millas náuticas de Colombia.¹⁹ En ese orden de ideas, la Corte se encuentra facultada para efectuar la delimitación solicitada.

Finalmente, Nicaragua señaló que la base de jurisdicción principal de la Corte la constituía el Pacto de Bogotá. Aun cuando Colombia notificó del aviso de su denuncia el 27 de noviembre de 2012, según el artículo LVI la denuncia tendrá efectos un año después de haber presentado el respectivo aviso. Así, el Pacto de Bogotá no había cesado aún en sus efectos en la fecha en que la demanda fue introducida en la Corte.²⁰ Adicionalmente, Nicaragua señaló que la jurisdicción de la Corte se sustenta, en que el objeto-materia de la demanda subsiste dentro de la jurisdicción que la Corte estableció en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, en tanto no decidió de manera definitiva en su decisión de fondo sobre la delimitación de la plataforma continental entre las partes en el área más allá de doscientas millas náuticas; en consecuencia, la cuestión fue planteada ante la Corte y continúa siendo parte de la controversia entre las partes.²¹

A esta demanda, Colombia respondió presentando cinco excepciones preliminares. Éstas se refieren a: 1) la falta de jurisdicción *ratione temporis* de la Corte para conocer del asunto, a la luz del Pacto de Bogotá; 2) la inexistencia de jurisdicción de la Corte en virtud de una competencia derivada de su decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*; 3) que la cuestión ya había sido resuelta por la Corte en su decisión de fondo del *Diferendo Territorial y Marítimo* y, por tanto, no puede ser estudiada en virtud del principio *res judicata*; 4) la demanda de Nicaragua como un intento encubierto de solicitar una apelación o revisión de la decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, y 5) la inadmisibilidad de las pretensiones presentadas por Nicaragua en su demanda. Como se expondrá en la siguiente sección, la Corte abordó únicamente tres de estas excepciones en su decisión sobre

¹⁹ *Ibidem*, pp. 3 y 4, para. 4 y 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 6, para. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 6, para. 10.

excepciones preliminares. Así, únicamente se presentará a continuación la posición de las partes respecto de dichas excepciones.

1. *Jurisdicción ratione temporis del Pacto de Bogotá*

De conformidad con el artículo LVI del Pacto de Bogotá, que regula la denuncia de éste,

El presente tratado regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus efectos para el denunciante, quedando subsistente para los demás signatarios. La denuncia será dirigida a la [Organización de Estados Americanos], que la transmitirá a las otras Partes Contratantes.

La denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo.²²

En su aviso de notificación sobre la denuncia del Pacto de Bogotá, presentado al secretario general de la Organización de Estados Americanos, Colombia indicó que la denuncia tendría un efecto inmediato respecto de todo procedimiento iniciado tras la presentación de este aviso, en consonancia con el párrafo segundo del artículo LVI del Pacto de Bogotá.²³

Así, el argumentó de Colombia en cuanto a la jurisdicción *ratione temporis* se basa en el hecho de que a la luz del párrafo segundo del artículo LVI del Pacto de Bogotá, la transmisión del aviso de su denuncia afecta la demanda presentada por Nicaragua. En otras palabras, los únicos procedimientos que no se ven afectados por la transmisión del aviso de denuncia son aquellos iniciados antes de la transmisión del mismo. Por consiguiente, la transmisión del aviso de denuncia del 27 de noviembre de 2012 afecta la demanda presentada por Nicaragua y, en consecuencia, la Corte no es competente para conocer de ambos asuntos.

Por su parte, Nicaragua, con base en el párrafo primero del artículo LVI del Pacto de Bogotá, argumenta que las demandas presentadas no se encuentran afectadas en tanto el tratado cesa en todos sus efectos transcurrido un año de la transmisión del aviso de denuncia, *i. e.* 27 de noviembre de 2013.

²² Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá” (adoptado el 30 de abril de 1948, entró en vigor el 6 de mayo de 1949), 30 U.N.T.S. 55.

²³ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares de Colombia, 14 de agosto de 2014, vol. I, p. 22, para. 2.43.

En ese orden de ideas, tal como las partes lo reconocieron durante las audiencias públicas en la fase oral del procedimiento,²⁴ la diferencia se centra en la interpretación del artículo LVI del Pacto de Bogotá, en particular sobre la interpretación de su segundo párrafo.

Los argumentos de Colombia al respecto pueden resumirse en los siguientes; primero, a la luz de las reglas sobre interpretación de tratados contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,²⁵ la interpretación del artículo LVI en su conjunto sólo puede llevar a la conclusión de que los procedimientos que un Estado procure iniciar después de la transmisión del aviso se encuentran afectados por dicha transmisión.²⁶ Segundo, Colombia ha señalado que debe distinguirse cada uno de los capítulos en los que se encuentra dividido el Pacto de Bogotá. En tal sentido, mientras los capítulos II a V hacen referencia a los procedimientos para la solución pacífica de controversias, los capítulos restantes (I, VI, y VII) contienen compromisos y obligaciones sustantivos importantes. A la luz de esta distinción, el párrafo primero del artículo LVI regula la denuncia respecto los capítulos relativos a los compromisos y obligaciones sustantivos; por su parte, el párrafo segundo regula la denuncia respecto de aquellos capítulos del Pacto de Bogotá referentes a la solución pacífica de controversias. En consecuencia, el párrafo primero no es aplicable a demandas presentadas ante la CIJ una vez que el aviso de denuncia ha sido transmitido.²⁷ Tercero, la práctica de los Estados parte del tratado en cuanto su denuncia confirma la interpretación presentada por Colombia. En los textos de los avisos de denuncia presentados por El Salvador y Colombia (únicos Estados que hasta el momento han denunciado el tratado), se indicó que la denuncia tendría efecto inmediato respecto de los procedimientos iniciados después de la notificación del aviso, de conformidad con el párrafo segundo del artículo LVI. Ningún Estado parte del Pacto de Bogotá objetó el texto del aviso de denuncia presentado por El Salvador y Colombia, con lo cual demuestran estar de acuerdo con la interpretación

²⁴ *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, excepciones preliminares, “Verbatim Records”, 28 de septiembre de 2015, p. 19, párr. 5; *ibidem*, 29 de septiembre de 2015, p. 20, párr. 3.

²⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (adoptado el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980), 1155 U.N.T.S. 331.

²⁶ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares de Colombia, *cit.*, p. 36, para. 3.16.

²⁷ *Ibidem*, pp. 37-39, para. 3.18-3.22.

dada al artículo LVI.²⁸ Por último, una lectura de los *travaux préparatoires* permite concluir que la intención de los redactores del tratado, quienes deliberadamente escogieron la redacción que se encuentra actualmente en el artículo LVI, fue limitar con efecto inmediato la presentación de nuevas demandas en contra del Estado que hubiera transmitido el aviso de denuncia.²⁹

Por su parte, Nicaragua ha argumentado que una lectura del artículo LVI, en consonancia con el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, permite concluir de manera precisa que el tratado continúa produciendo efectos aún después de transmitido el aviso de denuncia.³⁰ Esta interpretación la corroboran el objeto y fin del tratado, al igual que el principio de la buena fe. Esto por cuanto al ser dicho objeto y fin la solución pacífica de controversias, y ser considerado por el subcomité que preparó el proyecto de tratado que el procedimiento principal para la solución de controversias entre los Estados parte debía ser la Corte, no se entendería que la denuncia tuviera efectos inmediatos sobre este procedimiento.³¹ En tercer lugar, Nicaragua ha indicado que la interpretación *a contrario* del segundo párrafo presentada por Colombia es errónea. Proponer que el segundo párrafo regula una situación que (siguiendo su tenor literal) no establece, hace que se prive al primer párrafo del artículo LVI de su efecto útil.³² Asimismo, a la luz del principio de la buena fe, un tratado sobre solución pacífica de controversias exige una mayor protección de las expectativas en términos de estabilidad de los procedimientos establecidos en el Pacto de Bogotá, evitando así que los Estados parte puedan hacer uso de medidas unilaterales y de aplicación inmediata. Finalmente, y en referencia a los *travaux préparatoires*, Nicaragua señala que en éstos no puede encontrarse indicación concreta respecto de los motivos o interpretación del artículo LVI, más que el comentario realizado por el delegado mexicano, y según el cual esta disposición había sido tomada del Tratado General de Arbitraje Interamericano. Según este último, la denuncia entra, en efecto, un año después de la transmisión de su aviso. El artículo LVI debe entonces interpretarse de la misma manera.³³

²⁸ *Ibidem*, pp. 44 y 45, para. 3.31-3.32.

²⁹ *Ibidem*, p. 51, para. 3.42.

³⁰ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares, declaración escrita de Nicaragua, p. 7, para. 2.7.

³¹ *Ibidem*, p. 13, para. 2.27.

³² *Ibidem*, p. 11, para. 2.20.

³³ *Ibidem*, pp. 18 y 19, para. 2.35-2.38.

2. *La cuestión de una delimitación más allá de doscientas millas náuticas ya fue resuelta por la Corte*

La presentación de esta excepción por parte de Colombia buscaba atacar las dos bases de jurisdicción presentadas por Nicaragua. El argumento se centra en señalar que la cuestión sobre la plataforma continental de Nicaragua más allá de doscientas millas náuticas fue decidida por la Corte en su decisión de fondo del *Diferendo Territorial y Marítimo*, y la primera pretensión de Nicaragua en su nueva demanda es exactamente la misma. La Corte ya se refirió entonces a este asunto, y su decisión constituye *res judicata*. Asimismo, y por esa misma razón, la segunda pretensión tampoco puede ser analizada por la Corte. Ésta presupone que la delimitación más allá de las doscientas millas náuticas es un asunto pendiente entre las partes, cuando la Corte ya se ha referido al mismo.³⁴ En consecuencia, al encontrarse la Corte ante una identidad de partes, objeto y pretensiones, en relación con su decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, no resulta competente para conocer del asunto en virtud del principio *res judicata*.³⁵

Para Nicaragua, el argumento presentado por Colombia es infundado, en tanto el principio de *res judicata* resulta aplicable respecto de cuestiones previamente adjudicadas y que hayan sido realmente resueltas en casos previos.³⁶ En su decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, la Corte no adjudicó respecto de la frontera marítima más allá de doscientas millas náuticas. El hecho de que la Corte hubiera indicado no poder acceder, contrario a rechazar, a dicha solicitud por parte de Nicaragua, así lo demuestra.³⁷

3. *Inadmisibilidad de las pretensiones presentadas por Nicaragua*

Como última excepción preliminar, Colombia argumentó que al no haber proferido la CLPC su recomendación sobre los límites de la plataforma continental nicaragüense y no existir una controversia entre las partes

³⁴ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares de Colombia, *cit.*, pp. 84 y 85, para. 5.4-.5.

³⁵ *Ibidem*, pp. 112-131, para. 5.41-5.76.

³⁶ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares, declaración escrita de Nicaragua, *cit.*, p. 35, para. 4.2.

³⁷ *Ibidem*, p. 42, para. 4.20.

respecto de la segunda de sus pretensiones, la Corte no puede proceder al análisis sobre el fondo de ambas cuestiones.³⁸

El argumento de Colombia referido a la necesidad de una recomendación por parte de la CLPC se centra en el hecho de que, siguiendo decisiones anteriores de la Corte,³⁹ toda solicitud sobre los derechos de plataforma continental debe presentarse de conformidad con lo establecido por el artículo 76 de la Convemar y ser revisada por la CLPC. Al no haber sido revisada aún por la CLPC (y al no existir entonces una recomendación), la Corte no puede proceder con la delimitación propuesta por parte de Nicaragua. Más aún, las decisiones tanto del TIDM y del tribunal arbitral conformado en el marco de la Convemar, en las que una delimitación se efectuó a pesar de no existir la recomendación de la CLPC,⁴⁰ no pueden constituir un precedente en el cual la Corte pueda basarse para proceder con la delimitación. En ambas situaciones, la delimitación se refería a costas adyacentes y no opuestas, por lo que la recomendación en esos asuntos no era necesaria.⁴¹

Nicaragua ha respondido a los argumentos presentados por Colombia indicando que la función de la CLPC se limita a establecer la localización exacta de los límites exteriores de la plataforma continental, y no la delimitación de la frontera entre plataformas continentales.⁴² Además, la posición planteada por Colombia conduciría a un impase, por cuanto la Corte debería esperar por la determinación de la CLPC, así como esta última debe esperar a la delimitación que efectúe la Corte. Por ese motivo, el TIDM⁴³ ya ha determinado que la delimitación de la frontera marítima más allá de doscientas millas náuticas no puede depender de la determinación de los

³⁸ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares de Colombia, *cit.*, pp. 159-160, para. 7.2-7.3.

³⁹ *Nicaragua v. Honduras*, *op. cit.*, p. 759, para. 319; *Territorial and Maritime Dispute*, *cit.*, pp. 668 y 669, para. 129.

⁴⁰ Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS Reports, 2012, pp. 110-115, párrs. 370-394; The Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India), PCA, 2014, pp. 21 y 22, párrs. 76-82.

⁴¹ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, excepciones preliminares de Colombia, *cit.*, pp. 164 y 165, para. 7.15-7.17.

⁴² *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, declaración escrita de Nicaragua, *cit.*, p. 57, para. 5.14.

⁴³ Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), *cit.*, pp. 110-115, para. 370-394.

límites exteriores de la plataforma continental; por esto no resulta necesario esperar a la recomendación de la CLPC.

IV. LA DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DE LA CORTE

La Corte profirió su decisión respecto de las excepciones preliminares presentadas por Colombia, el 17 de marzo de 2016. En ella abordó únicamente (como se mencionó en la sección anterior) tres de las cinco excepciones preliminares presentadas por Colombia.⁴⁴

1. *Jurisdicción ratione temporis del Pacto de Bogotá*

La Corte basó su análisis de esta excepción preliminar teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, los Estados parte reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte mientras el tratado se encuentre vigente. Así, resultaba determinante una interpretación del artículo LVI, por ser éste el que establece la vigencia del Pacto de Bogotá. Más exactamente, la cuestión que debía abordar la Corte es si el segundo párrafo de este artículo altera el efecto de su primer párrafo y, en consecuencia, llevaría a concluir que ella carece de jurisdicción a pesar de que la demanda fue introducida mientras el Pacto de Bogotá (siguiendo el párrafo primero) se encontraba aún en vigor entre las partes.⁴⁵

En ese sentido, la Corte señaló que el argumento de Colombia no se basaba en el uso del sentido corriente de los términos del segundo párrafo. Por el contrario, éste surge de una inferencia extraída de lo que el párrafo no establece. En palabras de la Corte,

⁴⁴ La Corte no abordó las excepciones preliminares referidas a la inexistencia de jurisdicción de la Corte en virtud de una competencia derivada de su decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, y que la demanda de Nicaragua como una intento encubierto de solicitar una apelación o revisión de la decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*. En cuanto a la primera de éstas, la Corte indicó que al haber encontrado que el artículo XXXI del Pacto de Bogotá le confiere jurisdicción en relación con el asunto bajo estudio, resultaba innecesario considerar si la base adicional de jurisdicción presentada por Nicaragua existe. Respecto de la segunda, la Corte señaló que Nicaragua no ha solicitado a la Corte apelar o revisar la decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*. Por tanto, consideró esta excepción como infundada. Cfr. *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, cit., pp. 33 y 34, para. 89-94.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 17, para. 32.

...[e]se párrafo no dice algo respecto de los procedimientos iniciados tras la notificación del aviso de la denuncia y antes de que expire el periodo de un año a que hace referencia el primer párrafo del artículo LVI. Colombia solicita a la Corte extraer del silencio de esta disposición que ella carece de jurisdicción respecto del procedimiento iniciado después de que se dio el aviso de la denuncia. Según Colombia, esa inferencia debe extraerse a pesar de que el Pacto permanezca en vigor para el Estado denunciante, porque el periodo de aviso de un año estipulado para el primer párrafo del artículo LVI no ha concluido. La inferencia se dice que sigue de una lectura *a contrario* de la disposición.⁴⁶

No obstante, para que una inferencia de este tipo pueda ser aceptada, ésta debe ser acorde tanto con el contexto objeto y fin del tratado. Adicionalmente, el párrafo segundo está abierto a una interpretación adicional, y según la cual el efecto de la denuncia sobre procedimientos iniciados después de la transmisión de su aviso se rige por el primer párrafo. Las demandas introducidas durante ese lapso de un año serían entonces válidas en tanto el Pacto se encontraría aún en vigor.⁴⁷

En efecto, es esta posibilidad adicional de interpretación del artículo LVI del Pacto (y no aquella propuesta por Colombia) la que es acorde tanto con el contexto como con el objeto y fin del tratado. Respecto del objeto y fin del tratado, la Corte señaló que éste se refiere promover la solución pacífica de controversias entre los Estados americanos. La interpretación propuesta por Colombia impediría al Estado denunciante y a otros Estados (con los que el Estado denunciante tenga una controversia) acceder a los procedimientos designados para cumplir con el objeto y fin del tratado.⁴⁸ Por otra parte, la interpretación propuesta por Colombia limitaría el efecto del primer párrafo del artículo LVI, en tanto éste sólo aplicaría a tres artículos de todo el tratado.⁴⁹ En cuanto al contexto, la Corte advirtió que la práctica de El Salvador y Colombia al denunciar el Pacto de Bogotá no resultaba relevante, pues respecto del primero de estos Estados no existe una referencia en su aviso de denuncia respecto del efecto que dicho aviso tendría tras la denuncia (distinto al que establece el primer párrafo del artículo

⁴⁶ Abello Galvis, Ricardo *et al.*, “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Cuestión de delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas desde la costa nicaragüense*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, pp. 631 y 632, para. 34.

⁴⁷ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, *cit.*, pp. 18 y 19, para. 37.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 20, para. 40.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 21 y 22, para. 42.

LVI). Asimismo, de la ausencia de objeción por parte de los demás Estados parte al aviso de denuncia de Colombia no puede concluirse la existencia de una práctica subsecuente sobre la interpretación del artículo LVI.⁵⁰ Finalmente, respecto de los *travaux préparatoires*, la Corte anotó que de ellos no es posible determinar la razón que llevó a la inclusión del segundo párrafo y el propósito que se buscaba con éste. Así, no es posible concluir que su inclusión buscaba tener el efecto señalado por Colombia, cuando no existe indicación alguna en los *travaux préparatoires* de que se hubiera considerado que la inclusión del segundo párrafo traería un cambio tan importante.⁵¹

La Corte concluyó entonces que la interpretación sugerida por Colombia no podía ser aceptada. Así, el Pacto de Bogotá se encontraba vigente al momento en que Nicaragua introdujo su demanda; el aviso de denuncia del tratado por parte de Colombia no afecta entonces la jurisdicción de la Corte.

2. *La cuestión de si la Corte había efectuado ya una delimitación más allá de doscientas millas náuticas en la decisión en el Diferendo Territorial y Marítimo*

La Corte inició el análisis de esta cuestión a la luz del principio *res judicata*. Al respecto, señaló que su aplicación no se limita a la existencia de una identidad en las partes, en el objeto y en la base legal. Resulta igualmente necesario analizar el contenido de la decisión que se encuentra protegida por este principio, para así determinar en qué medida la pretensión introducida nuevamente ya ha sido resuelta de manera definitiva.⁵² Esto en cuanto “...si una cuestión no ha sido resuelta, expresamente o por implicación necesaria, entonces no puede atribuírsele la fuerza de *res judicata*; y una decisión de carácter general debe leerse en su contexto para determinar si una cuestión particular se encuentra contenida en ella o no”.⁵³

Pasando entonces al análisis de la decisión de fondo en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, la Corte tuvo en cuenta varios puntos en su determinación del contenido y alcance de su decisión, en cuanto a la pretensión de Nicaragua de una delimitación más allá de doscientas millas náuticas.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 23, para. 44.

⁵¹ *Ibidem*, p. 23, para. 46.

⁵² *Ibidem*, p. 26, para. 50.

⁵³ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, 26 de febrero de 2007, p. 95, para. 126.

En primer lugar, la Corte indicó que la razón para haber abordado la cuestión de delimitación de la plataforma continental más allá de doscientos millas náuticas en el *Diferendo Territorial y Marítimo* tuvo lugar en razón de una objeción a su admisibilidad por parte de Colombia. Así, de este hecho no podría pensarse que hubiera abordado por implicación el fondo de esta pretensión.⁵⁴ Adicionalmente, respecto de la interpretación de la expresión “no puede aceptar” contenido en el tercer subpárrafo de la cláusula operativa (al cual ambas partes le otorgaron un significado distinto), la Corte consideró no estar convencida de que la interpretación de esta expresión dada tanto por Nicaragua como por Colombia lleve a la conclusión de que cada una de las partes plantea. Por eso, consideró que no era relevante detenerse en el análisis del término, para efectos del análisis relativo a la determinación del alcance y contenido de su decisión en el *Diferendo Territorial y Marítimo*.⁵⁵

En tercer lugar, la Corte pasó a explicar uno a uno los párrafos de la sección de su decisión, en que abordó la solicitud de Nicaragua a una plataforma continental extendiéndose más allá de doscientas millas náuticas. Esta explicación la dio con el fin de determinar el alcance y contenido de la decisión, como la expresó en el párrafo 129 de su decisión. En él, la Corte indicó que,

...[n]o obstante, como Nicaragua, en el [*Diferendo Territorial y Marítimo*] no ha establecido que posee un margen continental que se extiende tanto como para superponerse con el derecho de Colombia a 200 millas náuticas de plataforma continental, medidas desde la costa territorial de Colombia, la Corte no está en posición de delimitar la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, como [lo solicitó] Nicaragua, incluso haciendo uso de la formula general por ella propuesta.⁵⁶

Del análisis de cada uno de los párrafos, la Corte resaltó tres aspectos importantes, a saber: i) que aunque las partes hicieron extensas referencias en relación con la evidencia geológica y geomorfológica de la extensión de la plataforma nicaragüense, en la decisión no existe un análisis por parte de la Corte de esa evidencia; ii) que en virtud de la naturaleza limitada de su tarea no resultaba necesario analizar si las disposiciones del artículo 76 de la Con-

⁵⁴ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, *op. cit.*, p. 29, para. 72.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 29, para. 74.

⁵⁶ Abello Galvis, Ricardo *et al.*, “El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el «Diferendo Territorial y Marítimo» (Nicaragua c. Colombia)”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2012, pp. 277 y 278, para. 129.

vemar reflejan el derecho internacional consuetudinario, el cual la Corte señaló que era el derecho aplicable para el asunto, y iii) lo que la Corte enfatizó fue la obligación de Nicaragua de presentar la información sobre los límites de su plataforma continental a la CLPC, por cuanto para ese momento no lo había hecho.⁵⁷ Para la Corte, es únicamente a la luz de estos aspectos como puede entenderse la conclusión expresada en el párrafo 129 de su decisión.

En ese orden de ideas, la Corte concluyó que en su decisión sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo* no tomó una decisión respecto de si Nicaragua tenía *vel non* una plataforma continental que se extendiera más allá de doscientas millas náuticas. Esto lo confirma el hecho de que ella hubiera indicado de manera expresa en el párrafo 129 de su decisión que “en el presente proceso” Nicaragua no había establecido un margen continental que se extendiera tanto como para superponerse con el derecho de Colombia a una plataforma continental. El uso de dicha expresión indica la posibilidad de futuros procesos sobre este asunto.⁵⁸

Así las cosas, la Corte, al decidir no aceptar la pretensión nicaragüense en el tercer subpárrafo de la cláusula operativa del *Diferendo Territorial y Marítimo*, lo hizo porque ella no había cumplido con su obligación de presentar la información sobre los límites de su plataforma continental a la CLPC.⁵⁹ Al no decidir nada respecto de los méritos de la pretensión nicaragüense, la Corte no resultaba impedida por el principio *res judicata* para conocer de la nueva demanda respecto de la delimitación de la plataforma continental más allá de doscientas millas náuticas.

Todo lo que Nicaragua debía hacer para que su pretensión fuera admitida era cumplir con la condición impuesta por la Corte en 2012, *i. e.* presentar la información completa a la CLPC. Al haber cumplido con esa condición el 24 de junio de 2013, no hay razón para no admitir su pretensión.⁶⁰ La Corte decidió entonces desestimar la excepción planteada por Colombia.

3. Inadmisibilidad de las pretensiones presentadas por Nicaragua

En cuanto a la necesidad de obtener una recomendación por parte de la CLPC antes de poder pronunciarse de fondo sobre la sobre la pretensión

⁵⁷ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, *op. cit.*, p. 31, para. 82.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 31 y 32, para. 83.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 32, para. 84.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 32, para. 85-88.

de Nicaragua, la Corte señaló que el rol de la CLPC se refiere únicamente a la delineación del borde exterior continental.⁶¹ Mediante esta delineación, la CLPC asegura que la plataforma continental de un Estado costero no se extienda más allá de lo que este tiene derecho, y así evitar una usurpación de la zona que constituye patrimonio común de la humanidad.⁶² En este sentido, el rol de la CLPC no versa en lo absoluto sobre la delimitación de la plataforma continental. Esta última se efectúa, bien mediante acuerdo entre los Estados, bien mediante los mecanismos para la solución de controversias previstos en la Convemar (*e. g.* la Corte).⁶³ Sin embargo, aun cuando estas dos operaciones sean distintas, es posible que una tenga impacto sobre la otra.

No obstante, esto no impide que la delimitación de la plataforma continental pueda efectuarse sin que se haya obtenido una recomendación de la CLPC. Por una parte, esta última no es un requisito previo que deba satisfacerse para que la Corte lleve a cabo una delimitación.⁶⁴ Por otra parte, la CLPC ya ha establecido procedimientos para asegurar que sus acciones en la delineación del borde exterior continental no afecten cuestiones de delimitación.⁶⁵ Por consiguiente, la Corte rechazó la excepción de inadmisibilidad presentada por Colombia respecto de la primera pretensión de Nicaragua.

Finalmente, y en relación con la excepción de inadmisibilidad sobre la segunda pretensión de Nicaragua, la Corte acogió esta excepción. Señaló que no existe una controversia vigente entre las partes en relación con lo solicitado por Nicaragua y, por tanto, esa pretensión no resultaba admisible.⁶⁶

V. LA OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA ADJUNTADA A LA DECISIÓN DE LA CORTE

De los ocho subpárrafos que componen la cláusula operativa de la decisión de la Corte, seis de ellos se tomaron por la decisión unánime de sus miembros. El quinto subpárrafo, referente a la decisión de rechazar la excepción a la inadmisibilidad de la primera pretensión de Nicaragua, se tomó por once votos a favor contra cinco. Finalmente, la decisión de los subpárrafos dos y

⁶¹ *Ibidem*, p. 36, para. 110.

⁶² *Ibidem*, p. 36, para. 109.

⁶³ *Ibidem*, p. 37, para. 112.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 37, para. 114.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 37, para. 113.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 38 y 39, para. 122-125.

ocho, referentes a rechazar la segunda excepción preliminar presentada por Colombia (*i. e.* que la cuestión de una delimitación más allá de doscientas millas náuticas ya había sido resuelta por la Corte en su decisión sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo*), se tomó por el voto de su presidente ante un empate en el número de jueces que votaron, tanto en contra como a favor.

Además de la importancia del hecho sobre cómo se tomó la decisión de la Corte en los subpárrafos dos y ocho, también debe destacarse la opinión disidente conjunta que anexaron siete de los ocho jueces que votaron en contra de estos dos subpárrafos.⁶⁷ Como se señaló en la introducción a la presente contribución, esta es una de las pocas ocasiones en que un número plural de jueces han adjuntado una opinión disidente conjunta, a una decisión de la Corte. De hecho, es apenas la segunda ocasión en que más de cuatro jueces redactan una opinión conjunta. Por eso, una referencia a la misma resulta necesaria.

Así, los siete jueces disidentes señalaron que la razón de su voto en contra la constituye el hecho de que la (aparente) mayoría de la Corte malinterpretó por qué ella decidió de la manera que lo hizo en 2012, y que además hubiera extraído de la decisión un requisito procedimental que no existe ni existía.⁶⁸ Con el fin de demostrar estos dos puntos, los siete jueces disidentes abordaron seis cuestiones en su opinión disidente conjunta.

Como primera cuestión, los jueces hicieron referencia al *dispositif* de la decisión en el *Diferendo Territorial y Marítimo*, más exactamente al tercero de sus subpárrafos. Allí se enfocaron en la interpretación del término “no puede aceptar” del mencionado subpárrafo. Haciendo referencia a la jurisprudencia de la propia Corte,⁶⁹ los jueces demuestran cómo se ha usado el término “no puede aceptar” para rechazar una pretensión de una parte y no para abstenerse de tomar una decisión porque no se ha cumplido con un requisito procedimental o hasta tanto la parte que ha presentado la preten-

⁶⁷ La jueza Joan Donoghue también votó en contra de la decisión de la Corte en este aspecto. Sin embargo, la razón de su voto no se limitaba únicamente a aquel señalado por los otros siete jueces disidentes. Por esta razón, ella adjuntó una opinión disidente individual.

⁶⁸ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast, cit.*, opinión disidente conjunta del vicepresidente Yusuf, los jueces Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson y el juez *ad hoc* Brower, p. 1, para. 2.

⁶⁹ CIJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, reconvencción, fallo, 6 de noviembre de 2003, p. 218, para. 125; CIJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, fallo, 16 de abril de 2013, p. 92, 114; CIJ, *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, fallo, 10 de diciembre de 1985, p. 230, para. 69.

sión aporte la evidencia suficiente.⁷⁰ En ese orden de ideas, al haber considerado la Corte en 2012 que “no puede aceptar” la pretensión nicaragüense, la misma fue analizada en sus méritos y rechazada.⁷¹ Adicionalmente,

...[l]a mayoría indicó en la presente decisión que, como no estaba convencida por la interpretación de Nicaragua y Colombia de la frase “no puede aceptar”, ella no se “detendrá en el significado de la frase «no puede aceptar»” (fallo, parágrafo 74). Sin embargo, la Corte no da una explicación clara de por qué rechaza la interpretación de las partes; más aún, no examina el significado y alcance de la frase. Como, según la jurisprudencia de la Corte, el principio *res judicata* se aplica al *dispositif*, no se entiende porque la mayoría decidió que no se “detendrá” en el significado de “no puede aceptar”. Esto es tanto un error como la pérdida de una oportunidad, pues si la mayoría se hubiese “deten[ido]” en esta frase, un verdadero entendimiento de la decisión de la Corte en el 2012 hubiese sido evidente. En efecto, como se demostró anteriormente, esta frase ha sido usada de manera consistente por la Corte para indicar el rechazo de una pretensión de una parte.⁷²

Pasando a un análisis de las razones de la decisión de la Corte, los siete jueces consideran que en ellas la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua al no haber podido demostrar la existencia de una plataforma continental extendida que se superpusiera con el derecho de Colombia a doscientas millas náuticas.⁷³ Esto, en tanto en ninguna parte de las razones de su decisión la Corte estableció que existía un requisito procedimental que Nicaragua debía satisfacer antes que la Corte pudiera efectuar la delimitación. Asimismo, la Corte tampoco señaló que Nicaragua podía iniciar un nuevo proceso una vez que hubiera presentado la información a la CLPC. De hecho, cuando la Corte da la posibilidad a las partes de volver a iniciar un nuevo proceso sobre un mismo aspecto, lo hace saber a las partes de manera expresa en su decisión.⁷⁴

Por otra parte, al igual que la mayoría de la Corte en su decisión, los jueces disidentes también explicaron uno a uno los párrafos de la sección de la decisión de la Corte de 2012 en que se abordó la solicitud de Nica-

⁷⁰ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast, cit.*, opinión disidente conjunta del vicepresidente Yusuf, los jueces Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson y el juez *ad hoc* Brower, pp. 3-5, para. 11-15.

⁷¹ *Ibidem*, p. 5, para. 16.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 20, para. 6.

⁷⁴ *Idem*.

ragua para la delimitación de una plataforma continental que se extiende más allá de doscientos millas náuticas. En esa explicación los jueces prestaron especial atención a los parágrafos 127 a 129. De allí concluyeron que el último de estos parágrafos es claro en mostrar que la Corte rechazó la pretensión de Nicaragua al no haber establecido que tiene un margen continental que se extiende tanto como para superponerse con el derecho de Colombia a doscientas millas náuticas.⁷⁵ De hecho, el mismo párrafo 128 de la decisión así lo confirma, ya que en él la Corte también decidió rechazar la fórmula general propuesta por Nicaragua. Así, “si, como la mayoría argumenta, el rechazo de la Corte a la solicitud de Nicaragua se basó en no haber depositado la información en la CLPC de conformidad con el artículo 76(8) de la Convemar, hubiese resultado superfluo para la Corte examinar y rechazar por separado la fórmula general propuesta por Nicaragua”.⁷⁶

Más aún, ninguno de los tres aspectos que la Corte resaltó de su análisis de los parágrafos de la decisión⁷⁷ soportan su conclusión. Del primero de estos aspectos (*i. e.* a pesar de las extensas referencias en relación con la evidencia geológica y geomorfológica de la extensión de la plataforma nicaragüense, no existe un análisis de la misma en la decisión) no se sigue que la Corte no haya tomado la evidencia en consideración al momento de su conclusión; ella “puede hacer un análisis global de la evidencia y no necesita, y por lo general no, menciona cada una de las pruebas que analiza para tomar una cierta decisión”.⁷⁸ En cuanto al segundo aspecto (*i. e.* en virtud de la naturaleza limitada de su tarea, no resultaba necesario analizar si las disposiciones del artículo 76 de la Convemar reflejan el derecho internacional consuetudinario), la Corte sí indicó que el párrafo primero del artículo 76 refleja el derecho internacional consuetudinario.⁷⁹ Además, no tendría sentido que la Corte, por una parte no hubiera considerado necesario analizar si las otras disposiciones del artículo 76 de la Convemar reflejan el derecho internacional consuetudinario, y, al mismo tiempo, indicar cuáles son los requisitos que Nicaragua debía satisfacer para alegar una plataforma continental extendida.⁸⁰ Respecto del último de los aspectos (*i. e.* que lo que la

⁷⁵ *Ibidem*, p. 8, para. 26.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 8, para. 27.

⁷⁷ Véase, sección IV (2) *supra*.

⁷⁸ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, *cit.*, opinión disidente conjunta del vicepresidente Yúfuf, los jueces Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson y el juez *ad hoc* Brower, p. 9, para. 30.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 30, para. 32.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 30, para. 33.

Corte enfatizó fue la obligación de Nicaragua de presentar la información sobre los límites de su plataforma continental a la CLPC, por cuanto para ese momento no lo había hecho), la Corte en parágrafo alguno de su decisión indicó que no podía aceptar la pretensión de Nicaragua al no haber presentado aún su información a la CLPC. La lectura que dio la mayoría al parágrafo 129 para incluir en él el incumplimiento de un requisito procedimental resulta ser una adición a lo expresado en dicho parágrafo.⁸¹ Finalmente, en cuanto al énfasis que realizó la mayoría de la Corte a la frase “en el presente proceso”, los jueces disidentes señalaron que esta frase es una forma habitual de la Corte de referirse al asunto bajo estudio. Así que deducir del uso de esta frase que la Corte ha dejado abierta la posibilidad a una de las partes de regresar con la misma pretensión significaría que todas aquellas decisiones en que la Corte ha usado esta misma frase permiten que el mismo asunto pueda ser reintroducido.⁸² A la luz de estas tres cuestiones, los siete jueces disidentes concluyeron entonces que en 2012 la Corte sí se pronunció de fondo respecto de la pretensión de Nicaragua. La decisión se encuentra protegida por el principio *res judicata*, y no podía ser reintroducida por Nicaragua.

La cuarta cuestión abordada por los siete jueces disidentes en su opinión fue la posibilidad de extraer de la decisión de 2012 un requisito procedimental para la admisibilidad de la pretensión nicaragüense, a saber: la presentación de la información a la CLPC. Sin embargo, los jueces disidentes señalan que la cuestión de la admisibilidad de la pretensión nicaragüense ya había sido abordada por la Corte en su decisión sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo*.⁸³ Así,

Este razonamiento deja a la Corte en una posición extraña. Si uno acepta el punto de vista de la mayoría en el presente asunto, la Corte no debía, en el proceso del 2012, [simplemente] haber aceptado la pretensión final I (3) de Nicaragua como admisible [sino que también] debió proceder a analizarla en sus méritos. Por otra parte, si uno acepta —como la Corte hizo en el 2012— que la pretensión final I (3) de Nicaragua era admisible, entonces la lógica indica que la presentación de información ante la CLPC según el artículo 76 (8) de la Convemar no puede considerarse como un prerrequisito para adjudicar respecto de la solicitud de una plataforma continental extendida. La incoherencia de la posición de la mayoría es así evidente.⁸⁴

⁸¹ *Ibidem*, p. 10, para. 34.

⁸² *Ibidem*, p. 10, para. 35.

⁸³ *Ibidem*, pp. 11 y 12, para. 44-47.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 12, para. 49.

De hecho, para los jueces disidentes el razonamiento no es contradictorio únicamente a la luz de la decisión de 2012. También lo es según lo establecido por el artículo 76 de la Convemar y la interpretación que del mismo hace la Corte en la presente decisión. En primer lugar, el párrafo 8 de la mencionada disposición establece que el Estado ribereño debe presentar la información, que la CLPC debe hacer la recomendación, y que esta última será obligatoria. Estos tres aspectos son igual de importantes, y ninguno tiene preeminencia sobre el otro; así que no se entiende por qué únicamente el primer aspecto fue considerado por la mayoría como un requisito previo.⁸⁵ Asimismo, la mayoría de la Corte indicó en el párrafo 114 de la decisión, que la delimitación y la delineación son cuestiones distintas, y la primera puede realizarse sin que la segunda se haya cumplido. Por consiguiente,

...[s]i la delimitación se puede realizar sin una recomendación de la CLPC, ciertamente puede efectuarse sin la presentación de la información a la CLPC. Resulta ilógico decir que la mera presentación de información a la CLPC de acuerdo con el artículo 76 (8) constituye un prerequisite para la delimitación, mientras que la recomendación de la CLPC, la cual se basa en dicha presentación de información, no constituye un prerequisite para tal propósito [de efectuar la delimitación].⁸⁶

Como quinta cuestión, los jueces abordaron el propósito de la presentación de información a la CLPC. En este respecto, los jueces disidentes señalan que la mayoría de la Corte se basó en el párrafo 127 de la decisión de 2012 para determinar la existencia de un requisito previo, al indicarse allí que la información preliminar presentada por Nicaragua no cumple con lo requerido por el artículo 76 (8) de la Convemar. Sin embargo, el rol de la CLPC no es otro más que el de legitimar o aprobar la información que el Estado le ha enviado. No se entiende entonces que la mayoría considerara que la presentación de información se consideró como un requisito previo en 2012, mientras que en la actual decisión indicara que la recomendación de la CLPC no es un requisito que deba cumplir un Estado antes de solicitar a la Corte la delimitación de plataforma continental extendida.⁸⁷

Como última cuestión, los jueces disidentes señalaron que aun cuando la interpretación de la decisión de 2012 dada por la mayoría fuera la correcta, la pretensión de Nicaragua no podría de todos modos ser aceptada. Esto, debido al principio *ne bis in idem*, y que el procedimiento establecido

⁸⁵ *Ibidem*, p. 13, para. 50.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 13, para. 51.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 14, para. 58.

por el tratado ya ha sido agotado. El primero impide que una pretensión ya examinada en sus méritos pueda ser reexaminada sin importar si aquélla está protegida por el principio *res judicata*.⁸⁸ El segundo, establece que una pretensión debe declararse inadmisible si ésta se basa en el mismo procedimiento establecido por un tratado (que sea usado como base para la jurisdicción de la Corte en un proceso anterior).⁸⁹

Es en vista de todo lo anterior que los jueces disidentes consideraron que la Corte erró al haber declarado inadmisible la pretensión de Nicaragua a una delimitación de su plataforma continental más allá de las doscientas millas náuticas.

VI. LA IMPORTANCIA DE LA OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA

Una lectura de la opinión disidente conjunta muestra cómo las diferencias existentes entre los siete jueces disidentes y la mayoría de la Corte son sustanciales y se refieren a todo el razonamiento expresado por esta última para sustentar la admisibilidad de la primera pretensión de Nicaragua. Es precisamente de esas diferencias sustanciales y de las razones expresadas en la opinión disidente conjunta de donde surge la importancia de esta última en la *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense* y para el derecho internacional en general. Esta importancia puede apreciarse claramente en dos aspectos.

En primer lugar, es únicamente a la luz de una posición contraria (*i. e.* la opinión disidente conjunta) como pueden analizarse la coherencia y autoridad de la decisión de la mayoría. En este sentido, la opinión disidente conjunta resulta importante para, a través de ella, contrastar la decisión de la mayoría. Así, a modo de ejemplo, es únicamente a la luz de la opinión disidente conjunta como surge la duda respecto de por qué la Corte señaló no estar convencida con la interpretación de la frase “no puede aceptar” dada por las partes y, en consecuencia, no era relevante detenerse en su análisis. La opinión disidente parece mostrar que la razón de tal decisión se basa en el hecho de que un análisis de la frase conduciría a una conclusión contraria a la sostenida por la mayoría de la Corte. Lo mismo ocurre con los tres aspectos resaltados por la Corte tras de su análisis de los párrafos de la sección de su decisión de 2012, en que aborda la admisibilidad de la pretensión de Nicaragua. Los jueces disidentes muestran cómo de esos tres

⁸⁸ *Ibidem*, p. 15, para. 60.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 15, para. 61.

aspectos no se sigue que la Corte hubiera decidido de fondo y, además, hubiera indicado que no lo hacía al existir un requisito previo que debía cumplirse de parte de Nicaragua. Asimismo, también es únicamente a la luz de la opinión disidente conjunta como se puede entrever una contradicción en la decisión de la Corte, cuando ésta señala que en 2012 no se pronunció sobre el fondo de la pretensión de Nicaragua, siendo que expresamente la declaró admisible (y en consecuencia la debió entonces haber analizado en sus méritos en 2012). En pocas palabras, la opinión disidente conjunta es importante al resaltar algunas deficiencias en las razones que sustentan la decisión de la mayoría de la Corte.

Ciertamente, al mostrar las contradicciones y falencias de la decisión de la mayoría podría argumentarse que el efecto de la opinión disidente conjunta es el de restarle autoridad a la decisión de la Corte.⁹⁰ No obstante, esto no resulta ser cierto.⁹¹ Por un parte, la autoridad interna de la decisión (*i. e.* respecto de las partes de la controversia) está protegida por el principio *res judicata*.⁹² Es en virtud de este principio que las partes de la controversia están obligadas a cumplir con la decisión de la Corte. La opinión disidente conjunta no pone en riesgo la autoridad de la decisión *vis-à-vis* Nicaragua y Colombia. Por otra parte, la autoridad externa de la decisión (*i. e.* más allá de las partes de la controversia)⁹³ es meramente persuasiva, y, por tanto, debe persuadir.⁹⁴ Por consiguiente, para que una decisión ostente autoridad desde esta perspectiva debe basarse en “un análisis legal riguroso y un razonamiento lógico elaborado que se funde en el conocimiento, buena in-

⁹⁰ Luchaire, François, “La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Contre»: Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, vol. 8, 2000, p. 1; Kolsky Lewis, Meredith, “The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, 2006, p. 905.

⁹¹ Denti, Vittorio, “Per Il Ritorno al Voto di Scissura nelle Decisioni Giudiziarie”, en Mortati, Costantino (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 12.

⁹² Dumbauld, Eduard, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90, 1942, p. 939; Cross, Rupert, “The Ratio Decidendi and a Plurality of Speeches in the House of Lords”, *Law Quarterly Law Review*, vol. 33, 1977, p. 378.

⁹³ Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 2005, p. 1578.

⁹⁴ Tams, Christian y Tzanakopoulos, Antonio, “Barcelona Traction at 40: the ICJ as Agent of Legal Development”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 785; Von Bogdandy, Armin y Jacob, Marc, “The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma’s Declaration in the *Kosovo* Opinion”, en Fastenrath, Ulrich *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011, p. 822.

vestigación y comprensión de las cuestiones jurídicas en debate”.⁹⁵ Así, una determinación de la autoridad externa de la decisión sólo puede realizarse (como ya se ha mencionado) a la luz de una posición opuesta, a saber: la opinión disidente conjunta. Por consiguiente, la opinión disidente conjunta contribuye a la determinación de la autoridad de la decisión de la Corte y la aumenta en vez de reducirla.

El segundo aspecto en el que se puede evidenciar la importancia de la opinión disidente conjunta se encuentra en la referencia de los jueces disidentes, en la última sección de su opinión, a las consecuencias que la decisión de la Corte trae consigo para el derecho internacional en general. En efecto, los jueces disidentes señalan que el propósito del principio *res judicata* es poner fin a una controversia y proteger al demandado de una subsecuente demanda por los mismos hechos.⁹⁶ Por tanto,

...al considerar el rechazo de la pretensión de Nicaragua para una delimitación en el *Diferendo Territorial y Marítimo* como una decisión no protegida por la *res judicata*, la Corte podría ser vista por alguien como estando dispuesta a reabrir un caso, lo cual no puede ser el caso... [la Corte] no puede permitirse ser vista como si permitiera a los Estados introducir la misma controversia una y otra vez. Tal escenario socavaría la seguridad, estabilidad y seguridad que las decisiones de esta Corte deben proveer.⁹⁷

De esta manera, los jueces disidentes parecen advertir que la decisión de la Corte sobre excepciones preliminares en la *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense* debe tomarse como una excepción; los Estados no deben entonces interpretarla como un mensaje de que el principio *res judicata* es flexible. La opinión disidente conjunta es importante en limitar la aplicabilidad (como precedente) de la decisión al asunto específico a que se ha referido la Corte.⁹⁸

⁹⁵ Schill, Stephan W., “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 424; *cfr.* Hernández, Gleider I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 118.

⁹⁶ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast*, *cit.*, opinión disidente conjunta del vicepresidente Yusuf, los jueces Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson y el juez *ad hoc* Brower, p. 16, para. 65.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 16 y 17, para. 66 y 67.

⁹⁸ Kelman, Maurice, “The Forked Path of Dissent”, *Supreme Court Review*, s.v., 1985, pp. 242-257; Wood, Diane P., “When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle: The Art of Decision making on a Multi-Member Court”, *California Law Review*, vol. 100, 2012, p. 1445.

VII. CONCLUSIÓN

Sir Gerald Fitzmaurice, antiguo juez de la Corte, anotó en uno de sus escritos académicos que,

...aun cuando las decisiones unánimes —desde el punto de vista del caso concreto— son preferibles, la misma decisión es menos interesante para un abogado a comparación de una decisión que además de ser respaldada por una gran mayoría, está acompañada de algunas opiniones separadas o disidentes.⁹⁹

Precisamente, lo que hace importante la decisión de la Corte en la *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense* (más allá de haber sido decidida por el voto de su presidente) es que una opinión disidente ha sido adjuntada a la misma.

Dos cuestiones adicionales, y a la vez relacionadas con la que ha sido mencionada, hacen que esta decisión sea aún más interesante. Primero, que la disidencia de siete jueces haya sido formulada en una opinión conjunta. Por lo general los jueces disidentes suelen formular su propia opinión disidente, pues cada uno quiere enfatizar un punto particular de la razón de su disidencia y dar un matiz especial a sus argumentos.¹⁰⁰ Así, el hecho de que siete de los ocho jueces disidentes hayan plasmado las razones de su disidencia hace que el asunto sea importante. Segundo, que de los dieciséis jueces que conformaron la Corte para este asunto, once también tomaran parte en la decisión de la Corte en 2012 sobre el fondo del asunto en el *Diferendo Territorial y Marítimo*. Así, resulta curioso que de estos once jueces siete hayan adoptado una posición en el presente asunto, y los cuatro restantes, una completamente distinta. Esto hace pensar que al momento de votar en 2012 respecto de la admisibilidad de la pretensión nicaragüense no todos los jueces tuvieron en mente estar haciéndolo por los mismos motivos.

Es teniendo en cuenta (y a la luz de) estas cuestiones, que esta contribución ha abordado la decisión sobre excepciones preliminares de la Corte en la *Cuestión de Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas náuticas desde la Costa Nicaragüense*. Así, se ha enfocado en un análisis de la decisión, contrastándola con la opinión disidente conjunta. El objeto de este

⁹⁹ Fitzmaurice, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950, p. 1.

¹⁰⁰ Verzijl, Jan Hendrik Willem, “Problems of Jurisdiction: Reflections on some Puzzling Aspects of the Ambatielos Case”, *Netherlands International Law Review*, vol. 1, 1953, p. 69.

análisis era el de resaltar la importancia de la opinión disidente conjunta, al punto de que esta última parece ser más útil que la decisión misma de la mayoría.¹⁰¹

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO GALVIS, Ricardo *et al.*, “El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el «Diferendo Territorial y Marítimo» (Nicaragua c. Colombia)”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2012.
- ABELLO GALVIS, Ricardo *et al.*, “Traducción de la sentencia de la Corte internacional de Justicia en el caso *Cuestión de delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas náuticas desde la costa nicaragüense*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017.
- CROSS, Rupert, “The Ratio Decidendi and a Plurality of Speeches in the House of Lords”, *Law Quarterly Law Review*, vol. 33, 1977.
- DENTI, Vittorio, “Per Il ritorno al voto di Scissura nelle decisioni giudiziarie”, en MORTATI, Costantino (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964.
- DUMBAULD, Eduard, “Dissenting Opinions in International Adjudication”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90, 1942.
- FITZMAURICE, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950.
- GREEN, L. C., “Right of Asylum Case”, *International Law Quarterly*, vol. 4, 1951.
- IMAD KHAN, M. y RAINS, David J., “Doughnut hole in the Caribbean Sea: The Maritime Boundary between Nicaragua and Colombia according to the International Court of Justice”, *Houston Journal of International Law*, vol. 35, 2013.
- JENNINGS, Robert Yewdall, “The Collegiate Responsibility and Authority of the International Court of Justice”, en DINSTEIN, Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1989.
- KELMAN, Maurice, “The Forked Path of Dissent”, *Supreme Court Review*, s. v., 1985.

¹⁰¹ Green, L. C., “Right of Asylum case”, *International Law Quarterly*, vol. 4, 1951, p. 238.

- KOLSKY LEWIS, Meredith, “The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, 2006.
- LUCHAIRE, François, “La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Contre»: Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, vol. 8, 2000.
- MATEUS RUGELES, Andrea, “Denuncia del Pacto de Bogotá. Implicaciones jurídicas para Colombia”, en HOLMES TRUJILLO, Carlos y TORRES VILLAREAL, Mauricio (eds.), *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya. Análisis del caso Nicaragua c. Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.
- SARMIENTO LAMUS, Andrés, “Impacto e implementación en Colombia de la decisión de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el *Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua v. Colombia)*”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 16, 2016.
- SCHILL, Stephan W., “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010.
- TAMS, Christian y TZANAKOPOULOS, Antonio, “Barcelona Traction at 40: the ICJ as Agent of Legal Development”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010.
- URUEÑA, René, “Colombia se retira del pacto de Bogotá. Causas y efectos”, *Anuario de Derecho Público*, 2013.
- VERZIJL, Jan Hendrik Willem, “Problems of Jurisdiction: Reflections on some Puzzling Aspects of the Ambatielos Case”, *Netherlands International Law Review*, vol. 1, 1953.
- VON BOGDANDY, Armin y JACOB, Marc, “The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma’s Declaration in the *Kosovo* Opinion”, en FAS- TENRATH, Ulrich et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011.
- WOOD, Diane P., “When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle: The Art of Decision making on a Multi-Member Court”, *California Law Review*, vol. 100, 2012.

OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. BOLIVIA *VS.* CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La objeción preliminar de Chile a la competencia de la CIJ.* III. *¿Por qué Bolivia decide demandar y por qué de esa manera?* IV. *Antecedentes históricos.* V. *Génesis del problema. El Tratado de Límites entre Bolivia y Chile de 1866.* VI. *La Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta.* VII. *Tratado de 1874.* VIII. *La Guerra del Pacífico.* IX. *Pacto de Tregua.* X. *El Tratado de Paz y Amistad del 20 de octubre de 1904.* XI. *Después de la guerra la relación entre los dos países cambió.* XII. *Bases de la obligación de negociar, según Bolivia.* XIII. *Acuerdos bilaterales.* XIV. *Los actos unilaterales como fuente de derecho internacional.* XV. *En realidad, ¿no existe la obligación de negociar?* XVI. *¿Qué queda del caso después de la sentencia de la CIJ?* XVII. *Conclusiones.* XVIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de abril de 2013, el gobierno plurinacional de Bolivia presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra Chile, pidiendo que se reconozca la obligación que tiene este último de negociar de buena fe y efectivamente con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que permita a Bolivia un acceso, de soberanía total, al océano Pacífico. Se funda la competencia de la Corte en el artículo XXXI del Tratado Americano de Solución de Controversias de 1948, también denominado Pacto de Bogotá.

Si la demanda de Bolivia se refería concretamente, como se acaba de señalar, a la obligación de Chile de negociar de buena fe y efectivamente con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo para que se conceda a Bolivia un acceso soberano total al océano Pacífico, se establece que el objeto de la disputa tiene que ver con:

- a) La existencia de tal obligación;
- b) El incumplimiento de tal obligación por Chile;
- c) La obligación de Chile de cumplir con tal obligación.¹

Con lo anterior, Bolivia, en un movimiento jurídico internacional ante la CIJ, en un intento por conseguir una salida al mar, ponía contra la pared a Chile. No obstante, la medida de Bolivia llamó la atención, porque no solicitó directamente, como se podría esperar, una salida al mar. La posición era bastante riesgosa e incierta, pues de la negociación podía desprenderse tanto el éxito como el fracaso de su objetivo fundamental, que es conseguir una salida al mar.

II. LA OBJECCIÓN PRELIMINAR DE CHILE A LA COMPETENCIA DE LA CIJ

El 15 de julio de 2014 el gobierno chileno interpuso una objeción preliminar respecto de la competencia de la Corte, alegando que la CIJ carecía de competencia. El Pacto de Bogotá es muy claro en lo que respecta a la competencia de la CIJ. Los Estados partes tienen obligación de someter sus diferencias a la Corte. Entonces, el cuestionamiento que hace Chile es bastante trascendente, por lo que a continuación veremos. De acuerdo con el Pacto de Bogotá, los Estados parte tienen la obligación, de conformidad con el artículo XXXII, de someter sus diferencias a la CIJ,² aunque establece ciertas excepciones, contenidas en el artículo VI:

Artículo VI. Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto.

Entonces, de acuerdo con el alegato de Chile, la CIJ debería aplicar este artículo, pues el reclamo de Bolivia de acceso al Pacífico ya se había

¹ CIJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, excepciones preliminares, fallo, 24 de septiembre de 2015, para. 27.

² El Pacto de Bogotá, en su artículo XXXII, dispone: “Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1 del artículo 36 del mismo Estatuto”.

resuelto de conformidad con el Tratado de 1904.³ La objeción chilena es trascendente desde el punto de vista técnico, pues, de haberlo aceptado la Corte, el caso se hubiera dado por terminado, no habiendo qué negociar, y con esto el asunto se habría resuelto. En cambio, si se rechazaba el argumento, significaba que el Tratado de 1905 no había resuelto un problema que ya rebasa el siglo.

En sus objeciones preliminares, Chile alega⁴ que la demanda de Bolivia no tiene por objeto buscar una negociación abierta, compuesta de intercambio de buena fe, sino negociaciones con un resultado judicial predeterminado. De esa manera, las obligaciones de negociar deberían verse como “un medio artificial” para aplicar el derecho demandado de Bolivia de un acceso soberano al océano Pacífico. Además, agrega Chile que el acceso de Bolivia al mar sólo se puede lograr a través de la revisión o la nulidad del Tratado de Paz de 1904, sobre el cual las partes ya acordaron.

Esta postura de Chile parece lógica, pues la demanda histórica de Bolivia es la salida al mar, no la negociación *per se*.

Por su parte, en su respuesta, Bolivia insiste en que la sustancia de su demanda estriba en que se reconozca que Chile tiene una obligación de negociar el soberano acceso de Bolivia al mar y el resultado de tales negociaciones. En consecuencia, plantea Bolivia que las modalidades específicas del acceso soberano no son materia de la Corte, sino de los futuros acuerdos a ser negociados de buena fe por las partes. Además, afirmó Bolivia que “no hay una discusión relativa a la validez del Tratado de Paz de 1904 y que no busca la revisión o nulidad de ese Tratado en ese procedimiento”, y que “la obligación de negociar existe independientemente de, y en paralelo al Tratado de Paz de 1904”.⁵

La Corte le da la razón a Bolivia, pues considera que su objetivo en el asunto solamente es declarar si hay una obligación a negociar, para nada determinar el contenido de la negociación en tal caso. En consecuencia, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2015, rechaza la objeción chilena y declara que la Corte sí tendría competencia sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá.

³ “As a preliminary objection, it argued that Article VI of the Pact of Bogota precluded the Court from taking up the case. The matter underlying Bolivia’s claim —territorial access to the Pacific— was already settled by the 1904 Treaty between Bolivia and Chile. So, Bolivia’s case was not really about an obligation to negotiate. The Court, according to Chile, did not have jurisdiction because of the real subject matter, and because it was already settled” (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, para. 27.

⁴ *Ibidem*, para. 28 y 29.

⁵ *Ibidem*, para. 30.

Con esta sentencia incidental, Bolivia consiguió un gran triunfo, aunque a lo mejor ni siquiera se lo propuso, pues el incidente previo fue promovido por Chile.

En efecto, Bolivia logró que judicialmente se reconociera que hay un conflicto por la cerrazón de Bolivia al mar, un conflicto histórico en donde Chile es la otra parte. Aunque no lo diga la CIJ, se puede inferir que ese conflicto no lo solucionó el tratado de Paz de 1904 ni ningún otro acuerdo posterior. Hasta aquí, lo que quedó pendiente de resolver es si hay una obligación de negociar para resolver ese problema entre Bolivia y Chile. Además, de acuerdo con otros observadores, Bolivia consiguió “el derecho a exponer los argumentos de fondo que subyacen a su centenaria aspiración marítima ante el máximo órgano judicial internacional, la Corte Internacional de Justicia. Chile hubiera deseado evitar este escenario mediante un recurso preliminar pero no lo consiguió. El balance es claro”.⁶

III. ¿POR QUÉ BOLIVIA DECIDE DEMANDAR Y POR QUÉ DE ESA MANERA?

Desde el punto de vista de estrategia jurídica, llama la atención por qué Bolivia decide demandar el reconocimiento de la obligación de negociar, cuando sabemos que una negociación está abierta a la incertidumbre, pues depende de la capacidad y de la solidez de los argumentos de quien negocia. Una negociación puede ser muy azarosa. En una negociación, en esencia, se gana o se pierde, pues, aunque se puede afirmar que las partes negociadoras pueden beneficiarse en forma equitativa, siempre habrá quien gane menos de lo que pretendía o aun de lo que corresponde, según su derecho.

Para decidir por esa postura, parece que el gobierno de Bolivia partió de dos razones concretas:⁷ primero, decide respetar el Tratado de 1904. Al respecto, Chile ha argumentado que una salida de Bolivia al mar significaría una modificación del Tratado de 1904, significando en consecuencia una violación al principio *pacta sunt servanda*, además de que las fronteras son irreversibles. Bolivia, por su parte, asegura que su fin no es tratar de anular o reformar el Tratado de 1904. y es precisamente por eso que propone una nueva negociación.

⁶ Wieland Conroy, Hubert, “Bolivia versus Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Sentencia sobre la excepción preliminar de Chile”, 3 de octubre de 2015, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2015/10/03/fallo-del-24-de-setiembre-de-2015/hubert/>.

⁷ Orias Arredondo, Ramiro, “La demanda marítima de Bolivia en La Haya: entre el *pacta sunt servanda* y la *promissio est servanda*”, *La Balsa de Piedra*, núm. 10, enero-marzo de 2015, pp. 9-11.

La segunda razón tiene que ver con la “política pendular” de Chile, que en algunos casos hace acercamientos para negociar, y en otros se aleja, para negar contundentemente asuntos pendientes con Bolivia, alegando que el asunto de la salida al mar de este país se agotó con el tratado de 1904. Precisamente, Sebastián Piñera llega al gobierno de Chile con una política de negociación en cuanto a reconocer el diferendo con Bolivia; es por eso que se consideró que la única opción sería acudir ante la CIJ.

IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El siglo XIX se caracteriza porque las colonias que los europeos, entre ellos los españoles, tenían en América, lograron su independencia.

Además, las nuevas entidades estatales que surgieron de la independencia no tenían límites claros y concretos. Los vastos territorios que la administración colonial poseía, una vez que se logra la independencia, sufren un fenómeno de disgregación fragmentaria. De tal manera que los entonces grandes territorios que poseía la administración colonial de la península ibérica empezaron a ser repartidos entre los caudillos victoriosos. Por ejemplo, en 1830, de la Gran Colombia⁸ surgieron tres nuevos Estados (Ecuador, Panamá y Venezuela), independientemente de la actual Colombia. Del enorme territorio de lo que fue el virreinato del Río de la Plata surgieron nuevas naciones; precisamente las actuales Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Brasil (sur), Chile (norte) y Perú (sudeste).

En 1836, la Federación Centroamericana se dividió en cinco países distintos: Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua, y destataron en el siglo XIX grandes guerras entre los nuevos países: Guerra Argentina-Brasil (1826-1828), Guerra de la Triple Alianza (1864) y la Guerra del Pacífico (1879).⁹ A eso hay que sumar la pérdida de parte de territorio de lo que era la Nueva España, primero con la separación de Texas y después de un enorme territorio a favor de Estados Unidos, al norte del río Bravo.

En el caso concreto, Chile logró su independencia en 1818, mientras que Bolivia lo hizo en 1825.¹⁰ En virtud del principio de *uti possidetis*, ambos

⁸ La Gran Colombia fue creada en 1821; duró hasta 1831, y fue sucesora de cuatro entidades coloniales: el virreinato de la Nueva Granada, la capitanía general de Venezuela, la presidencia de Quito y la provincia libre de Guayaquil.

⁹ Ibarra, Ana Carolina, “Las fronteras en América Latina al concluir la lucha por la independencia”, en Piñera, David (coord.), *Las fronteras en Iberoamérica, ayer y hoy*, Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California, 1994, pp. 53-55.

¹⁰ (*Bolivia v. Chile*), fondo, fallo, 1 de octubre de 2018, pp. 15 y 16, para. 19-25.

nuevos Estados conservaban los límites territoriales que tenían durante el dominio español, por lo que Bolivia tenía una frontera marítima a lo largo del océano Pacífico de cuatrocientos kilómetros.

Pero no fue sino hasta el 10 de agosto de 1866 cuando Chile y Perú firmaron el Tratado de Límites Territoriales cuando las fronteras fueron debidamente establecidas y se hizo un intercambio de ratificaciones el 9 diciembre de 1866. Más tarde, los límites fueron ratificados mediante el Tratado de Límites del 6 de agosto de 1874, y se intercambiaron instrumentos de ratificación en 1875; a estos tratados nos referimos a continuación.

V. GÉNESIS DEL PROBLEMA. EL TRATADO DE LÍMITES ENTRE BOLIVIA Y CHILE DE 1866

Además de lo antes dicho, hay que tomar en cuenta que el siglo XIX se caracteriza porque en muchos de los recién nuevos Estados en América Latina hay un desorden institucional e incapacidad de crear gobiernos estables y capaces de construir en la práctica las instituciones necesarias para crear Estados fuertes. Así, con esa debilidad institucional, se vieron envueltos en guerras en donde algunos perdieron parte de su territorio; es el caso de México y Bolivia.

Para entender mejor el problema del conflicto creado por la falta de salida al mar de Bolivia, hay que remontarse al siglo XIX, con la gestación del conflicto entre Chile y Bolivia, y después en el tratado de 1886, que indudablemente es un acuerdo que contiene la génesis de la disputa entre los dos países andinos.

En principio, hay que mencionar que los límites dejados por España después de que los nuevos Estados adquieren su independencia son bastante vagos, sobre todo en la parte que se conoce como el desierto de Atacama, evidentemente por el carácter hostil de la geografía, que hace complicado su acceso, y por su supuesta carencia de importancia económica.

Para 1840, los dos Estados tenían poblaciones pequeñas en la región. Sin embargo, para ese año la situación se modificó sustancialmente, pues se descubrieron depósitos de guano y salitre, que se utilizan como fertilizantes, lo que trajo como consecuencia que en 1842 Chile unilateralmente¹¹ declarara que le pertenecía parte del litoral de Atacama, hasta entonces conside-

¹¹ Por la ley del 31 de octubre de 1842, y posteriormente, un año más tarde, se creó la provincia chilena de Atacama, con lo cual la frontera norte de Chile se fijó en el paralelo 23°S.

rado como parte del territorio de Bolivia, motivo por el cual el gobierno de este Estado reclamó.

Esta disputa por el territorio provocó que se negociara un tratado; ése fue el origen del tratado de 1866.

La cuestión trascendente es que el tratado no sólo se refería a fijar los límites entre los dos Estados, sino que se estableció una cláusula que tenía que ver con la explotación del guano y los recursos mineros.¹² Esto fue producto de una gran tensión entre los dos Estados, que se atenuó en 1865 con motivo de la guerra con España,¹³ que produjo un paréntesis en el conflicto Bolivia-Chile; en ese entonces, Chile, Perú, Bolivia y Ecuador se aliaron para hacerle un frente común a España.

Ésos son los prolegómenos de la negociación y firma del primer tratado para establecer los límites entre los dos países. Aunque hay que insistir: no sólo establecen límites, pues se refieren también a la explotación comercial del guano y de los minerales. El tratado contiene ocho artículos; el primero fija los límites entre los dos Estados en el paralelo 24 S “desde el litoral del Pacífico hasta los límites orientales de Chile”; precisamente estos últimos límites no fueron precisados. En el artículo segundo se estableció que las partes se repartirían por mitad las ganancias de la explotación de los recursos derivados del guano que se descubriera en Mejillones y los “que se descubriesen en el territorio comprendido entre el paralelo 23°S al 25°S, así como los derechos de exportación que se perciban sobre los minerales en el mismo territorio (zona de beneficios mutuos)”.¹⁴

Los artículos 3 y 4 eran muy importantes, pues establecían una obligación fiscal para Bolivia, que después resultó ser la fuente de la disputa entre los dos Estados.¹⁵

¹² Wieland Conroy, Hubert, *El Tratado de 1866: primer tratado de límites entre Bolivia y Chile*, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2016/08/10/el-tratado-de-1866-entre-bolivia-y-chile/hubert/> (fecha de consulta: 16 de abril de 2019).

¹³ *La guerra con España (1865-1866)*, disponible en: <https://guerraconespana1.blogspot.com/2012/10/la-guerra-con-espana-1865-1866.html>.

¹⁴ Tratado de límites entre Bolivia y Chile de 1866, disponible en: <http://guerradelsalitre.cl/tratado-de-limites-entre-bolivia-y-chile-de-1866/> (fecha de consulta: 7 de junio de 2020).

¹⁵ “El artículo 3o. se obligaba a Bolivia a habilitar un puerto y una aduana en Mejillones, que sería el único lugar por donde pasarían los productos explotados para su exportación. Chile tendrá derecho a nombrar empleados fiscales que intervendrán en el departamento de contabilidad de esta aduana con pleno derecho de inspección. A Bolivia se le concederá un derecho igual en caso de que Chile establezca una aduana al sur del paralelo 24°S”.

“El artículo 4o. liberaba del pago de derechos de exportación de los productos comprendidos entre los paralelos 24°S y 25°S que salgan por Mejillones, y eximía de pago de derechos de importación a los productos chilenos internados también en Mejillones”, *idem*.

El tratado de 1866, como se ve, es una suma de dos tratados; por una parte, el tratado de límites, que era tan necesario y esperado por las dos partes, pero que tenía su debilidad, al ser mezclado con un acuerdo económico de explotación y comercialización del guano y los recursos minerales. Precisamente esta parte del tratado es la simiente de lo que posteriormente hizo crisis.

VI. LA COMPAÑÍA DE SALITRES Y FERROCARRIL DE ANTOFAGASTA

La historia de la presencia de Chile en la región que ahora se denomina Antofagasta¹⁶ se inicia cuando José Santos Ossa y Francisco Puelma, en 1866 lograron una concesión del gobierno boliviano para la explotación de terrenos salitrosos. Más tarde, en 1868, se formaría la Compañía Melbourne Clark (Melbourne Clark y Cía.), una compañía de capital y socios chilenos-ingleses (los chilenos Agustín Edwards Ossandón y Francisco Puelma y la empresa inglesa Gibbs & Cía., respectivamente).

Más adelante, en 1968, esta empresa obtiene una ampliación de la concesión otorgada por el gobierno boliviano en 1866, y esta vez se amplía por quince años. Además, en 1872, la exitosa empresa de capital mixto obtiene la concesión para construir un ferrocarril y se convierte en la Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta. Al año siguiente, el 27 de noviembre de 1873, esta compañía firmó un contrato con el gobierno de Bolivia, en el cual éste se comprometió a permitir por quince años la explotación de mineral libre de derecho, en una extensión de terreno desde Antofagasta hasta Salinas. Dicho contrato no entró en Vigor, pues necesitaba la aprobación del Poder Legislativo. Sin embargo, este hecho es muy importante, pues denota la gran importancia económica, por la explotación de los recursos minerales, y el interés de las grandes potencias en la región.

VII. TRATADO DE 1874

En reemplazo del tratado de 1866, en 1874 Chile y Bolivia celebran otro tratado de límites, que vuelve a contener condiciones de carácter económico, al mismo tiempo que establece límites geográficos. El tratado fue ratificado por la Asamblea boliviana el primero de noviembre de 1874.

¹⁶ Halperin Donghi, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, 13a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2016, pp. 266-274.

El artículo IV de dicho tratado dice:

Los derechos de exportación que se impongan sobre los minerales exportados en la zona de terreno de que hablan los artículos precedentes, no excederán la cuota de la que actualmente se cobra, y las personas, industrias y capitales chilenos no quedarán sujetos a más contribuciones de cualquiera clase que sean que las que al presente existen. La estipulación contenida en este artículo durará por el término de veinticinco años.

Ahora bien, como habíamos dicho antes, el contrato de explotación de 1873, que de acuerdo con la Constitución de Bolivia debería pasar por la Asamblea Nacional Constituyente, se condicionó al pago de un impuesto al salitre exportado. Esta decisión fue rechazada por el gobierno chileno, pues se consideró una violación del artículo IV antes mencionado, y, por supuesto, afectaba a la Compañía de Salitre y Ferrocarril de Antofagasta.

La negativa escaló más el conflicto, pues, ante la negativa, el gobierno de Bolivia decidió decretar el embargo y remate de la ahora poderosa compañía chileno-inglesa. Esto fue considerado *casus belli* por el gobierno de Chile.

VIII. LA GUERRA DEL PACÍFICO

La madrugada del 14 de febrero de 1879 es una fecha crucial para la historia de Sudamérica, pues ese día las fuerzas de la armada de Chile desembarcaban en el puerto boliviano de Antofagasta.¹⁷ Más tarde, el 5 de abril de 1879, Chile declaró la guerra contra Perú y Bolivia, en lo que se llamó la “Guerra del Pacífico”,¹⁸ que duró de 1879 a 1883;¹⁹ por supuesto, ésta tuvo secuelas, y creemos que se mantienen.

La causa aparente de la guerra se encuentra en la violación del Tratado de límites de 1874, que prohibía nuevos impuestos o el aumento de éstos, ya que en febrero de 1878 Bolivia estableció un nuevo impuesto a la empresa chilena Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta (CSFA). A pesar del reclamo chileno, Bolivia declaró que el establecimiento del impuesto era un asunto de derecho interno, y se negó a retirarlo; por el contrario, por el impago del mismo rescindió la licencia y embargo de bienes de la empresa.

¹⁷ Orias Arredondo, Ramiro, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Kenneth, Manusama, *Current cases: Bolivia v. Chile*, disponible en: <http://manusama.com/2017/02/06/current-cases-bolivia-v-chile/> (fecha de consulta: 17 de abril de 2019).

¹⁹ Halperin Donghi, Tulio, *op. cit.*

Precisamente, el día del remate de la empresa CSFA, el 14 de febrero de 1879, el ejército chileno ocupó, sin encontrar resistencia, la población boliviana de Antofagasta. Esta ciudad, en aquel tiempo ya tenía una población mayoritariamente chilena. El ejército chileno rápidamente avanzó hasta llegar al paralelo 23°S.

A partir del 1 de marzo 1879, Bolivia se declaró en estado de guerra contra Chile, que por su parte, ante la negativa de que Perú se declarara país neutral, el 5 de abril de 1879 declaró la guerra a los dos países. Perú y Bolivia habían acordado previamente una alianza secreta.

Para fines de 1879, Chile ocupó la provincia peruana de Tarapacá, y a comienzos de 1880, las ciudades de Tacna y Arica. En ese momento Bolivia abandonó militarmente la guerra. El ejército chileno siguió avanzando, y en enero de 1881 ocupó Lima. Todavía, la contienda bélica se mantuvo por dos años más, con la resistencia del remanente del ejército peruano, guerrilleros y “montoneros”.

En 1883 se firmó el Tratado de Ancón entre Chile y Perú, mediante el cual, entre otras cosas, este país cedió el departamento de Tarapacá y le fueron retenidas las provincias de Tacna y Arica. Hasta 1929, con el Tratado de Lima se estableció el estatus definitivo de las dos ciudades: Arica se quedó con Chile y Tacna con Perú.

IX. PACTO DE TREGUA

Por otra parte, en 1884 se firma el Pacto de Tregua entre Bolivia y Chile, en el cual se pactan pérdidas importantes de territorio boliviano, y todavía con territorio en disputa, que se remiten al tratado de 1904 entre Chile y Bolivia.

Como resultado de ella, Chile ocupó el territorio costanero de Bolivia. Para dar fin a la guerra, Chile y Bolivia firmaron el Pacto Truce, del 4 de abril de 1884, en Valparaíso, Chile, y mediante el cual este último Estado se mantuvo en el dominio del territorio costanero desde el paralelo 23 a la boca del río Loa en el Pacífico, es decir, la región costanera de Bolivia.

Por su parte, Chile y Perú firmaron el 20 de octubre de 1883 el Tratado de Ancón, por el cual Perú cedió a Chile la provincia costanea de Tarapacá, y además se quedaría en posesión de las provincias de Tacna y Arica, por un periodo de diez años, al final de los cuales se debería realizar un plebiscito para determinar definitivamente bajo qué soberanía se quedaban.

En 1895, Chile y Bolivia firmaron tres tratados, que nunca se ratificaron, y, en consecuencia, no entraron en vigor, por lo que aquí sólo los mencionamos:

- Un Tratado de Paz y Amistad. En él se reafirmaron los límites del Pacto Truce de 1884, y la soberanía de Chile sobre el territorio costanero, señalado en dicho Pacto.
- Un tratado de transferencia de territorio. Las partes acordaron que los territorios de Tacna y Arica fueran transferidos a Bolivia; por su parte, Chile adquiere el dominio de la soberanía permanente sobre ello, ya sea por una negociación directa o mediante el plebiscito que se contempla en el Tratado Ancón de 1883. En el caso de que Chile no logre obtener esos territorios, se estableció que Chile debería ceder a Bolivia el territorio desde la entrada Vitor hasta el barranco Camarones o un territorio equivalente.
- Por último, un tratado de comercio.

X. EL TRATADO DE PAZ Y AMISTAD DEL 20 DE OCTUBRE DE 1904

Mediante este tratado, oficialmente se terminó la Guerra del Pacífico entre Chile y Bolivia. El tratado entró en vigor el 10 de marzo de 1905. De acuerdo con los términos de su artículo II, el territorio que ocupó Chile fue el señalado en el Pacto Truce de 1884, que se consideró absoluto y a perpetuidad a favor de Chile. Con eso, Bolivia perdió el territorio que le daba una salida al mar.

Por otra parte, el artículo III estableció la construcción de un tren entre el puerto de Arica y La Paz a costa de Chile, que fue inaugurado el 13 de mayo de 1913.

En las cláusulas IV y V se establecen beneficios económicos para el gobierno de Bolivia. En el artículo IV se pacta que el

Gobierno de Chile se obliga a entregar al Gobierno de Bolivia la cantidad de trescientas mil libras esterlinas en dinero efectivo y en dos parcialidades de ciento cincuenta mil libras; debiendo entregarse la primera parcialidad seis meses después de canjeadas las ratificaciones de este Tratado; y la segunda, un año después de la primera entrega.

En la cláusula V, Chile se obliga a cancelar créditos “reconocidos por Bolivia”. En los artículos VI y VII, Chile reconoce a favor de Bolivia y a perpetuidad el tránsito comercial por su territorio y por el puerto del Pacífico, así como el derecho a establecer agencias aduaneras. Los artículos VII al XI se refieren a asuntos de comercio entre los dos países y a cómo pueden los bolivianos comercializar sus productos al extranjero.

La última cláusula es una cláusula compromisoria de arbitraje, en donde se señala como árbitro a “su Majestad el Emperador de Alemania”.

El Tratado de Paz y Amistad de 1904 es un típico tratado de capitulación o rendición que le siguió a la Guerra del Pacífico, que si bien tiene disposiciones de carácter comercial (el anuncio de un acuerdo comercial), no se manifiesta como un acuerdo comercial de cooperación, sino un tratado que establece las condiciones de posguerra, en donde Bolivia, país vencido, pierde una parte importante de su territorio.

El tratado, como es evidente, no estableció bases sólidas para la relación pacífica entre ambos Estados. Todavía, aparte del juicio ante la CIJ, en la sociedad de ambos países se sigue discutiendo ese tratado.

XI. DESPUÉS DE LA GUERRA LA RELACIÓN ENTRE LOS DOS PAÍSES CAMBIÓ

Como producto de la Guerra del Pacífico, Chile extendió su territorio para ocupar Antofagasta en Bolivia, Tarapacá, Arica y Tacna en el Perú. Después le tocaba legalizar su expansión, y eso lo logró con dos tratados celebrados con sus vecinos, el Tratado de Paz y Amistad de 1904 con Bolivia y el Tratado de Paz y Amistad de 1929 con Perú.

En el caso de Bolivia, desde los orígenes del nuevo *statu quo* territorial empezó a reclamar una salida al mar. Como recuerda Orias, en 1910, precisamente pocos años después de la firma del Tratado de 1904, el ministro de Asuntos Exteriores de Bolivia, el célebre jurista Daniel Sánchez Bustamante, se dirigió a los países de América, mediante un histórico memorando, que expresaba:

Bolivia no puede vivir aislada del Mar,... que requiere poseer por lo menos un puerto cómodo sobre el Pacífico,... y que para la solución de este gran problema está dispuesta a proponer bases y compensaciones satisfactorias a las Cancillerías de Lima y Santiago, para solucionar el conflicto de Tacna y Arica... estableciendo la soberanía territorial de Bolivia en la zona intermedia sobre la costa del Pacífico.²⁰

XII. BASES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR, SEGÚN BOLIVIA

En su demanda, Bolivia solicita que la CIJ declare que hay una obligación por parte de Chile de negociar con ella un acuerdo que subsane su carencia de salida al mar. Para eso, Bolivia invoca una serie de instrumentos legales

²⁰ Orias Arredondo, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

y argumentos, como los acuerdos bilaterales o declaraciones u otros actos unilaterales; la aquiescencia; el *estoppel* y las expectativas legítimas. Además, invoca la Carta de San Francisco y la Carta de la OEA.

XIII. ACUERDOS BILATERALES

En principio, Bolivia alega que existen varios acuerdos bilaterales celebrados entre Chile y Bolivia, que obligan a Chile a negociar un acceso de Bolivia al mar, y esos acuerdos se realizaron en diferentes momentos de la historia de la relación, no siempre cordial, entre los dos Estados. Además, Bolivia, apoyándose en el artículo 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, alega que independientemente de la forma de los acuerdos, que pueden ser orales o escritos, sí hay una obligación convencional de negociar.

Por su parte, Chile alega que

...una expresión de deseo de negociar no puede crear una obligación de negociar para las partes y que si las palabras usadas “no sugieren una obligación legal, entonces ellas caracterizarán sólo una postura puramente política” (if the words used “are not suggestive of legal obligations, then they will be characterizing a purely political stance”), aunque Chile reconoce que solo en casos excepcionales, la Corte ha encontrado que existe un acuerdo tácito: “...only in exceptional cases has the Court found that a tacit agreement has come into existence”.²¹

Por su parte, la Corte reconoce que los acuerdos no escritos pueden tener una fuerza obligatoria, independientemente de la forma que los acuerdos tengan, pero que requieren una intención de las partes para ser sujetos de obligaciones legales. Esto se aplica inclusive para los acuerdos tácitos (parágrafo 97).

97. The Court notes that, according to customary international law, as reflected in Article 3 of the Vienna Convention, “agreements not in written form” may also have “legal force”. Irrespective of the form that agreements may take, they require an intention of the parties to be bound by legal obligations. This applies also to tacit agreements. In this respect, the Court recalls that “[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling” (Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, para. 253).

²¹ (Bolivia v. Chile), fondo, fallo, *cit.*, para. 96.

La CIJ se basa en el artículo 2, párrafo 1 (a), que, según este tribunal, es un reflejo de la costumbre internacional, y afirma que el consentimiento de los Estados para ser obligatorio por un acuerdo debe ser expresado en los instrumentos que se intercambian, y en el caso de la relación entre Bolivia y Perú, no se prueba.²² También, la CIJ habla de una práctica usual en relación con el intercambio de notas, destinadas a realizar un acuerdo internacional que no se encuentra en las notas intercambiadas entre Bolivia y Chile.²³ Ni siquiera la CIJ ve una aceptación de Chile a negociar en el Memorandum Trucco.²⁴ Incluso la CIJ ve a la Declaración de Charaña como un “documento de naturaleza política”.²⁵ Aún más, citando el caso

²² “The Court observes that, under Article 2, paragraph 1 (a), of the Vienna Convention, a treaty may be embodied in two or more related instruments”. According to customary international law as reflected in Article 13 of the Vienna Convention, the existence of the States’ consent to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them requires either that “[t]he instruments provide that their exchange shall have that effect” or that “[i]t is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect”. The first condition cannot be met, because nothing has been specified in the exchange of Notes about its effect. Furthermore, Bolivia has not provided the Court with adequate evidence that the alternative condition has been fulfilled”. *Ibidem*, para. 117.

²³ “The Court further observes that the exchange of Notes of 1 and 20 June 1950 does not follow the practice usually adopted when an international agreement is concluded through an exchange of related instruments. According to that practice, a State proposes in a note to another State that an agreement be concluded following a certain text and the latter State answers with a note that reproduces an identical text and indicates its acceptance of that text. Other forms of exchange of instruments may also be used to conclude an international agreement. However, the Notes exchanged between Bolivia and Chile in June 1950 do not contain the same wording nor do they reflect an identical position, in particular with regard to the crucial issue of negotiations concerning Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The exchange of Notes cannot therefore be considered an international agreement”. *Ibidem*, para. 118.

²⁴ “The Court observes that the Trucco Memorandum, which was not formally addressed to Bolivia but was handed over to its authorities, cannot be regarded only as an internal document. However, by repeating certain statements made in the Note of 20 June 1950, this Memorandum does not create or reaffirm any obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean”. *Ibidem*, para. 120.

²⁵ “The Court notes that the Declaration of Charaña is a document that was signed by the Presidents of Bolivia and Chile which could be characterized as a treaty if the Parties had expressed an intention to be bound by that instrument or if such an intention could be otherwise inferred. However, the overall language of the Declaration rather indicates that it has the nature of a political document which stresses the “atmosphere of fraternity and cordiality” and “the spirit of solidarity” between the two States, who in the final clause decide to “normalize” their diplomatic relations. The wording of the Declaration does not convey the existence or the confirmation of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The engagement “to continue the dialogue, at different levels, in order to search

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), la Corte reconoce que los comunicados conjuntos no son obligatorios, a menos que haya una expresión en ese sentido.²⁶

De una manera contundente, la CIJ afirma que en cualquiera de las notas de Chile se contempla el deseo de entrar en negociación, pero de esto no se puede inferir la aceptación de Chile de aceptar la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia hacia el mar.

En efecto, la CIJ ve una diferencia entre un “deseo de negociar” y una “obligación de negociar”. Lo que nos está diciendo la CIJ es que no hay una expresión textual que diga: “Chile se obliga a negociar”, con lo cual se cae en la más pura “concepción voluntarista-positivista de la justicia internacional”, que tanto critica el juez Cançado Trindade,²⁷ cuando quizá con una interpretación teleológica o aplicando los principios tanto de derecho internacional como en general del derecho se pueda obtener una lectura muy diferente de los innumerables comunicados y notas intercambiadas entre los gobiernos de Chile y Bolivia. Y esto casi desde la celebración del Tratado de 1904.

Precisamente, un ejemplo de la posición positivista de la CIJ nos lo da la lectura del párrafo 139 de la sentencia que comentamos de la CIJ:

139 The Court notes that the item “maritime issue” included in the 13-Point Agenda is a subject-matter that is wide enough to encompass the issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The short text in the minutes of the Working Group concerning the maritime issue only states that “[b]oth delegations gave succinct reports on the discussions that they had on this issue in the past few days and agreed to leave this issue for consideration by

for formulas to solve the vital issues that both countries face, such as the landlocked situation that affects Bolivia”, cannot constitute a legal commitment to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea, which is not even specifically mentioned. While the Ministers for Foreign Affairs of the Parties noted in their Joint Declaration of 10 June 1977 that “negotiations have been engaged aiming at finding an effective solution that allows Bolivia to access the Pacific Ocean freely and with sovereignty”, they did not go beyond reaffirming “the need of continuing with the negotiations” and did not refer to any obligation to negotiate. Based on this evidence, an obligation for Chile to negotiate cannot be inferred from the Declaration of Charaña”. *Ibidem*, para. 127.

²⁶ “The Court recalls that in the *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* case, it had observed that there is no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement” and that whether such a joint communiqué constitutes an agreement “essentially depends on the nature of the act or transaction to which the Communiqué gives expression” (*Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 39, para. 96)”. *Ibidem*, para. 132.

²⁷ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión separada del juez Cançado Trindade.

the Vice-Ministers at their meeting”. As was remarked by the Head of the Bolivian delegation to the General Assembly of the OAS, “[t]he Agenda was conceived as an expression of the political will of both countries to include the maritime issue”. In the Court’s view, the mere mention of the “maritime issue” does not give rise to an obligation for the Parties to negotiate generally and even less so with regard to the specific issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean.

Según la Corte, la expresión “maritime issue” no implica una obligación, ni mucho menos a negociar sobre el aspecto específico de un acceso soberano de Bolivia al mar. Al parecer, para la CIJ, el referirse a “asuntos marítimos”, para Bolivia, que no tiene una salida al mar, no es un país ahora con litoral, no implica el asunto más importante para este país, en la relación con Chile, su salida al mar. La CIJ parece olvidar que lo que está en juego es la resolución de uno de los asuntos que han causado fricción entre varios países de Sudamérica prácticamente durante más de un siglo. La CIJ tuvo en sus manos la posibilidad de establecer un puente de solución entre Chile y Bolivia.

XIV. LOS ACTOS UNILATERALES COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

Una de las expectativas mayores en el caso Bolivia vs. Chile fue sobre los actos unilaterales, dado el desarrollo del derecho internacional, que en el siglo pasado contempla la aparición de una nueva fuente de derecho internacional, en los actos unilaterales (AU), en donde la jurisprudencia internacional había sido muy importante, pues con varios de los fallos de la CIJ y la participación destacada de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU han dado un impulso importante a la figura de los AU.²⁸

La CIJ, en el caso Bolivia vs Chile, en principio, se basa en el caso *Nuclear Tests*, para analizar la solicitud de Bolivia. Por eso recuerda y toma un párrafo:

147 The Court recalls that it has stated in the following terms the criteria to be applied in order to decide whether a declaration by a State entails legal obligations:

²⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM-IJJ, 2017, pp. 102-110.

“It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 472, para. 46).²⁹

Si uno se detiene a analizar este párrafo, encontrará los siguientes elementos: las declaraciones, hechas en la vía de actos unilaterales, relativas a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Esas declaraciones pueden ser, y frecuentemente son, muy específicas. Ahora bien, cuando esas declaraciones expresan la voluntad del Estado que las hace, deben ser obligatorias, de acuerdo con sus términos. Es decir, los Estados deben comportarse en congruencia con tales declaraciones. Y después, inmediatamente, la CIJ recurre al caso *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* para subrayar que para determinar los efectos legales de una declaración hecha por una persona que represente a un Estado debe examinarse su contenido actual, así como las circunstancias en que fue hecho.³⁰ Con estas premisas, la CIJ construye su resolución:

148 The Court notes that Chile’s declarations and other unilateral acts on which Bolivia relies are expressed, not in terms of undertaking a legal obligation, but of willingness to enter into negotiations on the issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. For instance, Chile declared that it was willing “to seek that Bolivia acquire its own outlet to the sea” and “to give an ear to any Bolivian proposal aimed at solving its landlocked condition” (see paragraphs 142 and 143 above). On another occasion, Chile stated its “unchanging purpose of studying, together with that brother country, within the framework of a frank and friendly negotiation, the obstacles that limit

²⁹ (*Bolivia vs Chile*), *cit.*, para. 147.

³⁰ “The Court also asserted that, in order to determine the legal effect of a statement by a person representing the State, one must «examine its actual content as well as the circumstances in which it was made». CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, jurisdicción y/o admisibilidad, fallo, 3 de febrero de 2006, p. 28, para. 49.

Bolivia's development on account of its landlocked condition" (see paragraph 143 above). The wording of these texts does not suggest that Chile has undertaken a legal obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean.

De acuerdo con la CIJ, no ve que Chile, en todas sus expresiones, declaraciones y otros actos unilaterales, se haya expresado en términos de "contraer una obligación legal" de negociar con Bolivia el acceso al océano Pacífico. Textualmente señala la CIJ que las declaraciones de Chile están expresadas "...no en términos de compromiso legal, sino de voluntad de entrar en negociaciones sobre la cuestión del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico...".³¹

Por lo visto, para la Corte es necesario que el Estado, en este caso Chile, exprese, con todas sus letras, su voluntad de verse obligado a negociar. Para la CIJ, hay una diferencia entre una voluntad que expresa una obligación y, por otro lado, simples deseos de entrar en negociaciones sobre la soberanía de Bolivia en un acceso al océano Pacífico. La CIJ, con esto establece una línea tenue entre la manifestación de verse obligado y la de simple voluntad de negociar.

Y lo mismo pasa con la aquiescencia. Así, primero, la CIJ la define, y después, de acuerdo con esa definición, no encuentra ninguna obligación en la relación entre Bolivia y Chile.

De acuerdo con la CIJ, "la aquiescencia es un reconocimiento tácito, manifestado por vía de una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento". Ahora bien, "el silencio puede hablar, pero sólo si la conducta del otro Estado espera una respuesta", y en este caso, según la CIJ, no hay ninguna expresión de Bolivia que espere o que requiera una respuesta o reacción de Chile con la finalidad de prevenir que surja una obligación. En consecuencia, no hay ningún acto unilateral ni aquiescencia que haga nacer la obligación de negociar.³²

³¹ Traducción de los autores.

³² "The Court observes that acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130) and that "silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response" (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, para. 121). The Court notes that Bolivia has not identified any declaration which required a response or reaction on the part of Chile in order to prevent an obligation from arising. In particular, the statement by Bolivia, when signing UNCLOS, that referred to "negotiations on the restoration to Bolivia of its own sovereign outlet to the Pacific Ocean did not imply the allegation of the existence

Más adelante, en lo que se refiere a la institución del *stoppel*, la CIJ recuerda los elementos esenciales de la institución que la doctrina considera como un acto unilateral: “una declaración o representación hecha por una de las partes a otra y que se basara en ella, por esa otra parte, en su detrimento o en la ventaja de la parte que la hace”. Acto seguido, con base en el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, la CIJ considera que “un *stoppel* surgiría solo si por sus actos o declaraciones Camerún lo ha hecho consistente, totalmente claro que aceptaría arreglar la frontera en disputa sometida a la Corte solamente por acuerdo mutuo”.³³

En consecuencia, la CIJ no encuentra el *stoppel* en el caso concreto, si bien ha habido repetidas manifestaciones de Chile expresando su deseo de negociar con Bolivia el acceso al océano Pacífico, dichas representaciones no se dirigen a una obligación de negociar. “Bolivia no ha demostrado que cambió su posición en su detrimento o en ventaja de Chile, dependiendo de las posiciones de este Estado”.³⁴

Aquí, otra vez, el punto decisivo para la resolución de la CIJ es que no encuentra una expresión clara y contundente de Chile en el sentido de comprometerse a negociar, lo cual puede ser difícil encontrar si sólo se hace referencia a la literalidad de los actos, pero no a su sentido, dentro de una interpretación más amplia.

Otra de las argumentaciones de Brasil fue “la acumulación de instrumentos y actos”, que, de acuerdo con la CIJ, no tienen significado legal. Ni en forma individual hay una obligación para negociar, menos se podría alegar que la acumulación da como resultado la obligación de negociar.

Esta postura de la CIJ, que podemos denominar estrecha, no es compartida por todos los juristas internacionalistas.³⁵ Incluso, en la misma CIJ, el juez Salam tiene otra lectura del caso, en la que es necesario detenerse.

of any obligation for Chile in that regard. Thus, acquiescence cannot be considered a legal basis of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea” (*Bolivia vs Chile*), *cit.*, para. 153.

³³ *Ibidem*, para. 159.

³⁴ *Ibidem*, referencia 160.

³⁵ Orias Arredondo, quien considera que hay un acto unilateral obligatorio, dice: “Al respecto el internacionalista chileno Rodrigo Díaz Albónico, al analizar precisamente las negociaciones de Chile con Bolivia, derivadas del Acta de Charaña, concluye que «la respuesta de Chile sería una promesa unilateral, es decir, el Estado de Chile se habría obligado a comportarse de una manera determinada, más precisamente, a negociar con Bolivia una solución a su problema de mediterraneidad» (Díaz Albonico, 1977: 278). Por lo tanto, este país no puede cambiar ese su comportamiento frente a Bolivia y pretender establecer que

En opinión del juez Salam, “el compromiso de Chile de negociar con Bolivia una solución a su situación sin litoral también se ve confirmado por una serie de declaraciones unilaterales”.³⁶

Para probar su afirmación, el juez Salam toma la declaración más relevante emitida por el gobierno chileno (párrafo 18), y es precisamente la carta enviada por el general chileno Augusto Pinochet a su contraparte boliviano, Hugo Banzer, el 18 de enero de 1978. En ella, Pinochet dice: “Reitero la intención de mi Gobierno de promover la actual negociación dirigida a satisfacer los anhelos del país hermano de obtener una salida soberana al Océano Pacífico”; además, reafirma que lo que está en juego son “las negociaciones a las que estamos comprometidos”; y refiriéndose a negociaciones anteriores, el presidente dice que “en todas esas reuniones se alcanzó un acuerdo para proseguir las negociaciones”. A continuación, subraya su “propósito de impulsar las negociaciones encaminadas a otorgar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico a través del nombramiento de representantes especiales”.³⁷

Para el juez Salam, lo anterior es suficiente para encontrar una promesa que obliga a Chile a favor de Bolivia, y además subraya que el lenguaje usado por Pinochet es más preciso y fuerte que el usado por el ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, el señor Ihlen, en el caso relativo al Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que había una promesa incondicional y definitiva.³⁸

XV. EN REALIDAD, ¿NO EXISTE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR?

Una de las características fundamentales del derecho internacional, por lo menos después del Tratado Briand-Kellogg de 1928, es la proscripción de la guerra como medio de solución de controversias. Como parte del orden mundial, nacido después de la Segunda Guerra Mundial, tenemos la existencia de principios de derecho internacional que son parte del orden público internacional. Por eso es interesante desde el punto de vista no solamente teórico, sino práctico, ver cuál es la naturaleza jurídica que la CIJ le da a la obligación de negociar.

no tiene la obligación de negociar una solución al problema marítimo de Bolivia”. Orias Arredondo, *op cit.*, p. 11.

³⁶ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 17.

³⁷ *Ibidem*, para. 18.

³⁸ *Ibidem*, para. 19.

De acuerdo con la CIJ, en el caso *Bolivia vs Chile*, la Carta de San Francisco establece en su artículo 2, párrafo 3, “una obligación general de resolver las diferencias vía pacífica de tal manera que no se ponga en peligro la paz, seguridad y justicia, sin embargo, no hay una indicación en estas provisiones en el sentido de que las partes en una disputa recurran a un método, específico, como el de la negociación”.³⁹

Así, de acuerdo con la Corte, el artículo 33 de la Carta de San Francisco, que se refiere a la solución de controversias, establece los medios de solución de controversias, y además les da a las partes en conflicto la posibilidad de escoger el medio de solución, que incluye a la negociación, pero no sólo ella.

La misma posición se toma respecto de los principios de derecho internacional contenidos en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, e inclusive en la Declaración de Manila, 37/10 y en los principios contenidos en la Carta de la OEA. Además, en los documentos que presenta Bolivia para solicitar que se declare que hay una obligación a negociar, la CIJ no ve que haya nacido una obligación de negociar. Los Estados tienen una serie de medios para solucionar sus controversias, entre ellos la negociación, pero no es obligatorio recurrir a ella. Además, afirma la CIJ que las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no tienen un carácter obligatorio, son meras recomendaciones.⁴⁰

Como la misma Corte menciona, y la doctrina lo reconoce, el derecho internacional contemporáneo ha evolucionado hasta ser un derecho de paz, en donde la guerra está proscrita como medio de solución de controversias. Como se ve, se ha creado toda una infraestructura de paz. Y si puede ser cierto que muchas de las resoluciones que se refieren a los medios de solución de controversias han sido emitidas por órganos que sólo dictan resoluciones no vinculantes, también es cierto que muchas de esas resoluciones tienen ya una naturaleza consuetudinaria, como se vio claramente en otra resolución de la CIJ (véase el caso *Nicaragua*).

Entonces, para la CIJ la negociación es sólo un medio de solución de controversias, previsto en la Carta de San Francisco, en sus artículos 2 y 33, pero no existe la obligación de negociar. Este punto es interesante, pues, desde nuestra perspectiva, detiene el desarrollo del derecho internacional, como un factor de paz. Veamos por qué.

En principio, es incuestionable que la guerra como medio de solución de controversias está proscrita. Uno de los principios de derecho internacional contenido en la Carta de San Francisco, y que tiene naturaleza

³⁹ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, para. 165 (traducción de los autores).

⁴⁰ *Ibidem*, para. 171.

consuetudinaria,⁴¹ es el expresado en el artículo 2-3, que dice “los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. Además, el mismo artículo 2, fracción 6, establece que la “Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Se entendería, de acuerdo con una interpretación teleológica, que esto implica una obligación de “arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos”. Además, este principio, en conjunto con los demás contenidos en el artículo 2 de la Carta de San Francisco, tiene una naturaleza al mismo tiempo consuetudinaria.⁴²

Recordemos que la CIJ es parte de la ONU, y que, por supuesto, esta organización tiene la misión de fomentar, mantener y garantizar la paz y la seguridad internacionales; para ello, los medios de solución pacífica de controversias son una pieza fundamental del sistema de relaciones internacionales.

Asimismo, no olvidemos que estos principios de derecho internacional son parte de un orden público internacional.⁴³ Así, el derecho internacional contemporáneo, en parte formado después de dos conflagraciones internacionales del siglo XX, es un derecho de paz, que no deja otra opción a las partes en conflicto que recurrir a los medios de solución de controversias, que están señalados en el artículo 33 de la Carta de la ONU.

Ahora bien, en un caso hipotético, en donde todas las vías de solución pacífica estén cerradas o agotadas, surge la pregunta: ¿dónde queda esa obligación de recurrir a las vías pacíficas? ¿Qué pasa con el orden público internacional? Acaso, en esta hipótesis, al no ser obligatorio recurrir a los medios pacíficos de solución controversias, incluyendo la negociación internacional, ¿la única opción que quedaría sería la guerra? Es decir, ¿para qué sirve el principio de recurso a los medios de solución pacífica de controversias, si no es obligatorio?

En esa línea de pensamiento, el caso *Bolivia vs. Chile* daba una gran oportunidad para que la CIJ diera un paso más en la configuración del derecho internacional contemporáneo, y afanzara el derecho de paz, considerando que puede nacer la obligación de negociar por la vía convencional

⁴¹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, 27 de junio de 1986.

⁴² *Ibidem*, para. 181 y 182.

⁴³ Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, IJ-UNAM, 2013.

o incluso con un acto unilateral. Pero la Corte dejó ir la oportunidad y se recluyó en una interpretación estricta del derecho internacional.

Otra perspectiva del caso Bolivia vs. Chile es que Bolivia planteaba el nacimiento de una obligación vía un acuerdo o un acto unilateral; como vimos, tampoco encuentra la CIJ tal obligación. El juez Nawaf Salam emitió una opinión disidente, y votó en contra, pues desde su perspectiva, de la larga cadena de hechos en la relación entre Bolivia y Chile sí se puede desprender la creación de una obligación para este país de negociar.

Para el juez Salam, la intención para verse obligado por una negociación se debe encontrar en tres elementos concretos:

first, the context and in particular the existence of a cause justifying the intention to be “bound to negotiate”;

next, the actual terms of the various instruments which reflect that intention; and finally,

the practice subsequent to those instruments.⁴⁴

Estos elementos, para el juez Salam, se pueden encontrar, por ejemplo, en el intercambio de notas que Bolivia y Chile realizaron en 1950. Precisamente, este año se iniciaron una cadena de notas, comunicaciones, que para el juez Salam constituyen una obligación para negociar. En principio, en su nota del 1 de junio de 1950, el embajador de Bolivia se refirió a una serie de declaraciones de funcionarios chilenos, que a su vez tocaban el asunto de la negociación con Bolivia. En la nota al ministro de Asuntos Exteriores de Chile decía:

With such important precedents, that identify a clear policy direction of the Chilean Republic, *I have the honour of proposing to His Excellency that the Governments of Bolivia and Chile formally enter into direct negotiations to satisfy Bolivia's fundamental need to obtain its own sovereign access to the Pacific Ocean*, solving the problem of Bolivia's landlocked situation on terms that take into account the mutual benefit and genuine interests of both nations. Judgment, para. 51; emphasis added.⁴⁵

Como se ve claramente, hay una propuesta a negociar de un funcionario, el embajador de Bolivia, que de conformidad con el derecho internacional puede comprometer a su Estado.⁴⁶

⁴⁴ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 2.

⁴⁵ *Ibidem*, para. 5.

⁴⁶ Artículo 7o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es una norma consuetudinaria.

Acto seguido, el juez Salam reproduce la respuesta a esta nota por parte del ministro de Asuntos Extranjeros de Chile, quien contestó con su nota del 20 de junio de 1950:

From the quotes contained in the note I answer, it flows that the Government of Chile, together with safeguarding the de jure situation established in the Treaty of Peace of 1904, has been willing to study through direct efforts with Bolivia the possibility of satisfying the aspirations of the Government of Your Excellency's and the interests of Chile. At the present opportunity, *I have the honour of expressing to Your Excellency that my Government will be consistent with that position and that, motivated by a fraternal spirit of friendship towards Bolivia, is open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean, and for Chile to obtain compensation of a non-territorial character which effectively takes into account its interests* (Judgment, para. 52; emphasis added).⁴⁷

Aquí es claro que el ministro chileno expresa una voluntad de su Estado de negociar, "...my Government... is open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean".

Ahora bien, es importante mencionar que las personas que intercambiaron las notas eran representantes legales de sus respectivos Estados y con capacidad legal para intercambiar tales acuerdos; además, se les dio publicidad a las notas. El juez Salam recuerda el artículo 31-1 de Viena 69, que se refiere a la regla general de interpretación "I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" y, con esas premisas, el juez Salam considera que "the Notes identify the aim of the negotiations agreed on: to confer «mutual benefit» on both Parties. On this point, it was understood that the benefit sought by Bolivia —obtaining «its own sovereign access to the Pacific Ocean»— was identified in advance of the negotiations". Y lo más importante es que deriva una obligación de negociar para los dos Estados.

10. In light of the foregoing, I conclude that the passages cited from the Notes exchanged in 1950, taken in their ordinary meaning and in their context, and given that the persons who drew them up had the capacity to commit their respective States, should have been interpreted by the Court as establishing

⁴⁷ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 6.

an agreement between the Parties on the need to negotiate on the question of granting Bolivia sovereign access to the Pacific Ocean.⁴⁸

Aún más, el juez Salam considera que estas notas son parte de una cadena que se continúa con el memorándum de Manuel Trucco, hecho once años después, el 10 de julio de 1961 (Memorandum Trucco), y la Declaración Charaña de 1975, la carta del 18 de enero de 1978 del gobierno de facto de Chile hecho al presidente de Bolivia. Ese intercambio diplomático, con opinión del juez Salam, es suficiente para concluir que el acuerdo de 1950 significó una obligación para negociar, y que eso no obliga a obtener los resultados que pudiera esperar Bolivia.

XVI. ¿QUÉ QUEDA DEL CASO DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE LA CIJ?

La sentencia de la CIJ deja una sensación de frustración, porque no resuelve el fondo del asunto. Ni en su aspecto inmediato, es decir, reconocer la obligación de negociar, ni mucho menos su fin mediano, que es dar una solución a la falta de salir al mar de Bolivia. Esa sensación se afianza con la lectura de la “Declaración del Presidente Yúfuf”, que al referirse a la generalidad de la función de la Corte reconoce que en el caso concreto la función judicial no resolvió el caso: “puede satisfacer la función judicial de la Corte, pero puede no haber puesto punto final a los asuntos que dividen a las partes o remover todas la incertidumbre que afectan su relación”.⁴⁹ Es por eso que la CIJ deja una última declaración, dejando la litis viva.

Los dos últimos párrafos de la sentencia merecen un comentario.

175. In light of the historical and factual background above (see paragraphs 26-83), the Court observes that Bolivia and Chile have a long history of dialogue, exchanges and negotiations aimed at identifying an appropriate solution to the landlocked situation of Bolivia following the War of the Pacific and the 1904 Peace Treaty. The Court is however unable to conclude, on the basis of the material submitted to it, that Chile has “the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean” (Bolivia’s submissions, see paragraphs 13, 14 and 15 above). Accordingly, the Court cannot accept the other final submissions

⁴⁸ *Ibidem*, para. 10.

⁴⁹ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, declaración del presidente Yúfuf, para. 8 (traducción de los autores).

presented by Bolivia, which are premised on the existence of such an obligation (*ibid.*).

El párrafo es significativo, pues reconoce que a partir del Tratado de Paz de 1904 que le siguió a la Guerra del Pacífico hay una histórica relación, que se manifiesta en diálogos, intercambios y negociaciones entre Bolivia y Chile para encontrar la solución de una salida al mar para Bolivia. Este reconocimiento expreso de la Corte no hizo que reflexionara más sobre esta oportunidad que tuvo en sus manos para aportar una ayuda a solucionar el conflicto centenario.

El último párrafo, al parecer tiene por objeto hacer ver a las partes en conflicto que el asunto no está cerrado, que hay que seguir dialogando para solucionarlo.

176 Nevertheless, the Court's finding should not be understood as precluding the Parties from continuing their dialogue and exchanges, in a spirit of good neighbourliness, to address the issues relating to the landlocked situation of Bolivia, the solution to which they have both recognized to be a matter of mutual interest. With willingness on the part of the Parties, meaningful negotiations can be undertaken.

Pero la pregunta que es obvia, y si uno de los Estados, Chile, no quiere negociar, por considerar que el asunto está cerrado con el tratado de 1904, ¿qué se puede hacer?

La CIJ perdió una oportunidad histórica de hacer un trabajo de interpretación diferente que hubiera realmente acercado a las partes para solucionar un conflicto que lastima a muchos en Latinoamérica: la pérdida de salida al mar de Bolivia.

XVII. CONCLUSIONES

El siglo XIX, con la Guerra del Pacífico y después el Tratado de 1904 entre Chile y Bolivia, mediante el cual Bolivia perdió su salida al mar, es la génesis de uno de los conflictos más significativos en América Latina, y a su vez es una fuente de inestabilidad en la región. Los intentos históricos de Bolivia por conseguir una salida al mar, a través de negociaciones a lo largo de más de un siglo, no han tenido éxito; por eso la participación de la Corte Internacional de Justicia en el asunto era importante, pues para muchos creó una expectativa, que por lo menos vislumbra el camino a la solución.

La sentencia de la CIJ es bastante anodina, pues su postura es de un enorme conservadurismo jurídico, que rehúsa utilizar los mecanismos de la técnica jurídica internacional a su alcance; por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en Viena 69, y en su lugar hace una lectura literal, deja ir una oportunidad de oro. La nota de su presidente parece una disculpa ante una postura que no entendemos por qué tomó.

Quizá la CIJ tenía miedo de abrir más las puertas para otros acuerdos que ya existen en las relaciones entre los Estados y que pueden ser considerados obligatorios.

Nos negamos a pensar que la decisión de la Corte fue hecha por razones de geopolítica; el juez Salam vio un juicio diferente.

XVIII. BIBLIOGRAFÍA

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM, 2013.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM-IIJ, 2017.

HALPERIN DONGHI, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, 13a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2016.

IBARRA, Ana Carolina, “Las fronteras en América Latina al concluir la lucha por la independencia”, en PIÑERA, David (coord.), *Las fronteras en Iberoamérica, ayer y hoy*, Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California, 1994, disponible en: ignorantisimo.free.fr/CELA/docs/Ana%20Carolina%20Ibarra%20-%20Las%20fronteras%20en%20America%20Latina%20al%20concluir%20la%20lucha%20por%20la%20independencia%20-%20Las%20fronteras%20en%20Iberoamerica.pdf.

KENNETH, Manusama, *Current cases: Bolivia v. Chile*, disponible en: <http://manusama.com/2017/02/06/current-cases-bolivia-v-chile/>.

MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

OBLIGATION de négocier un accès à l’océan Pacifique (Bolivie c. Chili), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2015.

ORIAS ARREDONDO, Ramiro, “La demanda marítima de Bolivia en La Haya: entre el *pacta sunt servanda* y la *promissio est servanda*”, *La Balsa de Piedra*, núm. 10, enero-marzo de 2015.

WIELAND CONROY, Hubert, “Bolivia versus Chile ante la Corte Internacional de Justicia: Sentencia sobre la excepción preliminar de Chile”, 3 de octubre de 2015, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2015/10/03/fallo-del-24-de-setiembre-de-2015/hubert/>.

WIELAND CONROY, Hubert, “El Tratado de 1866: primer tratado de límites entre Bolivia y Chile”, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2016/08/10/el-tratado-de-1866-entre-bolivia-y-chile/hubert/>.

MARITIME DELIMITATION IN THE CARIBBEAN SEA AND THE PACIFIC OCEAN (COSTA RICA V. NICARAGUA)

Barbara STĘPIEN^{*}

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Historical background*. III. *Jurisdiction*.
IV. *Litis*. V. *Final conclusions*. VI. *Summary of the parties' and the court's*
positions. VII. *Bibliography*.

I. INTRODUCTION

In 1986, the Dutch Rear Admiral and hydrographer —Wijnand Langeraar— indicated that there were 376 potential maritime boundaries in the world, from which approximately 285 were still awaiting delimitation.¹ He also calculated that the region mostly affected by a lack of (or one could say a necessity for) delimitating maritime boundaries was the Caribbean, with approximately 65 potential maritime boundaries to be delimited.² Langeraar also assumed that until the end of the 20th century, plenty of remaining maritime boundaries would be delimited as a result of political negotiations, bilateral and multilateral treaties, their signatures and ratifications.

In 2015, almost thirty years later, Tafsir Malick Ndiaye —a judge for the International Tribunal for the Law of the Sea— published an article where he noted that there were 420 potential maritime boundaries in the world, but only 200 existing maritime boundary agreements.³ Similar to Langera-

^{*} The research presented in this article was carried out as part of the Postdoctoral Fellowship (2017-2018) at the Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) of the National Autonomous University of Mexico (UNAM) in Mexico City. Twitter: @BAStepien, e-mail: barbara.stepien@hotmail.com.

¹ Langeraar, Wijnand, “Maritime delimitation: The equiratio method—a new approach”, *Maritime Policy*, Amsterdam, vol. 10, núm. 1, 1986, p. 3.

² *Idem*.

³ Malick Ndiaye, Tafsir, “The Judge, Maritime Delimitation and the Grey Areas”, *Indian Journal of International Law*, Heidelberg, vol. 55, núm. 4, 2015, p. 494.

ar, he underlined the necessity of future negotiations regarding the delimitation of maritime boundaries between interested parties.

Notwithstanding the tiny difference in the numbers provided by both authors (deriving mainly from political changes which occurred during the last 30 years), it can easily be concluded that delimitation of maritime boundaries between states is an undoubtedly challenging matter (reflected, *inter alia*, in the fact that there are still more than 200 maritime boundaries awaiting delineations). The importance of maritime entitlements for states, together with the complexity of maritime delimitations (which should achieve an “equitable solution”), is one of the main causes of various disputes between interested states. Thus, many are submitted before international courts and tribunals in order to find a final resolution.

In this article, the territorial dispute regarding maritime delimitation between two neighboring countries, spanning the Central American isthmus from the Caribbean Sea to the Pacific Ocean —Costa Rica and Nicaragua— will be analyzed. The full delimitation process (including the three-stage methodology currently applicable during delimitations) will be explained in this article based on the example of the dispute between Costa Rica and Nicaragua. The analysis will include a presentation of the parties’ arguments together with the Court’s considerations derived from the ICJ Judgment of 2nd February 2018 - Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (*Costa Rica v. Nicaragua*) and the Land boundary in the northern part of Isla Portillos (*Costa Rica v. Nicaragua*).

Due to the complexity of the dispute between Costa Rica and Nicaragua, which involves delimitation in two bodies of water (namely in the Pacific and Caribbean), both delimitations will be analyzed individually. Even though they involve the same countries, geographical circumstances have caused different problems on both sides of the isthmus. Therefore, initially the situation on the Pacific coast will be scrutinized (in Part A of the article), and afterwards in the Caribbean Sea (in Part B).

II. HISTORICAL BACKGROUND

The most accurate way to briefly summarize the relationship between Costa Rica and Nicaragua is to stipulate that they are “uneasy neighbors”. The roots of the various disputes between them (resulting in proceedings before the International Court of Justice), date back to 1986, when Nicaragua brought Costa Rica before the International Court of Justice (ICJ) regarding

border and trans-border armed actions.⁴ This proceeding constituted the first out of six disputes between Costa Rica and Nicaragua before the ICJ. The second was initiated by Costa Rica in 2005 regarding navigational and related rights.⁵ The third in 2010, filed also by Costa Rica, regarded certain activities carried out by Nicaragua in the border area. As a result, in 2011 Nicaragua filed a counter-claim in relation to construction of a road in Costa Rica along the San Juan River⁶ (thus, in 2013 both cases were consolidated by the Court and jointly proceeded).⁷

Nonetheless, disputes regarding not only land boundaries have arisen between these states. Due to their geographical location, the coasts of these two states generate overlapping entitlements to maritime areas in both the Caribbean Sea and the Pacific Ocean. Even though several diplomatic negotiations were undertaken in order to find a satisfactory solution for both states, an agreement has not been reached. Until the initiation of the Court proceeding, there was not a maritime delimitation between them on either side of the isthmus.⁸ As a result of this situation, Costa Rica filed a claim against Nicaragua, on 25th February 2014, regarding maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean⁹ and—in 2017— regarding the land boundary in the Northern part of Isla Portillos.¹⁰ Both cases were consolidated and jointly proceeded.¹¹ As evident, “*Costa Rica and Nicaragua know how to keep the International Court of Justice busy*”.¹²

⁴ ICJ, “Border and transborder Armed Actions (*Nicaragua v. Costa Rica*)”, Order of 19 August 1987, p. 182.

⁵ ICJ, “Dispute regarding Navigational and Related Rights (*Costa Rica v. Nicaragua*)”, Judgment, 13 July 2009, p. 213.

⁶ ICJ, “Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (*Costa Rica v. Nicaragua*) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (*Nicaragua v. Costa Rica*)”, Merits, Judgment, 16 December 2015, p. 665.

⁷ Joined by the Court Order of 17th April 2013.

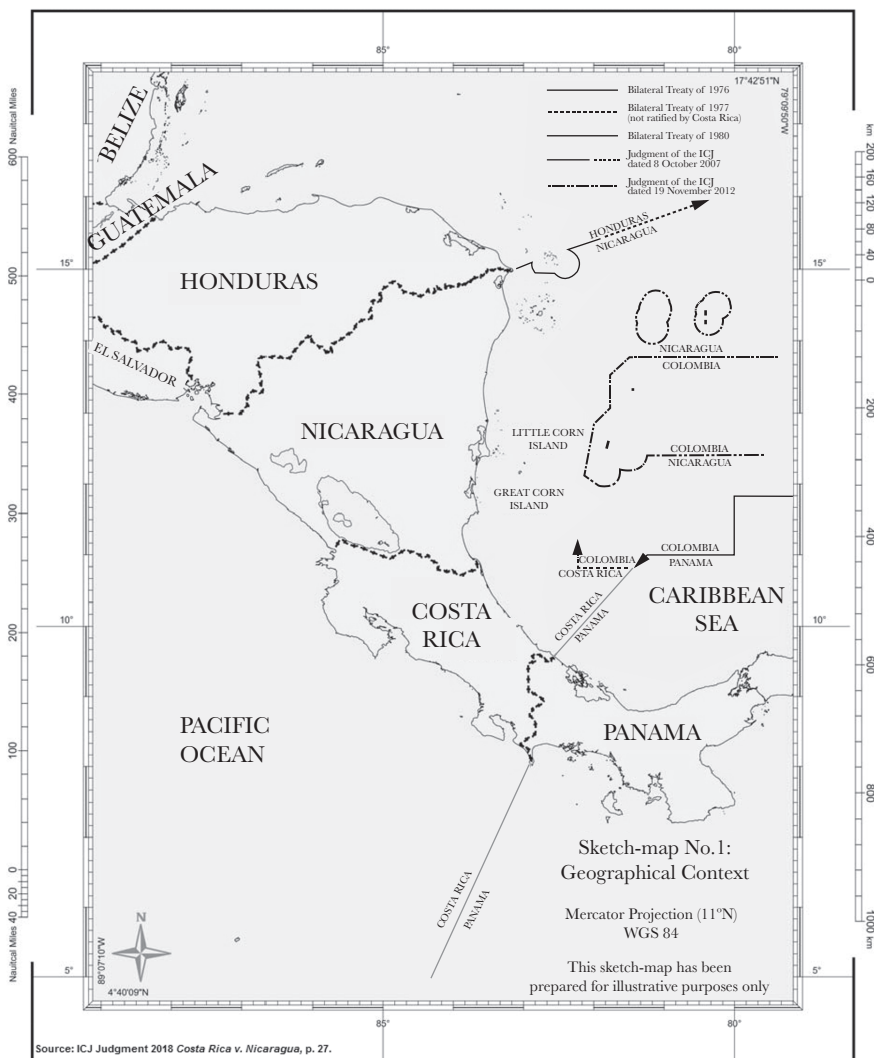
⁸ The Application Instituting Proceedings was filed in the Registry of the Court on 25th February 2014—ICJ, Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (*Costa Rica v. Nicaragua*), para. 6.

⁹ The Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 25th February 2014.

¹⁰ The Case Dispute concerning the precise definition of the boundary in the area of Los Portillos / Harbor head lagoon and the establishment of a new military camp by Nicaragua (*Costa Rica v. Nicaragua*). The Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 16th January 2017.

¹¹ Joined by the Court Order of 2nd February 2017.

¹² Available at: http://lawprofessors.typepad.com/international_law/2014/02/costa-rica-files-new-icj-case-against-nicaragua.html, last accessed 01/08/2018.



III. JURISDICTION

The International Court of Justice was competent in resolving the dispute between Costa Rica and Nicaragua¹³ (as will be duly explained), however,

¹³ ICJ, Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (*Costa Rica v. Nicaragua*) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos (*Costa Rica v. Ni-*

the law applicable in the resolution of this dispute was found mainly (besides other grounds as, for example, deriving from the jurisprudence) in relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 (UNCLOS). Therefore, at first glance, one would think that the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) in Hamburg, as an independent judicial body established by UNCLOS to adjudicate disputes arising out of the interpretation and application of the Convention,¹⁴ should have jurisdiction in cases regarding maritime delimitation. However, even though both countries did indeed ratify UNCLOS,¹⁵ they did not choose ITLOS as competent to resolve their current dispute. Moreover, regardless of the fact that both are party to UNCLOS, they also have not declared (pursuant to article 287 para. 1 of UNCLOS),¹⁶ which —out of four— alternative means for dispute settlement they have chosen.¹⁷

Notwithstanding, their dispute was brought before the International Court of Justice, composed of 15 elected judges,¹⁸ which delivered a fi-

caragua), Judgment of 2nd February 2018, para 46. Further: Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*.

¹⁴ Stępień, Barbara, “Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza w Hamburgu”, in Kuźniak, Brygida (ed.), *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych – perspektywa polska*, Warsaw, C. H. Beck, 2015, p. 99.

¹⁵ Convention UNCLOS was ratified by Costa Rica on 21st September 1992 and by Nicaragua on 3rd May 2000, available at: http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm, last accessed 14/11/2018).

¹⁶ Article 287 para. 1 of UNCLOS states that “When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention: (a) the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI; (b) the International Court of Justice; (c) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII; (d) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein”.

¹⁷ This method is the Montreux formula, according to which state parties to the convention may choose the dispute settlement procedure, which then becomes obligatory. Stępień, Barbara, *op. cit.*, p. 100. See also: Anderson, David, *Modern Law*, Leiden, Brill, 2008, p. 508-511; Caminos, Hugo, “The Jurisdiction and Procedure of the International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview” in van Dyke, Jon *et al* (eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regimes: A Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Leiden, Brill, 2013, p. 261.

¹⁸ The composition of the Court may vary depending on the case. It results from the fact that special circumstances may impede a judge from taking part in a proceeding as well as the fact that a judge(s) *ad hoc* may be chosen by a party. The Registrar of the International Court of Justice, *The International Court of Justice: Handbook*, The Hague, Triangle Bleu, 2013, p. 25.

nal, unappealable decision.¹⁹ This was possible by virtue of article 282 of UNCLOS,²⁰ which allows parties to agree in searching for a resolution to their disputes through the provisions of article 36, para. 2 of the Court's Statute.²¹ Moreover, the Court was also competent in resolving an analyzed dispute in accordance with the provisions of Article 36, para. 1, of its Statute,²² by virtue of the operation of the Article XXXI²³ of the American Treaty on Pacific Settlement of Disputes (the Pact of Bogota).²⁴

As it was agreed by both parties in their Memorial and Counter-Memorial, both accepted the general jurisdiction of the Court by virtue of their declarations²⁵ and, as a result, the International Court of Justice had juris-

¹⁹ Kuźniak, Brygida, "Prezentacja wybranych instytucji i konstrukcji prawnych", in Kuźniak, Brygida (ed.), *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych—perspektywa polska*, Warsaw, C. H. Beck, 2015, p. 18.

²⁰ Article 282 of UNCLOS states that "If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree".

²¹ Article 36 para. 2 of the Statute of the Court states that "The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation".

²² Article 36 para. 1 of the Statute of the Court states that "The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force".

²³ Article XXXI of the Pact of Bogota states that "In conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, the High Contracting Parties declare that they recognize, in relation to any other American State, the jurisdiction of the Court as compulsory ipso facto without the necessity of any special agreement so long as the present Treaty is in force, in all disputes of a juridical nature that arise among them concerning: (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law; (c) the existence of any fact which, if established, would constitute the breach of an international obligation; (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation".

²⁴ Both countries signed the Pact of Bogota on 04/30/48. Costa Rica ratified it on 04/27/49 and Nicaragua on 06/21/50, available at: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html>, last accessed 01/11/2018). Additionally, both parties expressed their commitment to the Pact of Bogotá through article III of the Pact of Amity, signed in Washington on 21st February 1949.

²⁵ Both countries accepted the jurisdiction of the Court, by virtue of their declarations. Costa Rica recognized by its declaration of 20th February 1973 "as compulsory ipso facto

diction *ratione personae* over the analyzed dispute in accordance with the aforementioned provisions. Additionally, the ICJ's competence *ratione materiae* derived from the fact that "the subject of these proceedings were disputes of a juridical nature between Costa Rica and Nicaragua concerning a question of international law, namely the extent and limits of the respective maritime zones of the two States"²⁶ (which complies with article 36, para. 2, point b, of the Statute of the Court).

Even though, as explained above, legally speaking the choice of the International Court of Justice was fully justified, it raised questions regarding the standing of the Tribunal in Hamburg. Since its establishment in 1996 there have been only 2 cases regarding the delimitation of maritime boundaries submitted to ITLOS,²⁷ while in the same period, there have been another 10 cases pertaining to maritime delimitations submitted before the ICJ.²⁸ As this paper does not intend to delve into a comparative analysis between the International Court of Justice and the International Tribunal of

and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the International Court of Justice in all legal disputes of the kinds referred to in Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice". Nicaragua accepted by its declaration of 24th September 1929 unconditionally the jurisdiction of the Court (with further reservation, which is not applicable in this case). Texts of declarations, available at: <http://www.icj-cij.org/en/declarations>, (last accessed 25/10/2018).

²⁶ Memorial of Costa Rica of 3rd February 2015, vol. I, para. 1.8.

²⁷ Dispute no. 23 concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (*Ghana v Côte d'Ivoire*), ITLOS Judgment of 23rd September 2017, and case no. 16 regarding the delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh v. Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4, available at: <https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/>, last accessed 14/11/2018).

²⁸ This includes 3 pending cases before the ICJ pertaining to this topic such as: The Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v. Colombia*); Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Colombia*); Maritime Delimitation in the Indian Ocean (*Somalia v. Kenya*). And the following 7 closed cases: The conjoined Case of the Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (*Costa Rica v. Nicaragua*) and land boundary in the northern part of Isla Portillos (*Costa Rica v. Nicaragua*), Judgment of 2nd February 2018; Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3; Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624; Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61; Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 659; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303; Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Qatar v Bahrain*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40, available at: <http://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>, last accessed 16/10/2018.

the Law of the Sea, this situation is only brought to the attention of the reader in order to highlight a certain level of distrust by states in relation to ITLOS. To elucidate the peculiarity of such a situation, one could compare the International Tribunal for the Law of the Sea, which should resolve disputes based on UNCLOS, to the European Court of Human Rights, which resolves disputes based on the European Convention of Human Rights.²⁹

IV. LITIS

On 25th February 2014, Costa Rica submitted to the Court an application instituting proceedings, requesting the Court “to determine the complete course of the single maritime boundaries [together with its precise geographical coordinates] between all the maritime areas appertaining, respectively, to Costa Rica and to Nicaragua in the Caribbean Sea and in the Pacific Ocean”.³⁰ In order to do this, Costa Rica asked the Court to apply “equitable principles and to take into account relevant circumstances, in order to achieve equitable solutions in accordance with international law”.³¹ In its Counter-memorial, Nicaragua agreed with the claim of Costa Rica regarding the subject and the scope of the Court’s proceeding.³²

PART A - DELIMITATION IN THE PACIFIC OCEAN

As previously mentioned, the dispute in the Pacific sector will be initially analyzed together with the arguments of the parties, the Court’s considerations and applicable methodology (starting with an explanation of the concept of: the relevant coast, baselines, relevant area, median / equidistance line³³ and the proportionality test). Consequently, the same methodology of analysis will be applicable regarding delimitation in the sector of the Caribbean Sea (in Part B of this article).

²⁹ Anderson, David, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, Leiden, Brill, 2008, p. 508.

³⁰ “Application instituting proceedings...”, *op. cit.*, para. 15.

³¹ Memorial of Costa Rica as of 3rd February 2015, vol. 1, para. 1.1.

³² Counter-Memorial of Nicaragua as of 8th December 2015, para. 1.5.

³³ Currently, both terms “equidistance line” and “median line” are used interchangeably and they will also be applied interchangeably in this article. Schofield, Clive, “One step forwards, two steps back? Progress and challenges in the delimitation of maritime boundaries since the drafting of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, in Xue, Guifang and White, Ashley (eds.), *30 Years of UNCLOS (1982-2012): Progress and Prospects*, Wollongong, University of Wollongong, 2013, pp. 217-239.

1. *Relevant Coast*

One of the basic principles regarding maritime delimitation, which underpins the jurisprudence on this issue, is that the “land dominates the sea”³⁴ in such a way that seaward projections of the coast generate maritime claims.³⁵ Therefore, it is necessary to determine a relevant coast as the first step in the further delimitation of maritime entitlements of interested countries. One of the main court cases pertaining to this analyzed dispute is the ICJ Judgment in the case *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*.³⁶ In this judgment (recalled often by both parties in their Memorial and Counter-Memorial), the Court underlined the main characteristics of the coast, which were necessary to consider such a coast as relevant.

The ICJ stated that:

“the coast, in order to be considered as relevant for the purpose of the delimitation, must generate projections which overlap with projections from the coast of the other Party”.³⁷ However, according to the Court, “the submarine extension of any part of the coast of one Party which, because of its geographic situation, cannot overlap with the extension of the coast of the other, is to be excluded from further consideration by the Court”.³⁸

As states’ maritime projections are limited up to 200 nautical miles,³⁹ Costa Rica determined the relevant coast as being composed of two segments, interpreting the aforementioned jurisprudence, from Punta Zacate to Cabo Blanco and from Punta Herradura to Punta Salsipuedes on the Osa Peninsula (which is within 200 nautical miles of Nicaragua’s coast), and all of Nicaragua’s Pacific coast as it is within 200 nautical miles of Costa Rica’s coast.⁴⁰

³⁴ For more about this principle see Bing Bing, Jia, “The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges”, *German Yearbook of International Law*, Berlin, vol. 57, 2014, pp. 63-95.

³⁵ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 96.

³⁶ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61.

³⁷ *Ibidem*, para. 99.

³⁸ *Continental Shelf (Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, para. 75.

³⁹ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 101.

⁴⁰ Memorial of Costa Rica..., *op. cit.*, para. 3.3.

Nicaragua agreed with Costa Rica's determination of its relevant coast from Punta Zacate, but only until Punta Guiones, indicating that the rest of the coast, in the south, indicated by Costa Rica, could not be considered relevant, as it did not generate seaward overlapping projections with the relevant coast of Nicaragua.⁴¹ Moreover, Nicaragua also disagreed with Costa Rica that all parts of Nicaragua's coast were relevant in terms of this case.⁴² According to Nicaragua, the only part of its coast that generated overlapping entitlements with Costa Rica's coast was located between Punta la Flor on the Bay of Salinas and a point to the north of the town of Corinto (so named the Corinto point).⁴³

As one can see, even though both parties in general agreed upon the applicable criteria, derived from the jurisprudence, for the determination of the relevant coast for further delimitations,⁴⁴ they did not reach an agreement regarding the factual situation and the issue of "overlapping projections".⁴⁵

2. *Baselines*

Determination of the relevant coast enables proceeding with the next step of the delimitation process, namely determination of the baseline. Currently, there are two common methods of measuring the relevant coasts of states utilized by international judicial bodies, notably straight-line approximations⁴⁶ (in the case of complex geographical configurations

⁴¹ Counter-Memorial of Nicaragua..., *op. cit.*, para. 2.21.

⁴² *Ibidem*, para. 2.20.

⁴³ *Ibidem*, para. 2.18.

⁴⁴ Memorial of Costa Rica..., *op. cit.*, para. 3.3-3.5.; Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.15 y 2.16.

⁴⁵ Memorial of Costa Rica..., *op. cit.*, para. 3.6-3.8; Counter-Memorial of Nicaragua..., *op. cit.*, para. 2.18-2.24.

⁴⁶ North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 98; Continental Shelf (*Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya*), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para. 131; Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (*Canada v United States of America*), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 221; Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau (*Guinea v Guinea-Bissau*), Award, 14th February 1985, XIX RIAA 149, para. 97; Continental Shelf (*Libyan Arab Jamahiriya v Malta*), Judgment, I.C.J. Reports 1985, para. 68; Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (*St. Pierre and Miquelon*), Award (1992) 31 ILM 1145, para. 33; Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (*Greenland v Jan Mayen*), Judgment, I.C.J. Reports 1993, para. 61 and Sketch Map 2; ITLOS, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, 14th March 2012,

—multiple straight-line segments⁴⁷) and —slightly less popular— measurement along the natural configuration of the coast. According to the International Court of Justice, the main advantage of the straight-lines approximations is the possibility of establishing a “necessary balance” between states with a straight and concave or convex coast. It also allows reduction of irregular coastlines to their “truer proportions”.⁴⁸ Additionally, such a solution enables “avoid[ing] difficulties caused by the sinuosity of the coast and to ensure consistency in measuring the respective coasts of the Parties”.⁴⁹

As a result of the above-mentioned jurisprudence, Costa Rica measured the relevant coasts of both states using both methods (however, as Nicaragua applied only the straight-line method, the length of natural configuration of coasts presented by Costa Rica will not be analyzed now as it is not possible to compare this data with Nicaragua’s). Thus, Costa Rica indicated the application of following straight-lines on Costa Rica’s coast, as follows: from Punta Zacate to Santa Elena, from Santa Elena to Cabo Velas, from Cabo Velas to Punta Guiones, from Punta Guiones to Cabo Blanco, from Punta Herradura to Punta Llorona and from Punta Llorona to Punta Salsipuedes.⁵⁰ The total length of Costa Rica’s relevant coast measured in such a way equaled 415 kilometres. As Costa Rica considered all Nicaragua’s coast as relevant, it indicated one long straight line along all Nicaragua’s coast, which gave 300 kilometres.⁵¹ Therefore, according to

paras. 201, 204 and Sketch Map 3; UNCLOS Annex VII Tribunal, Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Award, 7 July 2014, para. 281. Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 3.9.

⁴⁷ Continental Shelf (*Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya*), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para.131; Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (*Canada v United States of America*), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 221; Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau, Award, 14th February 1985, XIX RIAA 149, para. 97; Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (*St. Pierre and Miquelon*), Award (1992) 31 ILM 1145, para. 33; ITLOS, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, 14th March 2012, paras. 201, 204, UNCLOS Annex VII Tribunal, Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Award, 7th July 2014, para. 281. Memorial of Costa Rica..., *op. cit.*, para. 3.9.

⁴⁸ North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 98.

⁴⁹ ITLOS, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, 14th March 2012, para. 204.

⁵⁰ Memorial of Costa Rica..., *op. cit.*, para. 3.9 y 3.10.

⁵¹ *Ibidem*, para. 3.9.

Costa Rica, the relevant coast ratio of both parties is 1:1.4 (in favor of Costa Rica).⁵²

As explained earlier, Nicaragua agreed only partially with the determination of the relevant coast by Costa Rica, and therefore —agreed also only partially with the straight lines drafted by Costa Rica (it accepted only 3 straight lines: Punta Zacate – Santa Elena, Santa Elena – Cabo Velas, Cabo Velas – Punta Guiones).⁵³ Costa Rica’s relevant coast measured along these three straight lines equaled 144 kilometers.⁵⁴

Regarding its own territory, Nicaragua considered only the straight lines between Punta la Flor (on the Bay of Salinas) and the Corinto point, which gave 238 km of straight-line measurements.⁵⁵ Thus, according to Nicaragua, the ratio between the relevant coasts of both states in the Pacific Ocean was 1:1.65 (in favor of Nicaragua).⁵⁶ The reason why the relevant coasts’ length ratio is important will be explained later in this article, together with the proportionality test.

After careful consideration of the arguments of both parties, the Court decided to apply the straight-line approximations to measure their relevant coasts.⁵⁷ Moreover, the Court noticed that the parties in general agreed regarding the coordinates and length of the relevant coast of Nicaragua and that Costa Rica’s coast was the one causing a substantial disagreement between them.

Therefore, the Court indicated that the entire coast of Nicaragua (starting from Punta Arranca Barba and finishing at Punta Cosigüina) generated potential maritime entitlements, which overlapped with Costa Rica’s claims. As a consequence, the length of Nicaragua’s relevant coast, measured in such a way, was 292.7 km.⁵⁸

In the context of Costa Rica’s relevant coast, the Court agreed that the relevant coast of Costa Rica was composed of two parts. Thus, the first part of its relevant coast was constructed by the following straight lines: from Punta Zacate to Punta Santa Elena, from Punta Santa Elena to Cabo Velas, from Cabo Velas to Punta Guiones and from Punta Guiones to Cabo Blanco. Meanwhile, the second part of the relevant coast ran along the straight

⁵² *Idem*.

⁵³ Counter-Memorial of Nicaragua..., *op. cit.*, para. 2.25.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 2.26.

⁵⁵ *Ibidem*, para. 2.18.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 2.26.

⁵⁷ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.* para. 179.

⁵⁸ *Ibidem*, para. 180.

lines linking Punta Herradura, the Osa Peninsula, Punta Llorona and Punta Salsipuedes. As a result, Costa Rica's relevant coast was 416.4 km long.⁵⁹ Thus, the relevant coast ratio between the parties, indicated by the Court, was 1:1.42 (favoring Costa Rica).

3. *Relevant Area*

The delimitation of the relevant area enables determination of the proportion of claims between the engaged states (if the proposed delimitation does not result in a “significant”⁶⁰ or “gross”⁶¹ disproportion) and it helps to “make a broad assessment of the equitableness of the result”⁶² during the last —third— step in the delimitation process.⁶³ As the calculations of the relevant area are meant only to verify proportionality of claims (as explained later in the proportionality test) between states, they do not need to be precise and they can simply be an approximation.⁶⁴ Therefore, the size of the total relevant area in the Pacific Ocean was approximately 202,800 square kilometers,⁶⁵ according to Costa Rica, and almost half smaller - 102,770 square kilometers,⁶⁶ according to Nicaragua.

Analyzing the arguments of both parties, the Court decided that the relevant area was approximately 164,500 square kilometers⁶⁷ (which appears to be a middle ground between the sizes claimed by both parties).

4. *Starting point*

In order to proceed with further delimitation, it is necessary to choose a starting point for such a delimitation. Such a starting point is the geographi-

⁵⁹ *Ibidem*, para. 181.

⁶⁰ Maritime Dispute (*Peru v Chile*), Judgment, I.C.J. Reports 2014, para. 194.

⁶¹ *Barbados v The Republic of Trinidad and Tobago*, Award of The Arbitral Tribunal of 11th April 2006, para. 238.

⁶² Continental Shelf (*Libyan Arab Jamahiriya v Malta*), Judgment, I.C.J. Reports 1985, para. 75.

⁶³ Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 110.

⁶⁴ Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 158.

⁶⁵ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 3.12.

⁶⁶ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.39.

⁶⁷ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 185.

cal point from which the median/equidistance line starts (one could stipulate this as separating the maritime entitlements between neighboring states). In this case, both Costa Rica and Nicaragua agreed that such a starting point in their case was located on the Salinas Bay (the precise location of the starting point should be the mid-point of the closing line across the Salinas Bay).⁶⁸ As both parties agreed upon the location of the starting point, the Court found such a solution acceptable.⁶⁹

5. *Equidistance line*

As accepted in the doctrine, and agreed by both parties, the maritime boundary of territorial sea (and further maritime entitlements) follows the median line from the starting point to the intersection of the outer limits of the territorial seas.⁷⁰

According to article 15 of UNCLOS, in the case when

...the coasts of two States are adjacent to each other, neither of the two States is entitled, failing agreement between them to the contrary, to extend its territorial sea beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial seas of each of the two States is measured. The above provision does not apply, however, where it is necessary by reason of historic title or other special circumstances to delimit the territorial seas of the two States in a way which is at variance therewith.

Pursuant to another two articles of UNCLOS (article 74 and 83), which refer to the delimitation of the exclusive economic zone and continental shelf respectively, such a delimitation between states of adjacent coasts “shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution”.

What can be concluded from the aforementioned three articles of UNCLOS is that —even though they are differently constructed— all

⁶⁸ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 3.13; Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.41.

⁶⁹ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 169.

⁷⁰ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Apuntes sobre delimitación en derecho internacional del mar”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Mexico, vol. XVI, 2016, pp. 262-267.

of them require the application of an equidistance line (barring special circumstances).⁷¹

A. *Delimitation of the territorial sea*

In the context of the delimitation of the territorial sea, Costa Rica raised that none of the states had claimed a historical title to maritime areas beyond the Salinas Bay closing line and, furthermore, that there were also no special circumstances which would justify a different, as opposed to median line, territorial sea delimitation.⁷²

In this case, Nicaragua disagreed with Costa Rica's position regarding the delimitation of the median line and claimed that such a provisional equidistance line would produce "a marked and unjustified cut-off of Nicaragua's maritime projections that must be remedied if a truly equitable solution is to be achieved".⁷³ Moreover, Nicaragua claimed that, in contrast to Costa Rica's position, special circumstances influencing a different course of median line existed (namely the configuration of the coast in the vicinity of the Salinas Bay).

Consequently adjustment of the equidistance line would be deemed necessary.⁷⁴ Additionally, Nicaragua also did not share Costa Rica's view regarding the Santa Elena Peninsula, which —following the ICJ jurisprudence, Nicaragua described as— "a remote project of... [the] coast line... which if given full effect, would «distort the boundary and have disproportionate effects»".⁷⁵ According to Nicaragua, the Santa Elena Peninsula

...deflects the equidistance line significantly —approximately 45°— from the direction that it would follow if the effect of the basepoints on the Santa Elena peninsula is disregarded in order to draw a simplified equidistance line on the basis of the general direction of the coast, such as the ICJ has used in several cases.⁷⁶

⁷¹ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v. Nigeria*: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para. 288.

⁷² Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 3.14.

⁷³ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.63.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 2.46.

⁷⁵ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Qatar v. Bahrain*), Merits, Judgment, I.C.J. Report, 2001, para. 247.

⁷⁶ *Exempli Gratia*, Continental Shelf (*Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya*), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para. 119, 122, 133 (B); Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 213; Territorial and Maritime Dispute

Therefore, the Court needed to analyze whether locating the base point on the Santa Elena Peninsula would distort the provisional median line causing a cut-off of Nicaragua's potential entitlements within the territorial sea.⁷⁷ During its analysis, the Court recalled the jurisprudence stating that the "islets, rocks and minor coastal projections" may cause a disproportionate effect on the equidistance line.⁷⁸ As a consequence, such a disproportionate effect may require the adjustment of the median line in the context of the territorial sea delimitation.

After careful consideration of the arguments, the Court decided that the Santa Elena Peninsula (located in the vicinity of the Salinas Bay) could not be qualified as a "minor coastal projection, which has a disproportionate effect on the delimitation line".⁷⁹ Agreeing with Nicaragua's arguments would cause a significant cut-off of Costa Rica's coastal projections within the territorial sea, which was not justified in the present case.⁸⁰

B. Delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf

In order to conduct the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf it was necessary to analyze —once again— if the adjustment of the equidistance line was not required (this time "outside" the territorial sea).

Costa Rica, also in this case, sustained its position that there were no special circumstances justifying an adjustment of the median line. Whereas, Nicaragua, as previously, argued that the Santa Elena Peninsula and the Nicoya Peninsula "[do] not correspond to the general direction of the Costa Rica's coast"⁸¹ and —therefore— locating a base point regarding either of them would generate a distorting effect on the provisional equidistance line (unless it was adjusted). Therefore, Nicaragua's proposal was to give a half effect to both: the Santa Elena Peninsula and the Nicoya Peninsula.

between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, paras. 294-296.

⁷⁷ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, para. 174.

⁷⁸ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 114, para. 246; Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 48, para. 64; North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 36, para. 57.

⁷⁹ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, para. 174.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, para. 192.

In this context, the Court pointed out that there were two separate questions to answer:⁸² 1) did the existence of the Santa Elena Peninsula generate an inequitable cut-off of Nicaragua's coastal projections, and 2) did the existence of the Nicoya Peninsula cause a similar situation?

Answering the first question, the Court pointed out that while it did not consider the Santa Elena Peninsula as affecting the equidistance line in the context of the delimitation of the territorial sea (within 12 nautical miles), it did however produce a disproportionate effect in terms of the direction of the provisional median line further: approximately 120 nautical miles away from the coast of the parties (as evident during the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf).⁸³ Lack of an adjustment to the provisional equidistance line would result in a major cut-off of Nicaragua's potential maritime entitlements.

Regarding the second question, it was also recalled by the Court that the Nicolay Peninsula was "a large landmass, corresponding to approximately one seventh of Costa Rica's territory, and with a large population".⁸⁴ Therefore, the Nicolay Peninsula needed to be deemed as a substantial part of Costa Rica's coast and —as a result— its direction could not be considered "to depart from the general direction of Costa Rica's coast".⁸⁵

Concluding, the Court decided that it was necessary to adjust the median line by giving the half effect to the Santa Elena Peninsula, whereas such an adjustment was not required in the case of the Nicoya Peninsula.⁸⁶

6. *Final step – The Proportionality Test*

According to the doctrine and case law, in the final step of the delimitation process, the Court considers whether the delimitation line constructed by the application of the previous steps "does not, as it stands, lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime area of each State by reference to the delimitation line".⁸⁷

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, para. 193.

⁸⁴ *Ibidem*, para. 195.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, para. 198.

⁸⁷ Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 122.

In order to do so, the Court should conduct a proportionality test, meaning that the Court should compare the ratio (a relationship, proportion) of a relevant coast's lengths and the ratio of the areas allocated to both states as a result of the construction of the equidistance line (and the delimitation of maritime boundary between parties).

However, as was indicated by the ICJ in the case *Nicaragua v. Colombia*, the purpose of this exercise “is not to attempt to achieve even an approximate correlation between the ratio of the lengths of the Parties’ relevant coasts and the ratio of their respective shares of the relevant area. It is, rather to ensure that there is not a disproportion so gross as to ‘taint’ the result and render it inequitable”.⁸⁸

Nicaragua raised that a mechanical adherence to strict equidistance in the territorial sea would create “a patent inequity in the territorial sea delimitation and is also an obstacle to the establishment of a line that achieves an equitable solution for the delimitation of the exclusive economic zone and continental shelf, seawards of the 12-mile territorial sea limit”.⁸⁹ Therefore, Nicaragua proposed that: “an adjustment southwards in the deflected «outer» part of the strict equidistance line, west of the Punta Blanca turning point, would take due account of these circumstances and enable the achievement of an equitable result within the territorial sea and beyond”.⁹⁰ In Nicaragua’s view, recognition of the existence of special circumstances would allow the achievement of an equitable result.

Moreover, what was a considerable concern for Nicaragua was Costa Rica’s Nicoya Peninsula, which according to Nicaragua, distorted the course of the provisional equidistance line proposed by Costa Rica and —as a result— cut Nicaragua off from its maritime projections. Nicaragua argued for abatement of the effect produced by the Nicoya Peninsula which, according to the ICJ’s jurisprudence, could be interpreted as an effect of “special feature from which an unjustifiable difference of treatment could result”.⁹¹ Therefore, Nicaragua proposed to give a “half effect” to the Nicoya Peninsula and design a line which would be midway between Costa Rica’s proposed equidistance line and a line which would eliminate the distorting effect of the Nicoya Peninsula.⁹² Such conduct would enable achievement of an equitable result.

⁸⁸ Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 242.

⁸⁹ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.49.

⁹⁰ *Ibidem*, para. 2.50.

⁹¹ North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 91.

⁹² Counter-Memorial of Nicaragua”, *op. cit.*, para. 2.73.

Additionally, Nicaragua claimed (supported by many technical-geographical arguments)⁹³ that Costa Rica's provisional equidistance line was inconsistent with the dominant geographic realities of the case in hand. However, as already mentioned in this article, these kinds of arguments particularly need to be assessed by field experts, not lawyers.

Lastly, both parties claimed that the solutions proposed by them would not cause any disproportionate result. Therefore, the proportions of ratios between their respective coastal lengths and the apportionment of areas that would be allocated to them were presented.

According to Costa Rica, the provisional equidistance line divided the relevant area (specifically 202,800 square kilometers) between parties allocating 130,700 square kilometers to Costa Rica and 72,100 square kilometers to Nicaragua. This gave a relevant area ratio of 1:1.8 (favoring Costa Rica).⁹⁴ Therefore, if the relevant coasts' length ratio was 1:1.4 (favoring Costa Rica), the proportion between relevant coasts and the relevant area allocated to the parties provides an equitable result.

However, pursuant to Nicaragua's view, the half-effect line would result in dividing the relevant area (*i. e.* 102,770 square kilometers) in such a way that 66,840 square kilometers would be allocated to Nicaragua and 35,930 square kilometers to Costa Rica. In such a scenario, the ratio of allocated areas would be 1.86 (Nicaragua) to 1 (Costa Rica).⁹⁵ Thus, if the relevant coasts' length ratio was 1.65 (Nicaragua) to 1 (Costa Rica), the application of the half-effect equidistance line would allow achievement of an equitable solution (without the creation of a significant disproportion).

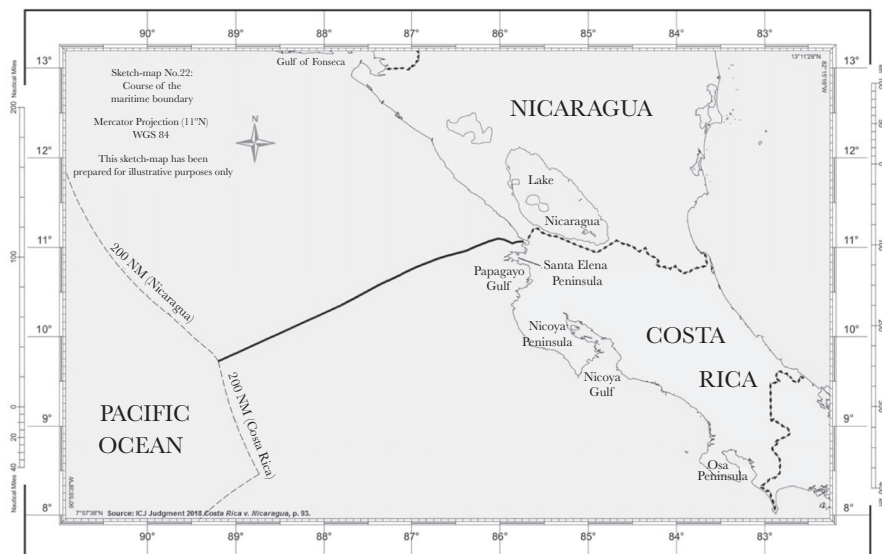
According to the Court, the length of Costa Rica's relevant coast was 416.4 km long, while Nicaragua's relevant coast was 292.7 km long (as previously explained). Thus, the relevant coast ratio was 1:1.42 (favoring Costa Rica).⁹⁶ Moreover, the Court determined the size of the relevant area to be approximately 164,500 square kilometers. Consequently, division of the relevant area between both parties along the equidistance line (which constitutes the maritime boundary between them) established by the Court resulted in granting 93,000 square kilometers to Costa Rica and 71,500 square kilometers to Nicaragua. Hence, the ratio of the relevant areas divided was 1:1.30 (favoring Costa Rica).

⁹³ *Ibidem*, para. 2.56–2.61.

⁹⁴ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 3. 24.

⁹⁵ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 2.78.

⁹⁶ Judgment 2018, *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 203.



Therefore, comparing the ratio of the relevant coast with the ratio of the relevant area, the Court concluded that the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between parties as conducted by the Court did not produce a significant disproportion and the delimitation of the maritime boundary achieved an equitable result.⁹⁷

PART B - DELIMITATION IN THE CARIBBEAN SEA

Nicaragua and Costa Rica are located in the western half of the Caribbean Sea; whose total area covers more than 2,600,000 km². The size and oval shape of the Caribbean Sea creates a number of overlapping maritime claims between many countries of the region such as Nicaragua, Honduras, Jamaica, Colombia, Panama, Costa Rica and others.⁹⁸ The myriad of state actors on the Caribbean arena have resulted in several court proceedings (involving Costa Rica and Nicaragua) regarding maritime territorial disputes in the Caribbean Sea namely: the case concerning the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.3.

(*Nicaragua v Honduras*),⁹⁹ the case concerning the Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v Colombia*)¹⁰⁰ in which Costa Rica and Honduras filed an application for permission to intervene,¹⁰¹ the Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v Colombia*)¹⁰² and the case pertaining to the Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (*Nicaragua v Colombia*).¹⁰³

The number of court cases regarding the same water basin and involving the same countries illustrates how complicated the situation is in this region. Therefore, not only was the territorial dispute between Costa Rica and Nicaragua in the Caribbean Sea more complex (geographically and legally) than the above-analyzed dispute in the Pacific, it additionally stimulated more emotions between parties (which could be seen, *inter alia*, in the language employed by both parties in their Memorial and the Counter-Memorial).¹⁰⁴

1. *Relevant Coast*

As explained in the first part of this article, during the Pacific analysis, determination of the relevant coast which projects at sea is the first necessary step in maritime delimitation.

According to Costa Rica, the entire Costa Rican Caribbean coast was within 200 nautical miles of Nicaragua's coast, but only that portion of Nicaragua's coast south of Punta Gorda (N) was within 200 nautical miles

⁹⁹ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v Honduras*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p 659.

¹⁰⁰ Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v Colombia*), Preliminary Objections, Reports 2007, p. 832 and Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v Colombia*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624.

¹⁰¹ Application for Permission to Intervene by the Government of Costa Rica filed in the Registry of the Court on 25th February 2010; Application for Permission to Intervene by the Government of Honduras filed in the Registry of the Court on 10th June 2010.

¹⁰² Pending case: Question of the Delimitation of the Continental Shelf Between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v Colombia*), I.C.J. Preliminary Objections, 17th March 2016.

¹⁰³ Pending case: Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (*Nicaragua v Colombia*).

¹⁰⁴ Namely: "To conclude, Costa Rica seems to have fallen prey to a paradox that only confirms the scope of its inconsistencies", "This is an unacceptable claim or, to put it in the words of Arbitrator General Alexander, "Costa Rica's claim [is] simply outrageous". Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, paras. 3.33 y 3.36.

of Costa Rica's coast.¹⁰⁵ Yet, as noticed by Costa Rica (and briefly explained regarding the delimitation in the Pacific region), "pure distance from the opposing party's coast is not the only criterion for determining which coast is relevant".¹⁰⁶ Additionally, as further indicated by Costa Rica, it was required to make an assessment of the following circumstances: "1) coastlines within deep indentations; 2) sections of coast that face away from the area of overlapping potential entitlements; and 3) sections of coast that face a third State and therefore are relevant only for delimitation with that third State".¹⁰⁷

According to Costa Rica, the first two hypotheses were not applicable in the Caribbean dispute between parties.¹⁰⁸ However, in Costa Rica's view, the third situation (involvement of a third State) was present in this case. Costa Rica claimed that a significant section of Nicaragua's Caribbean coast faced certain Colombian Islands (San Andrés, Providencia and Santa Catalina). Therefore, according to Costa Rica, Nicaragua's coastline north of Punta de Perras, which faced Colombia could not be considered as facing Costa Rica —and as a result— should not be relevant for the maritime delimitation between both parties.¹⁰⁹ Thus, Costa Rica's entire Caribbean coast should be considered relevant, but Nicaragua's coast north of Punta de Perras should not be taken into consideration.¹¹⁰

The position regarding Costa Rica's relevant coast was supported by Nicaragua.¹¹¹ However, Nicaragua disagreed with Costa Rica's description of Nicaragua's relevant coast and the relevant area for the delimitation in the Caribbean Sea (even if the Court were to accept Costa Rica's position on its 1977 Treaty with Colombia, which will be explained later). However, as indicated by Nicaragua, the disagreement pertained more to Costa Rica's reasoning than to the pure extent of the relevant coast.

As indicated above, according to Costa Rica, Nicaragua's coast north of Punta de Perras could not constitute part of Nicaragua's relevant coast due to the fact that it faced the coast of a third State (Colombia), and for that reason would be only relevant for the delimitation between Nicaragua and Colombia (for which Costa Rica recalled the *Cameroon v Nigeria* judgment,¹¹²

¹⁰⁵ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, para. 3.4.

¹⁰⁷ *Ibidem*, para. 4.4.

¹⁰⁸ *Ibidem*, para. 4.5.

¹⁰⁹ *Ibidem*, para. 4.9.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.59.

¹¹² Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303.

where the Court stated that part of Cameroon's coastline could not be considered to be relevant for the purpose of the delimitation between both parties, as it was facing Bioko Island —belonging to a third state— Equatorial Guinea).¹¹³

In Nicaragua's opinion, Costa Rica's application of the Bioko analogy to the current dispute was fully ungrounded. According to Nicaragua, both cases (Bioko Island and San Andrés) were completely different due to the varying sizes of the islands and their relation to neighboring countries.¹¹⁴ In support of its position, Nicaragua recalled the ICJ judgment in the dispute between Nicaragua and Colombia, where the Court stated that: "That potential entitlement [of Nicaragua] thus extends to the sea bed and water column to the east of the Colombian islands where, of course, it overlaps with the competing potential entitlement of Colombia derived from those islands".¹¹⁵

Regarding the Northernmost Part of Nicaragua's coast, Nicaragua considered that its relevant coast included the coast up to Coconut Point (further north than Punta de Perlas, as indicated by Costa Rica).¹¹⁶

After careful analysis of the arguments of the parties, as well as the situation in the Caribbean Sea, the Court decided that Costa Rica's entire coast was relevant for the purposes of the delimitation of the maritime entitlements between parties. Regarding Nicaragua's mainland coast, the Court considered it to be relevant up to Punta Gorda (N). Additionally, it was also concluded that the coasts of both parties, as described above, needed to be considered relevant as their maritime projections overlapped with each other.¹¹⁷

2. *Facio-Fernández Treaty*, 1977

One of the very interesting issues which can be found in the dispute between Nicaragua and Costa Rica was the importance of a maritime delimitation treaty with a third state: this is the Treaty on Delimitation of Marine and Submarine Areas and Maritime Cooperation signed between Colombia and Costa Rica in 1977 (also known as the Facio-Fernández Treaty, 1977). The reason why this treaty appeared in the context of a delimitation

¹¹³ *Ibidem*, para. 291.

¹¹⁴ Counter-Memorial of Nicaragua..., *cit.*, para. 3.61.

¹¹⁵ Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 159.

¹¹⁶ Counter-Memorial of Nicaragua..., *cit.*, para. 3.64.

¹¹⁷ Judgment 2018, *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 111.

dispute between Costa Rica and Nicaragua was the fact that —according to Nicaragua— the 1977 Treaty “fixed and limited Costa Rica’s interests in the maritime spaces of the Caribbean Sea”.¹¹⁸

Contrarily, Costa Rica claimed that the Facio-Fernández Treaty has never been ratified by Costa Rica and therefore has never come into force. To support its view, Costa Rica recalled the ICJ Judgment of 19th November 2012 in the case between *Nicaragua v Colombia*, where the Court stated that the 1977 Treaty was “*impractical and ineffective*”.¹¹⁹ According to Costa Rica, even if the 1977 Treaty had come into force, it would have resulted in a *res inter alios acta* for Nicaragua and Costa Rica.¹²⁰

Nicaragua opposed Costa Rica’s position citing the “impracticability and ineffectiveness” of this treaty, arguing that the 1977 Treaty had come into force and was thus legally binding. Nicaragua supported its view by recalling the ICJ judgment in the case between *Libya and Chad*, where the Court stated that

[A] boundary established by treaty thus achieves a permanence which the treaty itself does not necessarily enjoy. The treaty can cease to be in force without in any way affecting the continuance of the boundary... [W]hen a boundary has been the subject of agreement, the continued existence of that boundary is not dependent upon the continuing life of the treaty under which the boundary is agreed.¹²¹

Analyzing this matter, the Court stated that it could not be concluded that Costa Rica intended to renunciate the right to its maritime entitlements (according to the Facio-Fernández Treaty). Moreover, the Court underlined that even if, hypothetically, Costa Rica had ever such an intention, it was only possible with regard to Colombia and not to any other state.¹²²

3. *The Matter of Islands*

One of the main reasons rendering the delimitation in the Caribbean Sea more complicated than the delimitation in the Pacific was the presence of Nicaragua’s islands and the impact they cause. Presently, there are two

¹¹⁸ Counter-Memorial of Nicaragua..., *cit.*, para. 3.32.

¹¹⁹ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 2.13.

¹²⁰ *Ibidem*, para. 2.36.

¹²¹ Territorial Dispute (*Libyan Arab Jamahiriya v Chad*), Judgment, I. C. J. Reports 1994, para. 72 y 73.

¹²² Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.* para. 134.

main points reflected in the ICJ jurisprudence regarding the regime and their importance in the delimitation process.

According to article 121 of UNCLOS¹²³ and international customary law, which was also reflected in the ICJ judgment in the case *Nicaragua v Colombia*, islands enjoy the same status as other land territory, and therefore generate the same maritime rights (this is the right to a territorial sea, a contiguous zone, an exclusive economic zone and a continental shelf). In *Nicaragua v Colombia* the Court stated that:

By denying an exclusive economic zone and a continental shelf to rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own, paragraph 3 provides an essential link between the long-established principle that “islands, regardless of their size,... enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory” (*ibid.*) and the more extensive maritime entitlements recognized in UNCLOS and which the Court has found to have become part of customary international law. The Court therefore considers that the legal régime of islands set out in UNCLOS Article 121 forms an indivisible régime, all of which (as Colombia and Nicaragua recognize) has the status of customary international law.¹²⁴

The International Tribunal for the Law of the Sea also underlined that in cases where there is a delimitation between a territorial sea of one country and an exclusive economic zone (or a continental shelf) of the other, privilege should be given to the territorial sea. This was expressed by ITLOS in the judgement in the case *Qatar v. Bahrain*¹²⁵ and *Bangladesh v Myanmar*, where the ITLOS stated that “A conclusion to the contrary would result in giving more weight to the sovereign rights and jurisdiction of Myanmar in its exclusive economic zone and continental shelf than to the sovereignty of Bangladesh over its territorial sea”.¹²⁶ However, ITLOS

¹²³ Article 121 of UNCLOS states that “An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide (para. 1); Except as provided for in paragraph 3, the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory (para. 2); Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf (para. 3)”.

¹²⁴ Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 139.

¹²⁵ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Qatar v Bahrain*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40.

¹²⁶ Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012, para. 169.

also noticed that one general rule regarding the effect of islands in regard to their exclusive economic zone and continental shelf does not exist and their effect “depends on the geographic realities and the circumstances of the specific case”.¹²⁷

The aforementioned considerations are important in light of this analyzed case, as—in Nicaragua’s view—Costa Rica decided to ignore the presence of islands in close proximity to Nicaragua’s mainland coast such as Cayos de Perlas and the Corn Islands. According to Nicaragua, both these islands generated maritime projections which overlapped with the maritime projections of Costa Rica’s relevant coast. Therefore, the coasts of both islands facing south and southeast needed to be considered as part of Nicaragua’s relevant coast.¹²⁸

The Court concluded that only the coasts of the Corn Islands should be considered during the determination of the relevant coast of Nicaragua. In the context of Cayos de Perlas, the Court pointed out that Nicaragua did not provide any proof regarding their capacity “to sustain human habitation or economic life of their own” (as required by article 121 of UNCLOS) and therefore their coasts should not be considered to be relevant.¹²⁹

4. *Baselines*

As explained in the Pacific case, the next step in the delimitation process is the construction of baselines. Therefore, according to Costa Rica, by application of the straight baseline approach, the relevant coastal length for Costa Rica was 195 kilometers and 165 kilometers for Nicaragua (this gave a relevant coast ratio of 1:1.2 in favor of Costa Rica). By application of the natural configuration approach, the relevant coastal length for Costa Rica was 225 kilometers and 215 kilometers for Nicaragua (this gave a relevant coastal length ratio of slightly more than 1:1 in favor of Costa Rica).¹³⁰

According to Nicaragua, if the relevant coast of Costa Rica was measured by straight lines it equaled 193 kilometers (this resulted from the construction of a straight line between the termini of Costa Rica’s land frontiers with Nicaragua and Panama).¹³¹ Accordingly, the relevant mainland coast

¹²⁷ *Ibidem*, para. 317.

¹²⁸ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.65.

¹²⁹ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 112.

¹³⁰ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.10.

¹³¹ The difference between the length of Costa Rica’s relevant coast indicated by Costa Rica and Nicaragua can be explained (in Nicaragua’s opinion) by the usage of a different

of Nicaragua equaled respectively 74 and 97 kilometers (measured by two straight lines between Punta del Mono and the terminus of the land boundary between Nicaragua and Costa Rica and across the indentation between Monkey Point and Punta de Perlas).¹³² Furthermore, Nicaragua measured the relevant coast of its island Cayos de Perlas by a straight line between Moon Cay and Seal Cay (giving 19 kilometers) and the relevant coast of the Corn Islands by two straight lines (along Big and Little Corn Islands) giving respective lengths of 5 and 3 kilometers. Thus, the total length of Nicaragua's relevant coast, measured in such a way, equaled 198 kilometers.¹³³ In such a case, the relevant coast ratio between parties was 1:1.03 (favoring Nicaragua).¹³⁴

If Costa Rica's relevant coast was measured —according to Nicaragua— by its natural configuration, it was 221 kilometers long and the relevant coast of Nicaragua equaled 246 kilometers (including 226 kilometers of Nicaragua's mainland coast and approximately 20 kilometers of the Corn Islands and Cayos de Perlas).¹³⁵ As a result, the relevant coast ratio between parties was 1:1.11 (in favor of Nicaragua).

The Court decided that the length of the relevant coasts of both parties should be measured by their natural configuration (justifying it by the lack of sinuosity of their coasts). In such a case, the relevant coast of Costa Rica equaled 228.8 kilometers and Nicaragua's relevant coast was 465.8 kilometers. Thus, the relevant coast ratio was 1:2.04 (favoring Nicaragua).¹³⁶

5. *Relevant Area*

Even though, as previously explained, the exact size of the relevant area is not of significant importance and only an approximation suffices, the parties did not agree on the extent of the relevant area for the delimitation of the maritime boundary between them. According to Nicaragua, the relevant area of both countries measured 80,750 square kilometers,¹³⁷ whereas the relevant area presented by Costa Rica equaled 104,700 square kilometers.¹³⁸

location of the terminus of the land boundary on the Caribbean coast. Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.67.

¹³² *Ibidem*, para. 3.68.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ *Ibidem*, para. 3.69.

¹³⁵ *Ibidem*, para. 3.67.

¹³⁶ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 114.

¹³⁷ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.75.

¹³⁸ *Ibidem*, para. 4.12.

In Nicaragua's view, Costa Rica was responsible for the significant difference in the size of the relevant area indicated by both parties, as it "artificially extended" the size of the relevant area by including maritime areas, which should not have been included (namely Nicaragua's maritime areas located north of Nicaragua's relevant coast). Additionally, Costa Rica also ignored an area which should have been included - in Nicaragua's opinion (where seaward projections of the relevant coasts of Nicaragua and Costa Rica overlap).

In Nicaragua's view such a "manipulation" with the size of the relevant area (extending Nicaragua's relevant area and simultaneously diminishing Costa Rica's), may lead to the conclusion that Costa Rica's delimitation proposal provided an equitable result (whereas, if the relevant area were constructed as proposed by Nicaragua, it would be clear that it would be exactly opposite).¹³⁹

What was also interesting in this case was that Costa Rica indicated that the area of overlapping entitlements did not extend beyond 200 nautical miles.¹⁴⁰ From this statement, Nicaragua concluded that it was not required to consider Nicaragua's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles in the delimitation process.

The Court concluded that "the area where there are overlapping projections in the north includes the whole maritime space situated within a distance of 200 nautical miles from Costa Rica's coast".¹⁴¹

Moreover, the Court pointed out that the situation in the south caused more concerns as third states were involved. Nevertheless, the rights of the third states could not be affected by the delimitation between the parties, the areas where the third state could have a claim may still be included for the purpose of the determination of the relevant area.¹⁴²

6. *Starting point*

As in the Pacific case, in order to proceed with the delimitation of maritime entitlements, it is necessary to indicate a starting point from which

¹³⁹ *Ibidem*, para. 3.57.

¹⁴⁰ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para 4.12.

¹⁴¹ Besides those attributed to Colombia in the judgement Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 624. Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, para. 120.

¹⁴² This position derives from the Court jurisprudence, for example, Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61. *Ibidem*, para. 121.

the equidistance line should begin. In the analyzed case, this phase of the delimitation process caused further disagreements between the parties as, even though the parties in general did agree in terms of the starting point, they did not agree regarding its geographic location.

Costa Rica indicated that the starting point was situated

...on the right bank of the San Juan River at its mouth: the point at which the line dividing the land territories of the two States intersects the coast. That point is located at the northwestern extremity of Costa Rica's Isla Portillos, where Costa Rica's land territory and Nicaragua's waters of the San Juan River meet the Caribbean Sea.¹⁴³

Nicaragua, in general, agreed with Costa Rica's starting point (area) for the delimitation, however it contradicted its exact geographical location (as indicated by Costa Rica).

This disagreement stemmed from the fact that some natural geographical changes to the coast occurred after 1858 (when the Treaty of Limits¹⁴⁴ was signed between parties). Therefore, Costa Rica claimed that the starting point should be physically located 3,6 kilometers north from the point, which—in Nicaragua's view—should stipulate a starting point.¹⁴⁵

As the Court noticed, the issue of the starting point in the delimitation in the Caribbean Sea constituted a specific case due to the instability of the coastline in the vicinity of the San Juan River. Therefore, the Court decided (as advised by Court-appointed experts) to "select a fix point at sea and connect it to the starting-point on the coast by a mobile line", which would be situated 2 nautical miles away from the coast on the median line.¹⁴⁶

7. *Definition of the Boundary in the Area of Los Portillos / Harbor Head Lagoon*

The aforementioned disagreement regarding the geographical location of the starting point for the delimitation of maritime entitlements between Costa Rica and Nicaragua resulted in another court case pertaining to the

¹⁴³ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.13.

¹⁴⁴ The land boundary dividing the territories of Nicaragua and Costa Rica was delimited by the *Treaty of Limits* signed in 1858. Article II of the Treaty stated that "*The dividing line between the two Republics, starting from the Northern Sea [Caribbean Sea], shall begin at the end of Punta de Castilla, at the mouth of the San Juan de Nicaragua river, and shall run along the right bank of the said river*". *Idem*.

¹⁴⁵ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.35.

¹⁴⁶ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.* para. 86.

precise location of the land boundary between Costa Rica and Nicaragua: separating the Los Portillos/Harbor Head Lagoon sandbar from Isla Portillos.

On 16th January 2017, Costa Rica filed to the Registry of the Court an Application instituting a proceeding against Nicaragua regarding the dispute concerning the precise definition of the boundary in the area of Los Portillos / Harbor Head Lagoon and the establishment of a new military camp by Nicaragua. As previously mentioned, both cases were jointly proceeded as a result of the request submitted by Costa Rica in the Application (para. 5). Additionally it is worth mentioning that the matter of disagreement between the parties was also an “illegal” —in Costa Rica’s view— establishment of a military camp by Nicaragua on the beach of Isla Portillos which, according to Costa Rica, belonged to Costa Rica.¹⁴⁷

After analysis of the vast arguments presented by the parties and experts’ opinions, the Court concluded that both Harbor Head Lagoon and the sandbar separating it from the Caribbean Sea remained under Nicaragua’s sovereignty.¹⁴⁸ At the same time, it was also pointed out that the installation of the camp by Nicaragua violated Costa Rica’s territorial sovereignty as it was situated on the “beach close to the sandbar, but not on it”. As a result, it was ordered to remove it from the territory of Costa Rica.¹⁴⁹

8. *Equidistance line*

A. Delimitation of the territorial sea

As explained in the Pacific delimitation, article 15 of UNCLOS finds an application in the case of the delimitation of the territorial sea. According to Costa Rica, there were no historical claims to waters beyond their commonly-held Bay of San Juan del Norte or any special circumstances which would require an adjustment of the equidistance line.¹⁵⁰ Notwithstanding that the choice of base points for the equidistance line between parties could potentially cause some difficulties due to the geographical instability of the coast, in Costa Rica’s view, it did not constitute “special circumstan-

¹⁴⁷ Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 16th January 2017, Dispute Concerning the Precise Definition of the Boundary in the Area of Los Portillos/Harbor Head Lagoon and the Establishment of a New Military Camp by Nicaragua (*Costa Rica v. Nicaragua*), *op. cit.*, para. 3.

¹⁴⁸ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 73.

¹⁴⁹ *Ibidem*, para. 77.

¹⁵⁰ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.17.

ces” under article 15 of UNCLOS.¹⁵¹ In the Black Sea judgment, the Court decided to “use as base points those which the geography of the coast identifies as a physical reality at the time of the delimitation”.¹⁵²

Therefore, Costa Rica decided to select the base points on the coasts of both parties, which reflected the general direction of the coast at the time of proceeding, and to ignore basepoints on “ephemeral, sandy and unstable features” (as explained in detail in its Memorial).¹⁵³ Yet, according to Nicaragua, the base points should be located “on dry land, starting with the land boundary terminus at Punta Castilla, and not upon any points that lie upon straight baselines but not upon land”.¹⁵⁴

Moreover, Nicaragua argued that the change from the convex to the concave coastline (next to Punta de Castilla, where the starting point was situated), stipulated special circumstances, which would result in a big cut-off of Nicaragua’s entitlements.¹⁵⁵ Costa Rica disagreed with Nicaragua’s position regarding the necessity of an adjustment of the equidistance line.¹⁵⁶

The Court concluded that the combined effect of the convexity and concavity of the coast could not be considered as a special circumstance under article 15 of UNCLOS and therefore it did not justify an adjustment of the equidistance line.¹⁵⁷ Although, the Court indicated that there were another two types of “special circumstances”, which should be taken into consideration: 1) the high instability and narrowness of the sandpit near the mouth of the San Juan River;¹⁵⁸ 2) the instability of the sandbar separating Harbor Head Lagoon from the Caribbean Sea.¹⁵⁹

In the first case, the Court noted that the instability of the sandpit impeded the location of a base point on Costa Rica’s territory. Therefore, the Court proposed that “the fixed point at sea on the median line [should be] connected by a mobile line to the point on solid land on Costa Rica’s coast which is closest to the mouth of the river”.¹⁶⁰

¹⁵¹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Permanent Court of Arbitration, Award, 7th July 2014, para. 248.

¹⁵² Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 131.

¹⁵³ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.19.

¹⁵⁴ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.83.

¹⁵⁵ *Ibidem*, para. 3.85-3.91.

¹⁵⁶ Memorial of Costa Rica..., *cit.*, para. 4.17.

¹⁵⁷ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 103.

¹⁵⁸ *Ibidem*, para. 104.

¹⁵⁹ *Ibidem*, para. 105.

¹⁶⁰ *Ibidem*, para. 104.

In the second case, the Court decided that the delimitation of the territorial sea between the parties should not include any entitlements resulting from a small enclave caused by the instability of the sandbar separating Harbor Head Lagoon from the Caribbean Sea.¹⁶¹

B. *Delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf*

In the context of the construction of an equidistance line during the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf, the issue of islands appeared again —generating additional difficulties—. Further compounding complications is the fact that there is no one agreed position in the jurisprudence regarding the effect caused by islands during the construction of a median line.

The concerns connected with the construction of the equidistance line were related to the placement of the base points on: 1) the Corn Islands; and 2) Paxaro Bovo and Palmenta Cays.

Referring to the first issue, Costa Rica claimed that —according to jurisprudence— the basepoints of Nicaragua’s Corn Islands, which were situated approximately 30 nautical miles from the Nicaraguan mainland, should not be taken into account during calculation of the provisional equidistance line. Costa Rica supported this claim, recalling again the *Black Sea* case, in which the Court stated that Ukraine’s Serpents’ Island, which was located approximately 20 nautical miles away from the mainland, should not be used to construct the provisional equidistance line. A similar approach was taken by the Court in the delimitation between *Bangladesh v Myanmar*¹⁶² and *Bangladesh v India*.¹⁶³

Regarding the second point, Costa Rica also did not take into consideration “several small insular features” along Nicaragua’s coast, especially Paxaro Bovo and Palmenta Cays, during construction of the equidistance line.¹⁶⁴ Nicaragua opposed this position, arguing that its insular features were entitled, under UNCLOS, to the territorial sea —and as a result— the

¹⁶¹ *Ibidem*, para. 105.

¹⁶² Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012, para. 265.

¹⁶³ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Permanent Court of Arbitration, Award, 7th July 2014, para. 367.

¹⁶⁴ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4. 19.

equidistance line should be properly delimited taking into consideration their presence.¹⁶⁵

According to Costa Rica, there were also no “special circumstances” which would require an adjustment of the provisional equidistance line (the Corn Islands could have been such features, however, if they were excluded from the delimitation, there was no need to make any adjustment). Nicaragua disagreed with Costa Rica’s analogy between the Corn Islands and Serpents’ Island (derived from the ICJ *Romania v Ukraine* judgment). The main difference —according to Nicaragua— between both cases, which impeded such an analogy, was the islands’ size and the number of their habitants (Serpents’ Island was much smaller than the Corn Islands with also a much smaller population).¹⁶⁶ Moreover, Nicaragua also questioned Costa Rica’s comparison of the Corn Islands to St. Martin’s Islands (in the dispute between *Bangladesh v Myanmar*), where ITLOS expressed the view that — due to the location of St. Martin’s Island, just in front of Myanmar’s mainland — the establishment of a base point on St. Martin’s would result in “an unwarranted distortion of the delimitation line”.¹⁶⁷

What Costa Rica did indicate as a relevant special circumstance was the coastal concavity and cut-off created by this conjunction with a notional delimitation with a third state.¹⁶⁸ This required an adjustment to the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result in the delimitation between both parties as the concave shape of the coast and adjacent coast of Nicaragua and Panama would result in a cut-off effect on Costa Rica’s coast.¹⁶⁹

To support its claim, Costa Rica cited: the North Sea Continental Shelf cases (where Germany was, in Costa Rica’s view, in a similar position),¹⁷⁰ the ITLOS judgment in the *Bangladesh v Myanmar* case¹⁷¹ and the PCA Award regarding the delimitation dispute between *Bangladesh v India*.¹⁷²

¹⁶⁵ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.84.

¹⁶⁶ *Ibidem*, para. 3.103 y 3.104.

¹⁶⁷ Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012, para. 265.

¹⁶⁸ Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4. 30.

¹⁶⁹ *Ibidem*, para. 4. 41.

¹⁷⁰ North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 8.

¹⁷¹ Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012, para. 292.

¹⁷² Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Permanent Court of Arbitration, Award, 7th July 2014, para. 408.

Nicaragua agreed that the concavity and convexity of the adjacent coasts constitute “special circumstances”.¹⁷³ Therefore, to achieve an adjustment to the equidistance line, Nicaragua proposed the application of simplified coastlines (by drawing a straight line from Monkey Point to Punta Castilla). Such a solution would allow elimination of the distorting effect of the concavity of Nicaragua’s coastline.¹⁷⁴ Nicaragua also noticed that a simplified line could be applied in the case of Costa Rica’s coast (however, then it would have a smaller effect on the equidistance line than the simplified line of Nicaragua’s coast).¹⁷⁵ Therefore, it can be concluded that the parties did not agree on the location of the provisional equidistance line and its base points.¹⁷⁶

Firstly, it must be stated that the Court found the Corn Islands relevant for the purpose of constructing the median line during the delimitation of the maritime entitlements between the Parties. After careful analysis, the Court concluded that the Corn Islands “have a significant number of inhabitants and sustain economic life” and —therefore— fulfill the necessary requirements for an island to be able to generate an exclusive economic zone and continental shelf (as stated in article 121 of UNCLOS).¹⁷⁷

Analyzing the case of the Paxaro Bovo and the Palmenta Cays, the Court stated that both formations could be “assimilated to the coast” as they were located respectively three and one nautical miles from the coast.¹⁷⁸

Addressing the arguments referring to the adjustment of the equidistance line due to special circumstances, the Court noted that the Corn Islands should be given only half effect due to the disproportion between their small size and their location 26 nautical miles away from the mainland coast.¹⁷⁹ Therefore, to preserve the equal result, the equidistance line should be adjusted in favor of Costa Rica.

Concurrently, the Court concluded that the adjustment of the median line due to the concavity of Costa Rica’s coast was not required, as the po-

¹⁷³ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.88.

¹⁷⁴ *Ibidem*, para. 3.90.

¹⁷⁵ *Ibidem*, para. 3.91.

¹⁷⁶ *Ibidem*, 3.100.

¹⁷⁷ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 140.

¹⁷⁸ Such a position derives from the Court jurisprudence presented in various cases such as the Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*) (Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 109, para. 149) and the Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*) (Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 678, para. 145; see also *ibid.*, p. 699, para. 201). *Ibidem*, para. 142.

¹⁷⁹ *Ibidem*, para. 153.

tential cut-off was insignificant (especially in light of the aforementioned adjustment due to the disproportionate effect caused by the Corn Islands).¹⁸⁰

C. Final step. The Proportionality Test

As previously explained during the delimitation in the Pacific, the third and last step in the delimitation process is a review of the delimitation line developed during the earlier steps of the delimitation; ensuring that it does not lead effectuate any significant disproportion in regard to “respective coastal lengths and the apportionment of areas that ensue”.¹⁸¹

In Costa Rica’s opinion, the adjusted equidistance line allows achievement of an equitable solution in the Caribbean Sea delimitation.¹⁸² The total relevant area of 104,700 square kilometers would be divided by the equidistance line in the following way: 49,200 square kilometers would be granted to Costa Rica and 55,500 square kilometers to Nicaragua. This would result in the ratio 1:1.1 (in favor of Nicaragua). Thus, if the relevant coasts’ length ratio was 1:1.2 in favor of Costa Rica (measured by straight lines) or almost 1:1 (measured by natural configuration), the employed solution would not cause any disproportionate result.

Nicaragua disagreed with Costa Rica’s position and argued that such a solution would lead to an inequitable result (in contrast to Nicaragua’s proposal). To support this view, Nicaragua underlined that the delimitation line proposed by Nicaragua included the delimitation line between Costa Rica and Colombia (on which Costa Rica agreed years ago). As previously indicated by Nicaragua, the total relevant area measured 80,750 square kilometers. Following Nicaragua’s proposal, 23,860 square kilometers would be allocated to Nicaragua and 22,840 square kilometers to Costa Rica, which would give a ratio of 1:1.04 (in favor of Nicaragua).¹⁸³ If the relevant coast ratio was 1:1.03 in favor of Nicaragua (measured by straight baselines)¹⁸⁴ or 1:1.11 also in favor of Nicaragua (measured by natural configuration of the coast), the proposed median line warrants achievement of an equitable solution.

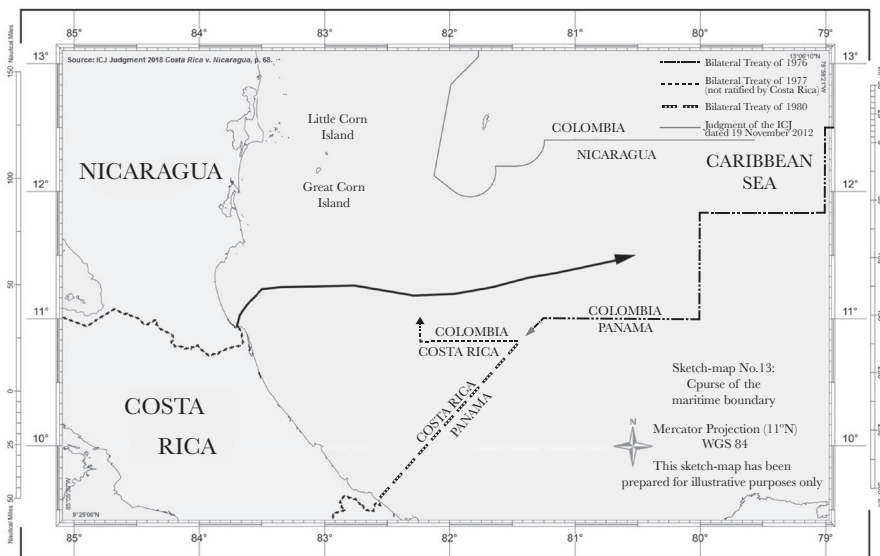
¹⁸⁰ *Ibidem*, para. 156.

¹⁸¹ Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 210.

¹⁸² Memorial of Costa Rica, *op. cit.*, para. 4.47.

¹⁸³ Counter-Memorial of Nicaragua, *op. cit.*, para. 3.137.

¹⁸⁴ Nicaragua indicates as interchangeable in its Counter-Memorial the relevant coast ratio as 1:1.03 y 1:1.02 (in favor of Nicaragua).



According to the Court, the constructed equidistance line divided the relevant area in such a way as to allocate 73,968 square kilometers to Nicaragua and 30,873 square kilometers to Costa Rica. This resulted in a ratio of 1:2.4 favoring Nicaragua.¹⁸⁵ As the relevant coast ratio was 1:2.04, such a division of the relevant area did not cause any disproportionate result.

V. FINAL CONCLUSIONS

The main goal of this article was to explain, step-by-step, the full process of the delimitation of maritime boundaries based on the example of *Costa Rica v Nicaragua*, conducted by the International Court of Justice. Therefore, the three-stage methodology reflected in the *Black Sea* case was fully analyzed in conjunction with other case-law and arguments submitted by the parties.

Based on this analysis, it can be concluded that the United Nations Convention on the Law of the Sea lacks one clear delimitation regime. As visible, UNCLOS provides a reader only with a “hint”; stating that an equitable solution should be achieved in the process of a delimitation of maritime boundaries between states. Some rationalize this situation by ‘drafters’ intentions’ to avoid strict (and sometimes controversial) solutions to be in-

¹⁸⁵ Judgment 2018 *Costa Rica v. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 165.

cluded in UNCLOS as this could impede many states from ratification of the convention.¹⁸⁶ As a result of such a solution, the delimitation methodology has been evolving over years, being created by state practice and international judicial bodies' jurisprudence rather than *hard law*.

As it was also proven, based on the example of the delimitation between parties in the Caribbean region, the complexity of the disputes is proportional to the number of actors involved (even if they are involved indirectly as, for example, Colombia). On the other hand, the size of the relevant area is inversely proportional to the parties' interests (the smaller the relevant area is, the more pertinent it is for the affected parties). Additionally, the lack of a commonly accepted land boundary between adjacent states will always constitute an obstacle preventing them from achieving an agreement during the delimitation of a maritime boundary.

It should also be realized that the delimitation of maritime boundaries requires not only legal but also specialized, expert knowledge (for example, of cartographers), which would enable verification of an abundance of technical data (such as maps, schemes and tables) submitted by the parties. What is also of extreme importance is the factual situation, requiring field visits and verification of facts by experts on site (as was seen in the example of the precise geographical location of the land boundary between parties in the Caribbean region). Therefore, in this and similar cases, the International Court of Justice (and other international courts and tribunals) appoints experts in the required field (here experts in geography, geology and geomorphology¹⁸⁷) to provide the Court with their specialized opinions. Only then does the application of a proper legal solution become feasible and the assessment of arguments presented by claimants accurate. As both parties present different proposals regarding the delimitation of the maritime boundary between them, the final decision is —as always— left for the best judgment of the Court. However, in this case, the International Court of Justice, in order to provide the parties with an equitable delimitation, needed to first determine their land boundary (especially in the Caribbean region) as adhering to the rule: “the land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Seneadza, Oswald, “The Law and Practice in Maritime Boundary Delimitation: Lessons for the Resolution of Dispute between Cote d'Ivoire and Ghana”, *Commonwealth Law Bulletin*, Abingdon, vol. 37, núm. 2, 2011, p. 300.

¹⁸⁷ By the Court Order as of 16th June 2016, Appointment of experts.

¹⁸⁸ North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 96.

VI. SUMMARY OF THE PARTIES' AND THE COURT'S POSITIONS				
	<i>Subject</i>	<i>Costa Rica's Position</i>	<i>Nicaragua's Position</i>	<i>Court's position</i>
1	Jurisdiction	The International Court of Justice	The International Court of Justice	The International Court of Justice
2	Litis	Delimitation of a single maritime boundary in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean.	Delimitation of a single maritime boundary in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean.	Delimitation of a single maritime boundary in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean.
PART A - DELIMITATION IN THE PACIFIC				
1	Relevant Coast	Costa Rica's coast from Punta Zacate to the Osa Peninsula and all Nicaragua's Pacific coast.	Costa Rica's coast from Punta Zacate, but only until Punta Guiones and Nicaragua's coast between Punta la Flor on the Bay of Salinas and the Corinto point.	Costa Rica's coast from Punta Zacate to Cabo Blanco and from Punta Herradura to Punta Salsipuedes. Nicaragua's entire Pacific coast.
2	Baselines (straight-line method)	Costa Rica - 415 km; Nicaragua - 300 km.	Costa Rica - 144 km; Nicaragua - 238 km.	Costa Rica - 416.4 km; Nicaragua - 292.7 km.
3	Relevant coast ratio	1:1.4 (in favor of Costa Rica).	1:1.65 (in favor of Nicaragua).	1:1.42 (in favor of Costa Rica).
4	Total relevant area	Approx. 202 800 km ²	Approx. 102 770 km ²	Approx. 164 500 km ²
5	Starting point	The mid-point of the closing line across the Salinas Bay.	The mid-point of the closing line across the Salinas Bay.	The mid-point of the closing line across the Salinas Bay.
6	Allocated relevant areas	Costa Rica's share: 130,700 km ² . Nicaragua's share: 72 100 km ² .	Nicaragua's share: 66,840 km ² . Costa Rica's share 35,930 km ² .	Nicaragua's share: 71,500 km ² . Costa Rica's share 93,000 km ² .
7	Allocation ratio	1:1.8 (in favor of Costa Rica)	1:1.86 (in favor of Nicaragua)	1:1.30 (in favor of Costa Rica)
8	Proportionality Test (relevant coast ratio to allocation ratio)	1:1.4 (in favor of Costa Rica) to 1:1.8 (favoring Costa Rica)	1:1.65 (in favor of Nicaragua) to 1:1.86 (favoring Nicaragua)	1:1.42 (in favor of Costa Rica) to 1:1.30 (in favor of Costa Rica)

PART B - DELIMITATION IN THE CARIBBEAN				
	<i>Subject</i>	<i>Costa Rica's Position</i>	<i>Nicaragua's Position</i>	<i>Court's position</i>
1	Relevant Coast	The entire Costa Rican Caribbean coast and Nicaragua's coast south of Punta de Perlas.	The entire Costa Rican Caribbean coast and Nicaragua's coast south from Coconut Point (further north than Punta de Perlas, as was indicated by Costa Rica).	The entire Costa Rican Caribbean coast and Nicaragua's coast up to Punta Gorda (N).
2	Facio-Fernández Treaty, 1977	Not in force, "impractical and ineffective".	In force, "fixed and limited Costa Rica's interests in the maritime spaces of the Caribbean Sea".	Cannot be considered with regard to any other State other than Colombia.
3	Matter of Islands	Nicaragua's islands such as: Cayos de Perlas and the Corn Islands should be ignored.	Nicaragua's islands such as: Cayos de Perlas and the Corn Islands generate maritime entitlements.	Nicaragua's islands such as: the Corn Islands generate maritime entitlements.
4	Baselines (straight-line method)	Costa Rica - 195 km; Nicaragua - 165 km.	Costa Rica - 193 km; Nicaragua - 198 km.	-
5	Relevant coast ratio (straight-line method)	1:1.2 (in favor of Costa Rica)	1:1.03 / 1:1.02 (in favor of Nicaragua)	-
6	Baselines (measured by natural configuration)	Costa Rica - 225 km; Nicaragua - 215 km	Costa Rica - 221 km; Nicaragua - 246 km.	Costa Rica - 228.8 km; Nicaragua - 456.8 km
7	Relevant coast ratio (measured by natural configuration)	Slightly more than 1:1 (favoring Costa Rica)	1:1.11 (favoring Nicaragua)	1:2.04 (favoring Nicaragua)
8	Total relevant area	Approx. 104,700 km ²	Approx. 80,750 km ²	Approx. 104,841 km ²
9	Starting Point	Different geographical location.	Different geographical location.	As described in the para. 86 of the Judgment.

10	Allocated relevant areas	Costa Rica's share: 49,200 km ² . Nicaragua's share: 55,500 km ² .	Costa Rica's share: 22,840 km ² . Nicaragua's share: 23,860 km ² .	Costa Rica's share: 30,873 km ² . Nicaragua's share: 73,968 km ² .
11	Allocation ratio	1:1.1 (favoring Nicaragua)	1:1.04 (favoring Nicaragua)	1:1.2.4 (favoring Nicaragua)
12	Proportionality Test (relevant coast ratio to allocation ratio)	Measured by straight lines – 1:1.2 (in favor of Costa Rica) / Measured by natural configuration almost 1:1 to 1:1.1 (in favor of Nicaragua)	Measured by straight lines – 1: 1.03 / 1:1.02 (in favor of Nicaragua) / Measured by natural configuration almost 1:1.11 (in favor of Nicaragua) to 1:1.04 (in favor of Nicaragua)	Measured by natural configuration 1:2.04 (favoring Nicaragua) to 1:1.2.4 (favoring Nicaragua).

VII. BIBLIOGRAPHY

Literature

- ANDERSON, David, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, Leiden, Brill, 2008.
- BING BING, Jia, “The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges”, *German Yearbook of International Law*, Berlin, vol. 57, 2014.
- CAMINOS, Hugo, “The Jurisdiction and Procedure of the International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview”, in DYKE, Jon van, *et al.* (eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regimes: A Tribute to Judge Choon-Ho Park*, Leiden, Brill, 2013.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Apuntes sobre delimitación en derecho internacional del mar”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Mexico, vol. XVI, 2016.
- KUŹNIAK, Brygida, “Prezentacja wybranych instytucji i konstrukcji prawnych”, in KUŹNIAK, Brygida (ed.), *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych – perspektywa polska*, Warsaw, C. H. Beck, 2015.
- LANGERAAR, Wijnand, “Maritime delimitation: The equiratio method—a new approach”, *Maritime Policy*, Amsterdam, vol. 10, núm. 1, 1986.
- MALICK NDIAYE, Tafsir, “The judge, maritime delimitation and the grey areas”, *Indian Journal of International Law*, Heidelberg, vol. 55, núm. 4, 2015.
- SCHOFIELD, Clive, “One step forwards, two steps back? Progress and challenges in the delimitation of maritime boundaries since the drafting of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, in XUE, Guifang and WHITE, Ashley (eds.), *30 Years of UNCLOS (1982-2012): Progress and Prospects*, Wollongong, University of Wollongong, 2013.
- SENEADZA, Oswald, “The Law and Practice in Maritime Boundary Delimitation: Lessons for the Resolution of Dispute between Cote d’Ivoire and Ghana”, *Commonwealth Law Bulletin*, Abingdon, vol. 37, núm. 2, 2011.
- STĘPIEŃ, Barbara, “Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza w Hamburgu”, in KUŹNIAK, Brygida (ed.), *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych – perspektywa polska*, Warsaw, C. H. Beck, 2015.

Case law

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Colombia*) [pending].

- Barbados v The Republic of Trinidad and Tobago, Award of The Arbitral Tribunal of 11th April 2006.
- Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (*Bangladesh v India*), Permanent Court of Arbitration, Award, 7th July 2014.
- Border and Transborder Armed Actions (*Nicaragua v. Costa Rica*), Order of 19th August 1987, I.C.J. Reports 1987.
- Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (*Nicaragua v. Costa Rica*), Judgment, I.C.J. Reports 2015.
- Continental Shelf (*Libyan Arab Jamahiriya v Malta*), Judgment, I.C.J. Reports 1985.
- Continental Shelf (*Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya*), Judgment, I.C.J. Reports 1982.
- Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (*St. Pierre and Miquelon*), Award (1992) 31 ILM 1145.
- Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau (*Guinea v Guinea-Bissau*), Award, 14th February 1985, XIX RIAA 149.
- Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (*Bangladesh/ Myanmar*), Judgment, ITLOS Reports 2012.
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (*Canada v United States of America*), Judgment, I.C.J. Reports 1984.
- Dispute regarding Navigational and Related Rights (*Costa Rica v. Nicaragua*), Judgment, I.C.J. Reports 2009.
- ITLOS, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (*Bangladesh v Myanmar*), Judgment, 14th March 2012.
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), Judgment, I.C.J. Reports 2002.
- Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Qatar v Bahrain*), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001.
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (*Greenland v Jan Mayen*), Judgment, I.C.J. Reports 1993.
- Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I.C.J. Reports 2009.
- Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (*Costa Rica v. Nicaragua*) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos (*Costa Rica v. Nicaragua*), Judgment of 2nd February 2018.

- Maritime Delimitation in the Indian Ocean (*Somalia v. Kenya*) [pending].
- Maritime Dispute (*Peru v Chile*), Judgment, I.C.J. Reports 2014.
- North Sea Continental Shelf (*Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands*), Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v. Colombia*) [pending].
- Question of the Delimitation of the Continental Shelf Between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v Colombia*), I.C.J. Preliminary Objections, 17th March 2016.
- Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v Colombia*), Preliminary Objections, Reports 2007.
- Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), Judgment, I.C.J. Reports 2012.
- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (*Nicaragua v. Honduras*), Judgment, I.C.J. Reports 2007.
- Territorial Dispute (*Libyan Arab Jamahiriya v Chad*), Judgment, I. C. J. Reports 1994.
- The Registrar of the International Court of Justice, *The International Court of Justice: Handbook*, The Hague, Triangle Bleu, 2013.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONFLICTOS ARMADOS

Un caso ante la CIJ que sin duda es emblemático del derecho internacional es el de Nicaragua vs. Estados Unidos; y esto, por varias razones. Primero, porque se refiere a un evento (la revolución nicaragüense) que se enmarca en el conflicto de la Guerra Fría. Estados Unidos tenía una “obsesión con el comunismo, que pasó a ser implacable a partir de finales de los años cuarenta. Las sucesivas administraciones estadounidenses consideraban que el radicalismo latinoamericano y el comunismo de tipo soviético eran aliados naturales”.¹ Eso explica, pero no justifica, las numerosas intervenciones del país norteamericano, Estados Unidos, en América Latina: en Guatemala en 1954, el conflicto con Cuba que produjo un bloqueo que hasta el momento persiste, el apoyo al golpe militar y a la dictadura que se entronizó en el poder en Chile, en 1973, así como a las demás dictaduras de Sudamérica, y, por supuesto, la intervención en Centroamérica para sofocar los movimientos revolucionarios de la década de los ochenta.

En esa lógica, la revolución nicaragüense, en el “traspatio” de los estadounidenses, significó una afrenta, que hizo reaccionar a la gran potencia capitalista con acciones armadas. Es así que la demanda de Nicaragua ante la CIJ contra la gran fuerza hegemónica era un verdadero reto para la independencia de los jueces y la credibilidad misma de la CIJ. En efecto, ¿cómo un Estado pequeño podía demandar a la hegemonía capitalista!

La segunda razón es porque la sentencia dictada por la CIJ es un instrumento jurídico internacional que se ha convertido en una de las decisiones paradigmáticas del derecho internacional. En efecto, la sentencia² hace un estudio bastante sólido sobre la relación entre derecho convencional y derecho consuetudinario y, ante la imposibilidad de aplicar la Carta de San Francisco, que contiene los principios de derecho internacional, que son la

¹ Arne Westad, Odd, *La guerra fría. Una historia mundial*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018, p. 360.

² Uno de los trabajos más completos sobre el caso en América Latina: Gómez-Robledo V., Alonso, *Corte Internacional de Justicia. Caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Caso emblemático*, México, UNAM, 2020.

columna vertebral del orden jurídico de posguerra, escudriña en la naturaleza jurídica consuetudinaria de tales principios.

Así, la CIJ decidió que los principios de no intervención,³ la prohibición al recurso de la fuerza en contra de un Estado,⁴ el respeto a la soberanía estatal,⁵ la solución pacífica de controversias,⁶ tienen una naturaleza consuetudinaria, y son, por tanto, obligatorios para los Estados Unidos, una potencia reacia a aceptar el derecho convencional.

También es relevante su argumentación en relación con la noción de ataque armado. En tal caso, la CIJ recurre al artículo 3 (g) de la Definición de Agresión de la Resolución de la Asamblea General de 1974, para afirmar que “...el envío por o en nombre de un estado de fuerzas armadas contra otro Estado es de tal gravedad que equivaldrá (entre otras cosas) a un ataque armado real llevado a cabo por las fuerzas regulares, o su participación sustancial en él, podría considerarse un ataque armado”. Lo mismo se refiere a la asistencia a los rebeldes en forma de provisiones de armas o de logística u otro tipo de asistencia.

³ La CIJ “Decide que los Estados Unidos de América, al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a las fuerzas contras o al estimular, apoyar y ayudar por otros medios las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua han actuado, en perjuicio de la República de Nicaragua, infringiendo la obligación que les incumbe con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otro Estado”.

⁴ La CIJ “Decide que los Estados Unidos de América, con ciertos ataques realizados contra territorio nicaragüense en 1983 y 1984, a saber, los ataques contra Puerto Sandino los días 13 de septiembre y 14 de octubre de 1983; un ataque contra Corinto el 10 de octubre de 1983; un ataque contra la base naval de Potosí los días 4 y 5 de enero de 1984; un ataque contra San Juan del Sur el 7 de marzo de 1984; ataques contra patrulleras en Puerto Sandino los días 28 y 30 de marzo de 1984, y un ataque contra San Juan del Norte el 9 de abril de 1984, y que, además, con los actos de intervención mencionados en el inciso 3) del presente, que implican el uso de la fuerza, han actuado, en perjuicio de la República de Nicaragua, infringiendo la obligación que les incumbe con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no usar la fuerza en contra de otro Estado”.

⁵ La CIJ “Decide que los Estados Unidos de América, al dirigir o autorizar vuelos sobre territorio nicaragüense, y con los actos imputables a los Estados Unidos mencionados en el inciso 4) del presente, han actuado, en perjuicio de la República de Nicaragua, infringiendo la obligación que les incumbe con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no violar la soberanía de otro Estado”.

“Decide que, al colocar minas en las aguas internas o territoriales de la República de Nicaragua durante los primeros meses de 1984, los Estados Unidos de América, en perjuicio de la República de Nicaragua, infringieron las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional consuetudinario de no usar la fuerza contra otro Estado, no intervenir en sus asuntos, no violar su soberanía y no interrumpir el comercio marítimo pacífico”.

⁶ La CIJ “Recuerda a ambas partes su obligación de buscar una solución de sus controversias por medios pacíficos de conformidad con el derecho internacional”.

Por supuesto, la sentencia de la CIJ no está exenta de críticas, y con razón, pues se quedó corta al no identificar plenamente el contenido del principio de no intervención. En efecto, el jurista mexicano Alonso Gómez-Robledo afirma: “...para sorpresa de muchos, la Corte considera que todas estas medidas económicas adoptadas por los Estados Unidos en contra de Nicaragua no constituyen violaciones al principio consuetudinario de no intervención”.⁷ Evidentemente, la CIJ no pudo o no quiso identificar las medidas económicas con que la potencia americana frecuentemente sanciona a sus contrarios como una violación del principio de no intervención.

La tercera es porque muestra la imposibilidad del sistema judicial internacional para exigir y obligar al cumplimiento de una sentencia dictada en contra de una potencia.⁸ En efecto, para exigir el cumplimiento de la sentencia citada contra Estados Unidos, Nicaragua acude ante el Consejo de Seguridad de la ONU, pero ahí, Estados Unidos, con su capacidad de veto que le proporciona la Carta de San Francisco, vetó la resolución. Sólo cuando hay cambio de gobierno en Nicaragua, en el momento en que sube al poder Violeta Chamorro, se mejoran las relaciones con Estados Unidos, y Nicaragua retira su demanda de cumplimiento de la sentencia.⁹

Por otra parte, en relación con el *Caso relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Honduras) (competencia y admisibilidad)*, que fue fallado el 20 de diciembre de 1988, se refiere al conflicto centroamericano suscitado por la acción de Estados Unidos en la región contra la revolución nicaragüense. La sentencia de la CIJ constituye un amplio análisis de la competencia de la CIJ frente a la aplicación del Pacto de Bogotá que, como hemos dicho, es el puente entre los sistemas regional y universal.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

⁷ Gómez-Robledo, Alonso, *Corte Internacional de Justicia...*, cit., p. 75.

⁸ La CIJ decidió condenar a los Estados Unidos por 12 votos contra 3, “Decide que los Estados Unidos de América tienen la obligación de indemnizar a la República de Nicaragua de todos los perjuicios causados a Nicaragua por las infracciones de obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional consuetudinario anteriormente enumeradas”.

⁹ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 1.

AMÉRICA LATINA EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: EL CASO DE NICARGUA CONTRA ESTADOS UNIDOS (1984)

Ricardo VALERO
Paola A. HERNÁNDEZ OZUNA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Admisión del caso*. III. *El reconocimiento de la responsabilidad de Estados Unidos (1986)*. IV. *El desistimiento de Nicaragua en 1991*. V. *Un factor externo en el conflicto: la concertación política y diplomática latinoamericana y la paz en América central*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando tomamos la decisión de examinar el diferendo entre los gobiernos de Nicaragua y de Estados Unidos, en los primeros meses de 2017, partíamos del supuesto de que se trataba de un asunto resuelto hacía mucho tiempo. En los momentos de la conclusión del estudio y de su presentación no parece prevalecer la misma situación.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) emitió una sentencia favorable a Nicaragua, debido a las acciones hostiles y agresivas, las amenazas y el uso de la fuerza por parte del gobierno norteamericano. De manera escalonada y creciente, el gobierno del presidente Ronald Reagan emprendió diversas acciones de desestabilización del gobierno revolucionario nicaragüense a lo largo de varios años. Asimismo, financió las actividades contrarrevolucionarias de un numeroso grupo de militares, en su mayoría miembros del ejército somocista, que operaban, sobre todo, en territorio hondureño, país al que habían convertido, con la anuencia de su gobierno, en una virtual base y plataforma militar.

En la controversia que se suscitó, la CIJ falló en favor del país quejoso y fijó una multa considerable y proporcional, con el fin de resarcir los daños y perjuicios materiales que se habían producido.

Sin embargo, en 1990, como resultado de las elecciones generales que se efectuaron en ese país, llegó a la presidencia de Nicaragua la señora Violeta Barrios de Chamorro, una mujer de indudable prestigio, encabezando a la Unión Nacional Opositora (Alianza UNO), una coalición política compuesta en su mayoría por grandes empresarios y políticos conservadores. Desde el inicio de su gestión, y para cumplir un compromiso de campaña, se reencauzaron varios procesos de la vida interna del país, así como también sus relaciones internacionales.

En el aspecto económico, lo más sobresaliente fue la suscripción de acuerdos con los organismos financieros internacionales, con el fin de obtener los créditos indispensables para reactivar la economía. No obstante, lo que tuvo un impacto mayor fue la decisión de retirar el asunto presentado en la CIJ en contra del gobierno norteamericano. Renunciaba, de esta manera, a las indemnizaciones concedidas a cambio de colocar al país en situación de obtener la ayuda económica que otorga Estados Unidos a los países en desarrollo.

En los inicios de agosto de 2017, casi dos décadas después, el presidente de Nicaragua, Daniel Ortega Saavedra, se dirigió a la Asamblea de su país para solicitar la aprobación de una Ley, que llamó de Defensa del Patrimonio Nacional. Esta ley tiene el propósito de revivir la vieja demanda ante la CIJ para exigir al gobierno norteamericano el pago de una indemnización por los daños causados a su país en la década de los años ochenta del siglo pasado.¹

Se trata obvia y expresamente de una respuesta a la reciente aprobación, por parte del Comité de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes norteamericana, de una ley que impone sanciones económicas al gobierno de Nicaragua, como una medida de presión para que en ese país exista un auténtico respeto por los derechos humanos, se combata a la corrupción y se garanticen elecciones libres y democráticas.

La iniciativa, conocida como “Nicaraguan Investment Conditionality”, es una acción bipartidista, toda vez que fue impulsada por la congresista republicana Ileana Ros-Lie y el representante demócrata Albio Sires. Establece que el gobierno de Estados Unidos puede vetar préstamos que organismos internacionales otorguen a Nicaragua. Pero lo que al parecer más preocupa al gobierno nicaragüense es que la ley ordena al Departamento de Estado investigar a altos funcionarios del gobierno involucrados en actos de corrupción y hacer públicos sus nombres, noventa días después de que se apruebe la legislación.

¹ Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40786440>.

La respuesta del gobierno de Nicaragua fue inmediata, y de hecho un reflejo automático. En un comunicado oficial, informó que rechazaba la iniciativa, mencionando que la consideraba como “una injerencia imperial”. También anunciaba que había iniciado un proceso jurídico para exigir al gobierno norteamericano el pago por la indemnización que la Corte Internacional de Justicia ordenó en 1986 como compensación por los daños causados al pueblo y al gobierno de Nicaragua, debido a la intromisión destructiva e ilegal de esa potencia en los asuntos nacionales. Esos recursos, se añadió, serán destinados para la paz, la democracia y el desarrollo.

En consecuencia, hoy no se sabe con certeza cuál será el curso que sigan los acontecimientos. En primer lugar, si el Congreso aprobó la iniciativa y bajo qué términos y supuestos. Del mismo modo, si el gobierno nicaragüense en definitiva presenta el caso ante la Corte Internacional de Justicia, y si ésta lo recibe, qué sentencias o fallo podrá emitir, en vista de los antecedentes.

Cabe mencionar que algunos de los principales asesores gubernamentales e internacionalistas con que cuenta el país han expresado sus dudas de que, precisamente por los antecedentes, este asunto tenga posibilidades de prosperar.

Tampoco es claro si, como ocurrió en el pasado, el gobierno de Nicaragua va a desplegar y está en condiciones de emprender una estrategia de difusión que le proporcione apoyo y solidaridad internacional significativos. En todo caso, el diferendo no está superado como se suponía, y más bien se están presentando indicios de un interés por revivirlo.

En su escala, esta situación emergente pone de manifiesto una vez más la dificultad para abordar con objetividad la historia reciente, subrayada por los historiadores. Algunos de ellos, como Jacques Le Goff, sostienen que en el corto plazo es casi imposible conocer el alcance y la profundidad de numerosos y complejos acontecimientos y fenómenos sociales y políticos, que se requiere una distancia temporal para tener certidumbre, así sean de carácter tentativo y provisional.²

Acontecimientos y procesos de este género, que se han sucedido en distintos ámbitos y regiones del mundo, han venido también a refutar a Francis Fukuyama, quien en las postrimerías del siglo anterior había alcanzado una cierta notoriedad con su tesis acerca del fin de la historia. Según sostenía el escritor, el capitalismo y la democracia liberal habían triunfado sobre sus adversarios más conspicuos y peligrosos a lo largo del siglo, el fascismo primero y el comunismo después.

² Le Goff, Jacques, *Pensar la historia. Modernidad, presente, progreso*, Barcelona, Paidós, 1991.

El fin de la historia lo era también, y, en cierto modo, el de las utopías. Hacia adelante, sólo existía el capitalismo en tanto sistema económico, y la democracia liberal como forma de organización política. Si acaso, las diferencias estarían dadas por la forma peculiar y característica con que cada país asumiría y construiría, en su propio ámbito, ambos sistemas.³

1. *El inicio del conflicto y la confluencia de factores internos y externos: un análisis global. El triunfo de la Revolución en Nicaragua, 1979*

América central se ha caracterizado, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, por ser una región en constante y permanente efervescencia política, en donde se mezclan inequidades sociales, alta dependencia económica del exterior, presencia extranjera ostensible y ominosa, lo mismo que movimientos sociales altamente politizados. En la década de los ochenta del siglo pasado, los estados de crisis permanente se vieron recrudescidos al presentarse un creciente endeudamiento externo, el aumento exponencial de la pobreza, así como el deterioro y el colapso del comercio inter e intra-regional.

Francisco Rojas Aravena asegura que

...la crisis de América Central fue el principal conflicto regional en el hemisferio occidental y su extensión geográfica y política fue más allá de los países del istmo, involucrando crecientemente al conjunto de relaciones hemisféricas [y] que [además] contenía ciertos elementos inéditos como: 1) su duración, magnitud, y costo humano y material; 2) su naturaleza global; 3) su definición como [*test case*] en la percepción internacional de Estados Unidos; 4) la reacción latinoamericana y centroamericana... expresada a través de iniciativas diplomáticas; 5) la presencia activa de protagonistas extra regionales; y 6) la alta prioridad que Centroamérica ocupó, durante casi una década, en la agenda estratégica de los Estados Unidos.⁴

Como consecuencia directa de una prolongada dictadura militar a la cabeza de la cual se colocó la familia Somoza,⁵ creció exponencialmente la politización de la oposición, que intentaba crear una sociedad con las

³ Fukuyama, Francis, *El fin de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

⁴ Rojas Aravena, Francisco y Solís, Luis Guillermo, *Entre la intervención y el olvido: las relaciones entre Centroamérica y Estados Unidos*, San José, Universidad de Costa Rica, 1993, pp. 5-22.

⁵ Que comenzó en 1933 y perduró hasta 1979, año en que triunfó la Revolución sandinista.

mismas oportunidades político-económicas, y, en segundo lugar, transformar el estatus de economía de enclave al servicio de capitales extranjeros en que se había convertido el país. En 1979 triunfó un proceso insurreccional en Nicaragua, que dio fin a la dictadura de esa dinastía e instauró un régimen comprometido en atender y favorecer a las grandes mayorías. Además de su vocación transformadora y de orientación ideológica progresista, un rasgo característico del movimiento fue la afirmación del principio de autodeterminación nacional. De cara al recrudecimiento de la Guerra Fría y la división bipolar del mundo, el Frente Sandinista [Junta de Reconstrucción Nacional] asumió las premisas y practicó el no alineamiento en torno a ningún bloque. En el plano internacional, suponía un desafío a la potencia hegemónica en la región.⁶

Lo anterior implicó un doble reto para el nuevo gobierno nicaragüense. Por un lado, necesitaba legitimarse frente a las fuerzas internas que se oponían a la Revolución,⁷ y, por el otro, debía enfrentarse a la oposición directa de los gobiernos estadounidenses y de algunos centroamericanos, que en su búsqueda de detener la expansión socialista en América Latina desplegaron diferentes estrategias, principalmente de ocupación territorial o de apoyo a grupos militares y/o fuerzas paramilitares.

En lo que visualizaban como su zona natural de influencia, para Estados Unidos era inadmisible tener y aceptar un gobierno “hostil” ideológicamente,⁸ toda vez que consideraba que la orientación de esa revolución, más que constituir una respuesta a las condiciones de desigualdad social y opresión política, representaba una amenaza de expansión de la ideología y de las estrategias del mundo comunista de aquel entonces.

No es necesario hacer aquí una descripción de los objetivos que se propuso el gobierno sandinista. Remitimos a otros trabajos destinados a ese

⁶ Sanahuja, José Antonio, *Los Estados Unidos en Centroamérica, 1980-1990, ¿ayuda económica o seguridad nacional?*, Cuaderno de trabajo de HEGO, País Vasco, Centro de Documentación e Investigaciones sobre Países en Desarrollo, Universidad del país Vasco, 1992, p. 76.

⁷ Y que se aglutinaron en una fuerza política (FNA) que desde Nicaragua, Honduras y Costa Rica realizaron actividades contrarrevolucionarias con el apoyo directo de Estados Unidos. Fueron conocidos comúnmente como la “Contra”.

⁸ Para Washington siempre ha sido vital que esta área geopolítica fronteriza no estuviera dirigida por gobiernos hostiles, de ahí que la intervención norteamericana sea la clave para entender tanto la necesidad del conflicto como la dificultad de la resolución. En Morán, Sagrario, “Centroamérica en la década de 1980: guerra y negociación”, en Díaz Barrado, Cástor Miguel; Serrano, José Romero y Morán Blanco, Sagrario, *Los conflictos armados en Centroamérica*, España, Ministerio de Defensa, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, 2010, p. 55.

fin y a una expresión que los sintetiza. En el libro que compilaron Richard Harris y Carlos M. Vilas, *La Revolución en Nicaragua*, se asentó lo siguiente: “la Revolución Sandinista ha sido caracterizada por su propia vanguardia como popular, democrática, antiimperialista, basada en un proyecto político de unidad nacional y en una economía mixta”.⁹

Por su parte, el presidente José López Portillo, en un discurso pronunciado en la ciudad de Managua el 21 de febrero de 1982, reiteró su convencimiento de que la revolución nicaragüense podía constituir el punto de encuentro y de síntesis de la historia revolucionaria de América Latina.

En un artículo reciente, el diplomático y prestigiado economista Edmundo Jarquín, al analizar la descomposición del gobierno actual, repasaba los grandes y determinantes momentos políticos de su país en el siglo XX. Se preguntaba qué hacer para evitar que Daniel Ortega termine en una transición catastrófica, como Zelaya a principios del siglo XX y Somoza en la agonía de éste.

Recordaba que a mediados de los años setenta del siglo pasado había la misma sensación de estabilidad y seguridad que ahora: la economía crecía vigorosamente, y lo había hecho así durante un cuarto de siglo. Los fundamentos de esa estabilidad eran semejantes a los actuales, pero, igual que ahora, había un sistema de partido hegemónico, con partidos colaboracionistas, se excluía a la oposición política, y terminaron en una revolución y posterior guerra civil.

Y continuaba: lo fundamental, para evitar una transición catastrófica de un régimen autoritario a uno democrático, es que todos los actores nacionales e internacionales que tienen incidencia en el proceso nicaragüense, incluyendo el propio gobierno y los sectores que lo apoyan, eviten esa falsa sensación de que la estabilidad y la seguridad autoritarias son eternas.

Resultará difícil a los actores presentes —concluía— pensar que la estabilidad actual es efímera. Pero bastaría que se pongan en los zapatos de sus padres y abuelos a mediados de los años setenta, para entender que la misma sensación de estabilidad tenían ellos.¹⁰

⁹ Harris, Richard y Vilas, Carlos M. (comp.), *La revolución en Nicaragua. Liberación nacional, democracia y transformación económica*, México, Era, 1985; Córdova Macías, Ricardo y Benítez Manaut, Raúl (comp.), *La paz en Centroamérica. Expediente de documentos fundamentales, 1979-1989*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, 1989, p. 248.

¹⁰ Jarquín, Edmundo, *Nicaragua, ¿es inevitable otra transición catastrófica?*, PAVSA, octubre de 2017.

2. *El cambio de gobierno en los Estados Unidos, Ronald Reagan y la revolución conservadora*

El 20 de enero de 1981, Ronald Reagan prestó juramento y tomó posesión como presidente de Estados Unidos. Durante su presidencia se produjeron cambios significativos, al grado de que al finalizar el siglo, en las encuestas de opinión en su país resultó ser el presidente más popular y reconocido en Estados Unidos, por encima de otros, como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy o William Clinton.

En esos años se emprendió lo que se conoció como la “revolución conservadora”, encabezada tanto por la primera ministra del Reino Unido, Margaret Thatcher, como por el mismo Ronald Reagan, y que significó la abierta irrupción del neoliberalismo en los más diversos rumbos y confines de la tierra. En el campo de la política, la “reaganomics” tuvo un efecto, o complemento, que resultó decisivo para dar término a la Guerra Fría que entonces se libraba, y que con el desmoronamiento de la Unión Soviética representó el triunfo de Estados Unidos en esa batalla, vértice de la política mundial desde 1945.

Reagan se propuso combatir y erradicar lo que consideraba los “ejes del mal” en esa época.¹¹ Desde su campaña electoral había anunciado su determinación de combatirlos y exterminarlos. Fundamentalismo contra fundamentalismos. A despecho de los estudios y las reflexiones dominantes, el pensamiento prospectivo de la época estaba convencido de que todos los procesos e instituciones vigentes que se estimaban sólidamente establecidos, como el mundo comunista, entre otros, podrían ser reversibles.¹²

¹¹ Reagan rechazó el complejo de culpa que identificó con el gobierno de Carter, y orgullosamente defendió la actuación de los Estados Unidos como la más grande fuerza de paz que hay en el mundo de hoy. “Somos la fuerza más poderosa que existe sobre la tierra para garantizar la paz mundial. La Unión Soviética es un imperio del mal orientado a mentir, engañar y cometer crímenes aberrantes. La libertad no es compatible con la tiranía comunista. No debemos perder nuestra fe en todos aquellos que están poniendo en peligro sus vidas en todos los continentes desde Afganistán hasta Nicaragua con el objetivo de liberarse de la opresión soviética, es nuestra obligación apoyar a estos combatientes por la libertad”. Citado por Kissinger, Henry, *Diplomacia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 763.

¹² Piénsese, por ejemplo, que uno de los pensadores más agudos de nuestro tiempo como lo fue Raymond Aron, en uno de sus últimos y brillantes estudios, consideraba que la Unión Soviética y el mundo socialista que había creado a su lado constituían una realidad inmutable con la que habría de coexistir y contar por mucho tiempo y, a partir de ese hecho, formular y definir las actitudes y las políticas más convenientes. *Cfr.* Aron, Raymond, *Los últimos años del siglo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1984.

En cuanto a la política hemisférica, su filiación republicana y sus convicciones personales le hacían simpatizar con ciertas decisiones anteriores, tales como el apoyo a los gobiernos militares producto de los golpes de mando que se habían producido en varios países sudamericanos, el derrocamiento de gobiernos legítimos, como el del presidente de Chile Salvador Allende en 1973, la Operación Cóndor, que se había emprendido en el sur del continente; todos estos hechos y acciones, con el beneplácito e incluso la colaboración activa de la CIA y el Departamento de Estado.

Además de nombrar a un militar al frente del Departamento de Estado, el general Alexander Haig se hizo asesorar por el excanciller Henry Kissinger, de quien era conocida su participación, o al menos su aquiescencia o beneplácito, en todo ese panorama.¹³

Posteriormente, solicitó al mismo Kissinger que encabezara una misión, con la encomienda de hacer un diagnóstico y elaborar un informe acerca de la situación existente en América central, convertida —como se ha señalado— en un lugar clave de la Guerra Fría, y, desde el punto de vista de la geopolítica, en una de las mayores amenazas a la hegemonía norteamericana.

Dos eran los hechos y los procesos sobresalientes en aquellos días. Por un lado, la llegada al poder en Nicaragua del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), desde julio de 1979. Por el otro, la tensa e incierta situación que se vivía en El Salvador, como resultado del avance de una guerrilla que se había mostrado eficaz y anunciaba un triunfo sobre el ejército, e incluso evocando grandes y conocidos sucesos a escala mundial, una larga marcha hasta llegar a San Salvador.¹⁴

Sin dejar de reconocer que esa situación respondía y tenía causas y motivaciones endógenas, el gobierno de Estados Unidos sostenía que lo decisivo, en realidad, resultaba de la pugna Este-Oeste, la divisa fundamental de las relaciones internacionales de aquellos años. En sus propios términos, lo primordial era “la infiltración comunista” en el continente americano, el avance de la Unión Soviética en numerosas regiones del mundo y, desde 1961, en forma directa desde el flanco abierto en Cuba, y la alianza que el gobierno de ese país estableció con la URSS, convirtiéndose en la fuente de subversión en muchas partes del mundo y, en especial, en el continente americano.

¹³ Comisión Kissinger, *Informe de la Comisión Bipartita sobre Centroamérica*, México, Diana, 1984.

¹⁴ De manera general, la crisis centroamericana tuvo como escenario y fue desencadenada, principalmente en tres países: El Salvador, Nicaragua y Guatemala.

Siguiendo lo que se había convertido en un punto de apoyo y, de hecho, en una tradición de la política exterior de Estados Unidos, el gobierno de Reagan desplegó una férrea política de contención alrededor de esa zona. El primero de esos cercos tenía que producirse en el interior de El Salvador para detener o bloquear el avance de la guerrilla, ofreciendo al gobierno de ese país todo género de ayuda, desde la económica, pero principalmente la de corte militar. El segundo había que establecerlo alrededor de Nicaragua, que, aprovechando la cercanía, y más aún, la vecindad, con El Salvador, se había convertido en una fuente directa del abastecimiento de esa guerrilla. El tercero lo constituía Cuba, que representaba el liderazgo estratégico y el verdadero agente de la infiltración soviética.

A partir de esas premisas, se echó a andar una estrategia distinta a la de su antecesor presidente, James Carter, que ponía el acento en la promoción de la democracia y los derechos humanos, que en esa época habían recibido un fuerte impulso con la entrada en vigor de los pactos internacionales de las Naciones Unidas.

Al triunfo de la revolución sandinista, el gobierno del presidente Carter quiso aplicar una política de contención a través de los organismos internacionales, en especial de la OEA, mediante las propuestas de conformación de un gobierno de coalición en Nicaragua que incorporara a otras fuerzas de oposición a la dictadura distintas al FSLN y personalidades como los miembros de la familia Chamorro. Poco antes, había dado muestras de esa visión con la suscripción de los Tratados Torrijos-Carter para encontrar una solución negociada a la posesión y usufructo del Canal de Panamá.

Con Reagan se puso en marcha una política de contención que dejaba atrás el síndrome de Vietnam y se sustentaba en la determinación de triunfar en la disputa Este-Oeste por medios distintos. La única limitación radicaba en no llegar al extremo de desencadenar un conflicto nuclear, que por sus efectos devastadores e incontrolables podrían resultar perdedores, en mayor o menor grado, todos los Estados.

Ante el surgimiento de los conflictos en Centroamérica y de la situación imperante en Nicaragua, el gobierno norteamericano impulsó una estrategia de *roller back* para aislar y revertir el avance y la consolidación del movimiento revolucionario, que, de acuerdo con su apreciación, proyectaba una desestabilización del continente entero, en una especie de caída gradual de los naipes de una baraja, o, como se expresó con frecuencia, un efecto dominó, que se adoptaría oficialmente como imagen descriptiva de la situación imperante.

Para mitigar el avance del comunismo, el gobierno estadounidense, en cooperación con varios gobiernos latinoamericanos, puso en práctica

múltiples formas de intervención tanto políticas y militares como económicas, que en su diseño más acabado fueron conocidas como “Guerras de baja intensidad” (GBI). En esa modalidad contrainsurgente se combinaban, de forma flexible, las acciones encubiertas y la financiación de fuerzas irregulares, las operaciones de inteligencia, el bloqueo y las represalias económicas, la acción cívica, la asistencia económica y militar y la presión diplomática.¹⁵

Con la publicación, en 1984, del Informe Kissinger, se respaldaban abiertamente las acciones del gobierno norteamericano y, además, se recomendaba el incremento de la ayuda militar a El Salvador y a Honduras para construir una cortina y promover las acciones desestabilizadoras contra Nicaragua.

La ayuda que el gobierno de Reagan destinó para el abastecimiento de armas, logística y entrenamiento de fuerzas contrarrevolucionarias resultaba de suma importancia para la desestabilización del gobierno sandinista en todos los frentes, a través de un “plan que incluía asistencia para incitar a los grupos de oposición al interior de Nicaragua, tales como partidos políticos, uniones laborales, organizaciones de negocios y medios de comunicación por medio de una propaganda masiva para desestabilizar al régimen”.¹⁶

La acción de las fuerzas paramilitares que dinamitaban puentes y puertos clave para el comercio inter e intrarregional en Nicaragua lograron debilitar en el ámbito económico al régimen sandinista. Al respecto, Paul S. Reichler, a la letra señala: “In November 1981, Contra comandos dynamited two key bridges in northern Nicaragua, preventing thousands of peasant coffee growers from transporting their crop, Nicaragua’s principal export, to market, and dealing a devastating blow to the country’s fragile economy. The war was definitely on”.¹⁷

Finalmente, hay que añadir que el gobierno de Ronald Reagan fungió en su momento como el factor externo más importante para entender la escalada de violencia en el istmo centroamericano y, sobre todo, en Nicaragua, además de que fue en este periodo en donde se recrudeció la presión (económica y militar) ejercida en contra de otros países centroamericanos para obtener el apoyo necesario con el fin de derrocar al régimen revolucionario sandinista.

¹⁵ Cruz S., Arturo, “La política exterior de Estados Unidos hacia Centroamérica: el caso de Nicaragua”, *Foro Internacional*, México, vol. XXIII, núm. 4, abril-junio, 1982, pp. 452-459.

¹⁶ Sanahuja, José Antonio..., *cit.*, p. 217.

¹⁷ Cfr. Reichler, Paul S., “Holding America to Its Own Best Standards: Abe Chayes and Nicaragua in the World Court”, *Harvard International Law Journal*, Winter 2001, vol. 42, núm. 1, p. 20.

Además de un abierto y creciente apoyo a las fuerzas contrarrevolucionarias, se realizaron otros esfuerzos para contener el avance revolucionario en Centroamérica. La Iniciativa para la Democracia, la Paz y el Desarrollo en Centroamérica (*National Endowment for Democracy*) de 1982 y la Fundación Nacional para la Democracia, creada en 1983, fueron parte de una estrategia política y diplomática con los mismos o similares propósitos. De igual forma, la Iniciativa Centroamericana (1984) fungió como el pilar económico que buscaba la transformación estructural de las economías centroamericanas y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

3. *La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua vs Estados Unidos, 1984)*¹⁸

Con la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948, se reconoce a la Corte Internacional de Justicia como una estancia legítima para la solución pacífica de las controversias en América Latina, a través del artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Lo anterior no sólo refleja la confianza de los países latinoamericanos en las instituciones internacionales, sino también establece la importancia de la igualdad jurídica de los Estados para el cumplimiento y acatamiento de las normas de conducta que rigen las relaciones internacionales, desiguales tanto en el terreno político como en el económico.¹⁹

El universo simbólico que rodea a la CIJ en lo que se refiere a la existencia de principios o normas de conducta —prescriptivas y sustantivas— que rigen las relaciones entre los Estados intenta equilibrar los intereses de los débiles y los poderosos para construir un sistema internacional estable y esencialmente pacífico.

Si bien es difícil establecer un control específico a las potestades y decisiones soberanas de los Estados, en el caso que nos compete, la CIJ tuvo una actividad decisiva, al encontrar responsable a Estados Unidos de las actividades que Nicaragua le imputaba como consecuencia de su participación directa en el proceso contrarrevolucionario que se vivió en el país centroamericano a lo largo de la década de los años ochenta.

¹⁸ La información que se utilizó para redactar el presente apartado se encuentra fundamentalmente en los resúmenes de las actividades que ha realizado la Corte desde 1948 hasta la fecha y en los diversos comunicados que ésta emitió a lo largo del procedimiento.

¹⁹ Todo lo anterior, disponible en la página oficial de la Corte Internacional de Justicia. Thomas, A. J., *La Organización de los Estados Americanos*, México, Uteha, 1968, p. 376.

En el siguiente apartado se hará un recuento somero de lo que ocurrió en el seno de la Corte Internacional de Justicia y de las fases que le dan cuerpo a este caso, que inició en 1984 y concluyó con el desistimiento de Nicaragua en 1991, y que se explica por el cambio de corte político e ideológico en el gobierno del país centroamericano y su entrada en las listas de países receptores de ayuda económica por parte de Estados Unidos.

II. ADMISIÓN DEL CASO

El 9 de abril de 1984, el gobierno de Nicaragua presentó formalmente ante el seno de la Corte, en La Haya, una demanda en contra del gobierno de Estados Unidos por el apoyo financiero, suministro de armas y entrenamiento que había dado a fuerzas militares y paramilitares dentro de Nicaragua y en territorios de países vecinos (Costa Rica y Honduras, principalmente).

Fundamentaba la competencia de la Corte para conocer el asunto en la declaración 1929, en la que se reconocía la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Los argumentos presentados se basaban, principalmente, en el hecho de que

...los Estados Unidos hicieron uso de la fuerza militar contra Nicaragua e intervinieron en sus asuntos interiores en violación de su soberanía, su integridad territorial y su independencia política, así como de los principios fundamentales y universalmente reconocidos del derecho internacional... sostuvo también que los Estados Unidos tenían que cumplir con sus responsabilidades jurídicas internacionales por los daños y perjuicios causados por sus actividades ilícitas.²⁰

El gobierno nicaragüense buscaba que la CIJ, como órgano internacional legítimo y reconocido por los Estados, responsabilizara jurídicamente a Estados Unidos por sus intervenciones armadas en Nicaragua y lo obligara, o al menos instara, a conducir su política exterior dentro de los límites prescritos por el derecho internacional.

La colocación de minas en los puertos (Sandino los días 13 y 14 de octubre de 1983; Corinto el 10 de octubre de 1983; contra la base militar de Potosí el 4 y 5 de enero de 1984; contra San Juan del Sur el 7 de marzo de 1984; contra patrulleras en Puerto Sandino el 28 y 30 de marzo de 1984 y contra San

²⁰ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/9614.pdf>.

Juan del Norte el 9 de abril de 1989), así como el bloqueo de la comercialización del café mediante la destrucción de puentes clave para su transporte, fueron considerados como los motivos principales para presentar la demanda.

Desde 1982, las actividades de las fuerzas contrarrevolucionarias se habían recrudecido, llegando a tener entre sus filas a 10,000 hombres; su capacidad de destrucción y la frecuencia de sus ataques a las fronteras del territorio nicaragüense provocaron reacciones y medidas, entre las que se incluyeron el reclutamiento militar, la declaración de estados de emergencia, la restricción a la actividad política de la oposición, entre otras, que hizo crecer la animadversión estadounidense hacia el gobierno revolucionario y un aumento de sus detractores.²¹

De este modo, los argumentos legales que aducía Nicaragua para que la CIJ encontrara responsable a los Estados Unidos eran que este país había violado sus obligaciones internacionales, en virtud de lo previsto tanto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas²² como en la Carta de la Organización de los Estados Americanos²³ y de otros tratados multilaterales, así como del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que existía entre los dos países desde 1956.

Ante los argumentos nicaragüenses, Estados Unidos notificó a la secretaría de la Corte que había designado a un agente para los efectos del caso, y señaló que la CIJ carecía de competencia en el asunto; asimismo, pedía que se pusiera fin a las actuaciones y que se reiterara el asunto de la lista (en cartas del 13 y 23 de abril de 1984).

El gobierno de Estados Unidos basaba la declaración de incompetencia de la Corte en dos argumentos fundamentales: 1) que la declaración de Nicaragua en la que se reconocía el papel y la competencia de la Corte nunca había entrado en vigor, y 2) que una declaración del 6 de abril de 1984 establecía que la declaración estadounidense de 1946, en la que se aceptaba la competencia de la Corte, “no [debía aplicarse] a las controversias con cualquier Estado de Centroamérica, que deriven en sucesos en esa región o estén relacionados con ellos”.²⁴

El 10 de mayo de 1984, la CIJ emitió una serie de medidas provisionales,²⁵ en las que: a) por unanimidad, rechazó la petición hecha por Estados Uni-

²¹ Reichler, Paul S., *op. cit.*, p. 20.

²² Artículo 2, para. 4.

²³ Artículos 18 y 20.

²⁴ *Resumen informativo de 1948-1991*. Sitio oficial de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: <http://www.un.org/es/ictj/>.

²⁵ Según Alonso Gómez-Robledo Verduzco, “las medidas provisionales tienen por objeto salvaguardar los derechos de las partes, en espera que la misma dicte su decisión definitiva”,

dos para que el asunto fuera eliminado del registro; b) por unanimidad, estableció que Estados Unidos debía poner término a sus actividades de manera inmediata y debía abstenerse de toda acción que limitara el acceso a los puertos nicaragüenses o desde ellos y, en particular, la colocación de minas; c) con catorce votos a favor y uno en contra, reconocía el derecho a la soberanía e independencia política que poseía la República de Nicaragua, y llamaba al respeto y observancia del principio que prohibía la amenaza y el uso de la fuerza, así como al principio de no intervención; d) por unanimidad, señaló que los países involucrados no debían adoptar ninguna medida que pudiera agravar el conflicto, y e) por unanimidad, ninguno debía tomar decisiones que menoscabaran los derechos de ambas partes.

La conducta del gobierno de Estados Unidos se caracterizó por negar en todo el proceso la capacidad de la Corte para conocer y decidir sobre el caso, a pesar de que ésta demostró —con base en documentos internacionales— que ambos países reconocían la competencia de la CIJ. Además de invocar principios de legítima defensa y establecer que las vías de solución de controversias no estaban agotadas (por la existencia del Grupo de Contadora), los Estados Unidos decidieron unilateralmente, el 18 de enero de 1985, que no tenían la intención de participar en ningún proceso relativo a este asunto.²⁶

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE ESTADOS UNIDOS (1986)

El 27 de junio de 1986 se emitió un fallo definitivo en el que se dictaban las decisiones de la Corte atendiendo al fondo del asunto. De esta manera, y a grandes rasgos, la CIJ decidió que

1. Rechazaba la justificación de legítima defensa colectiva invocada por los Estados Unidos para explicar la intervención directa que tuvo en territorio nicaragüense.²⁷

en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 9.

²⁶ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/fr/affaire/70>.

²⁷ “Los Estados Unidos sostuvieron que en virtud del derecho inherente de legítima defensa, individual o colectiva, y de conformidad con las disposiciones del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca [TIAR], ellos habrían respondido a las demandas de ayuda presentadas por El Salvador, Honduras y Costa Rica, en contra de la agresión nicaragüense”, en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, p. 37.

2. Los Estados Unidos, al entrenar, armar, equipar, financiar y abastecer a las fuerzas contras o al estimular, apoyar y ayudar por otros medios las actividades militares, y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua habían actuado en perjuicio del país, infringiendo uno de los principios fundamentales del derecho internacional consuetudinario que se refiere a la no intervención en los asuntos de otros Estados.

3. Se establece la responsabilidad de los ataques de Estados Unidos a puertos nicaragüenses.

4. Los Estados Unidos, al dirigir o autorizar vuelos sobre territorio nicaragüense, actuaron en perjuicio de la República de Nicaragua, infringiendo otra norma del derecho internacional consuetudinario referente a la prohibición de violar la soberanía de otro Estado.

5. La colocación de minas en las aguas internacionales o territoriales de Nicaragua durante los primeros meses de 1984, por parte de los Estados Unidos en perjuicio de Nicaragua, va en contra de los principios del derecho internacional consuetudinario referentes a la prohibición de usar la fuerza contra otro Estado, de intervenir en sus asuntos, de violar su soberanía y de interrumpir el comercio marítimo pacífico.

6. Los Estados Unidos infringieron las obligaciones que les incumben en virtud del artículo XIX²⁸ del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1956.

7. Los Estados Unidos, al no dar a conocer la existencia y ubicación de las minas colocadas en territorio nicaragüense, trasgredió las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional.

8. Los Estados Unidos, al elaborar, en 1983, un manual titulado “Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas” y al difundirlo a las fuerzas contrarrevolucionarias (la “Contra”), han estimulado la comisión por éstas de actos contrarios a los principios generales del derecho humanitario.

9. Los Estados Unidos, con los ataques en territorio nicaragüense y al declarar un embargo general del comercio con Nicaragua —el 1 de mayo de 1985—, han cometido actos encaminados a violar y a privar de su objeto y finalidad el Tratado de 1956.

10. Por último, los Estados Unidos deben indemnizar a la República de Nicaragua por todos los perjuicios causados, así como por las infracciones a las obligaciones que le incumben con arreglo al derecho internacional consuetudinario y los incumplimientos del Tratado de 1956.

²⁸ Que de manera general establece la libertad de comercio y navegación que habrá entre los dos territorios, así como el reconocimiento de nación más favorecida en los puertos, lugares y aguas de cualquiera de las partes. Disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/d9e9b7b996023769062578b80075d821/451f7c4b621178560062575620075080c?OpenDocument>.

En este sentido, el fallo de la Corte no sólo coadyuvó a una transformación gradual de la imagen internacional de Nicaragua y a la condena de Estados Unidos por la ayuda prestada a las fuerzas contrarrevolucionarias para el derrocamiento del régimen sandinista, sino que dejó claro que los aspectos políticos y de seguridad del caso referidos por el gobierno estadounidense no eran suficientes para ignorar las flagrantes violaciones en contra de los principios del derecho internacional.

De esta manera, la responsabilidad de Estados Unidos fue señalada por la CIJ, abriendo una oportunidad para la resolución en términos igualitarios de un conflicto en el que había una evidente asimetría en virtud de las capacidades militares, materiales y de influencia política sobre las instituciones internacionales.

Después del fallo emitido por la Corte en junio de 1986, quedaba por definir la cantidad de la indemnización, así como la fecha y las formas en las que debía concretarse. En el desarrollo de este proceso debía existir un acuerdo entre las partes involucradas para que no se vulneraran los derechos de ninguno de los Estados.

El 17 de julio de 1986, Nicaragua dirigió una nota oficial al gobierno de Estados Unidos invitándolo a un arreglo bilateral del caso, conforme a la decisión de la CIJ. Una nueva comunicación fue dirigida el 12 de mayo. El gobierno norteamericano, por su parte, rechazó oficialmente cualquier arreglo bilateral el 1 de agosto de 1987, por lo cual el de Nicaragua comunicó a la CIJ, el 7 de septiembre de ese año, su decisión de continuar el procedimiento para que la Corte resolviera lo referente al monto de la reparación económica.

Por ordenanza del 18 de noviembre de 1987, la CIJ fijó el plazo de entrega de la Memoria sobre indemnización para el 29 de marzo de 1988. Nicaragua la presentó ese día. En sus conclusiones, el país reclamaba a Estados Unidos:

- 1) Por las personas asesinadas y heridas: 900 millones de dólares.
- 2) Por los daños materiales directos: 275 millones 400 mil dólares.
- 3) Por las pérdidas de producción: mil 280 millones con 700 mil dólares.
- 4) Por daños causados por ataques directos efectuados por Estados Unidos, incluyendo el minado de puertos: 22 millones 900 mil dólares.
- 5) Por gastos de defensa y seguridad: mil 353 millones con 300 mil dólares.
- 6) Por daños derivados del embargo comercial: 325 millones de dólares.
- 7) Por perjuicios provocados al potencial de desarrollo: 2 mil 546 millones 400 mil dólares.

- 8) Por daños causados al desarrollo social: 2 mil millones de dólares.
- 9) Por reparación por los atentados contra la soberanía: mil 68 millones 700 mil dólares.
- 10) Por reparación por perjuicios morales: 2 mil 443 millones 200 mil dólares.

La suma que Nicaragua reclamaba a Estados Unidos como reparación ascendía a la cantidad de 12 mil 216 millones 600 mil dólares. Estas cantidades —como se expresaba en la memoria— abarcaban los daños sufridos por Nicaragua, que basó el monto de este reclamo en argumentos y casos sostenidos anteriormente por Estados Unidos ante la CIJ y ante otros tribunales. Se basó también en tesis y hechos esgrimidos por otros países, ante la misma CIJ y ante su antecesora, la CPJI.

La Memoria de Nicaragua, de miles de páginas contenidas en seis gruesos volúmenes, es el más minucioso y fundamentado trabajo que se haya elaborado sobre el impacto de la agresión norteamericana en la endeble economía nicaragüense.

La Memoria se inicia con esta afirmación:

Ninguna reparación pecuniaria, cualquiera que sea su monto, puede realmente resarcir a Nicaragua por las devastaciones causadas en su territorio por la conducta ilícita de Estados Unidos. Tal reparación no puede resucitar a los seres humanos muertos, ni reparar los daños físicos y psicológicos sufridos por una población que ha soportado una campaña despiadada de ataques armados y estrangulamiento económico durante más de siete años... Las consecuencias globales de tal política sobre un pequeño país son realmente incalculables.²⁹

IV. EL DESISTIMIENTO DE NICARAGUA EN 1991

Aunque el gobierno de Nicaragua nunca tuvo una respuesta positiva por parte del de los Estados Unidos³⁰ para el establecimiento del monto y el posterior

²⁹ Zamora, Arturo, “La Haya: un juicio para la historia”, *Envío*, núm. 118, agosto de 1911, disponible en: www.envio.org.ni/articulo/682.

³⁰ Hay que recordar que Nicaragua acudió al Consejo de Seguridad para obligar a Estados Unidos a cumplir el fallo de la Corte (sin embargo, “el 28 de octubre de 1986, el gobierno norteamericano vetó una resolución relativa a fallo de la Corte en el Consejo de Seguridad”), así como la Asamblea General (noviembre del mismo año) en “donde se aprobó una resolución que insta a los Estados Unidos a que cumpla con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia”. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “El papel de la Corte Internacio-

pago de las indemnizaciones correspondientes, se debe remarcar la existencia de ciertos avances, que fueron estimulados por la actividad de la Corte en la resolución de este caso.

En el terrero del cumplimiento de los principios del derecho internacional, con el fallo de la Corte se evitó un trato desigual entre Estados materialmente desiguales, lo que iba

...más allá del reconocimiento de la soberanía territorial y la independencia política, así como de la no intervención. Lo más importante, sin embargo, era que se desafiaba el poder de Washington y se le obligaba a actuar en concordancia con los mismos principios que el gobierno estadounidense enarbolaba alrededor del mundo.³¹

En segundo lugar, la actividad de la Corte y sus decisiones permitieron al gobierno estadounidense, de forma paulatina, que disminuyera el soporte o apoyo que le proporcionaba a las fuerzas contrarrevolucionarias, estimulando con ello el clima necesario para las negociaciones y diálogos entre los grupos opositores, propiciando un cese al fuego definitivo en 1988.

En tercer lugar, se estimuló la construcción paulatina de una vida democrática al interior de Nicaragua, permitiendo así la realización de elecciones en 1990 y la llegada al gobierno de una coalición opositora, que sería la pieza clave en el desistimiento final de la demanda.

Finalmente, la consolidación y firma de un plan de paz, que coincidió con la visión del gobierno de Estados Unidos (Plan Arias, 1987) que en las circunstancias en que se planteaba representaba la única posibilidad y opción de alcanzar una paz que trajera estabilidad y, con ello, la cooperación para la resolución de conflictos. La democratización de la sociedad nicaragüense era parte fundamental de los acuerdos de paz.

En 1990 se llevaron a cabo elecciones, que favorecieron a una coalición de catorce partidos (Alianza UNO), que llevó a la Presidencia a la señora Violeta Barrios de Chamorro. El carácter conservador de la coalición Alianza UNO, formada principalmente por políticos opositores y empresarios con grandes intereses económicos, no desestimaba el diálogo y la cooperación con la corriente sandinista. Sin embargo, por la importancia de esos intereses económicos y políticos que prevalecían en la alianza política

nal de Justicia en la «Solución pacífica de las controversias (el caso de Nicaragua vs. Estados Unidos)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1987, p. 850.

³¹ Reichler, Paul S., *op. cit.*, p. 15.

triunfadora, una de sus preocupaciones primordiales consistía en construir una relación cercana con el gobierno estadounidense.

De esta manera, el gobierno de la presidenta Violeta Barrios de Chamorro, desde un principio se propuso regularizar la presencia internacional de Nicaragua en aquellos ámbitos en que se había producido un deterioro y buscó establecer un acuerdo con los organismos económicos internacionales, en especial con el Fondo Monetario Internacional.

La otra cara de la moneda, desde luego, eran los Estados Unidos. Entre las primeras medidas del nuevo gobierno estuvo la intención de resolver las diferencias bilaterales entre los dos países, con el fin de lograr la ayuda y asistencia económica norteamericana. Lo anterior se evidenció con la condonación de la deuda que tenía Nicaragua con el gobierno norteamericano, así como el ofrecimiento de una asistencia económica sustancial para ayudar a reconstruir el país, comenzando con una suma de 200 millones de dólares.³²

Una respuesta de reciprocidad, por parte del gobierno nicaragüense, consistió en la derogación de la Ley 92 o “Ley de Protección de los Derechos de Nicaragua en el marco de la Corte Internacional de Justicia”, que se promulgó en 1989. Además de lo anterior, Nicaragua se desistió de continuar con la demanda en el seno de la Corte Internacional de Justicia el 12 de septiembre de 1991, aceptando, al mismo tiempo, la eliminación del caso de la lista de la CIJ. De esta manera, el 26 de septiembre del mismo año, la Corte dictó una providencia, en donde se registraba la suspensión de las actuaciones, y ordenó en forma inmediata la eliminación del caso, tal como lo había solicitado el gobierno nicaragüense.

En la presentación de este nuevo marco, se puso de manifiesto tanto la importancia que ha tenido a lo largo del tiempo la asistencia económica estadounidense en el istmo centroamericano como la imposibilidad de desligar los aspectos políticos internos de los externos.

Los cambios de gobierno tanto en Nicaragua como en Estados Unidos trajeron en apariencia una mejoría en las relaciones bilaterales. No obstante, el permitirse que el gobierno norteamericano ignorara el cumplimiento de sus obligaciones internacionales significó un evidente retroceso en todos los demás aspectos, incluyendo el equilibrio necesario en las relaciones interamericanas y la búsqueda de la prevalencia en ellas de un genuino estado de derecho.

³² *Ibidem*, p. 46.

V. UN FACTOR EXTERNO EN EL CONFLICTO: LA CONCERTACIÓN POLÍTICA LATINOAMERICANA Y LA PAZ EN AMÉRICA CENTRAL

Sin que tuviera un efecto directo e inmediato, el proceso diplomático que se desarrolló en la región y que enmarcaba el diferendo entre los gobiernos de Nicaragua y Estados Unidos, estuvo presente en las deliberaciones de la Corte Internacional de Justicia. Más aún, entre los argumentos que presentó la parte norteamericana figuró el que estuviera en curso un cauce negociador, por lo que en su alegato no se habían agotado los recursos antes de someter el caso a la Corte de La Haya.

Como se indicó anteriormente, en los primeros tiempos de la llegada al gobierno del FSLN y el establecimiento de la Junta de Reconstrucción Nacional, los Estados Unidos buscaron diversas formas de contención, basadas en la acción de los organismos internacionales, en especial la OEA. No se alcanzó en ellos ninguna forma de acuerdo o de consenso. Con el paso del tiempo, empezaron a ensayarse otras formas y mecanismos distintos, como fue la creación del Foro Pro Paz y Democracia planteado por el gobierno de Costa Rica, pero propiciado y estimulado por Estados Unidos.

Ese mecanismo tenía por propósito responsabilizar al gobierno de Nicaragua de los crecientes peligros de confrontación y de los conflictos bélicos entre los Estados de la región. No obstante, el gobierno señalado estaba excluido del Foro, y, para cubrir las apariencias, tampoco se invitó al de Guatemala, con el argumento de que en ninguno de los dos países existía una vida política democrática. El Foro incluía a los demás países de Centroamérica, y se manifestaba abierto a la participación de otros gobiernos, en especial de aquellos cercanos a la zona. El gobierno de Colombia aceptó en un primer momento; los de México y Venezuela no lo hicieron.

El gobierno de México, encabezado por el presidente José López Portillo, había mostrado simpatía y solidaridad por el proceso político abierto en Nicaragua. Como lo dijo en Managua, en una ceremonia especial y de aniversario, ese proceso se inscribía, con sus modalidades propias, en la tradición política de América Latina desde los días de la independencia hasta el presente siglo, proceso al que pertenecía también, de manera señalada, la Revolución mexicana.³³

Había participado, asimismo, en una iniciativa distinta, que tuvo grandes repercusiones dentro y fuera de la región: el Comunicado Franco-Mexicano sobre El Salvador, en agosto de 1981. Este Comunicado, en su esen-

³³ El presidente José López Portillo en la Plaza de la Revolución de la ciudad de Managua, Nicaragua, el 21 de febrero de 1982, en Benítez Manaut, Raúl *et al.*, *op. cit.*, pp. 54-58.

cia, se dirigía a las partes en conflicto, para que, a través del diálogo y la negociación, pudieran darle fin y lograr la paz y la estabilidad en el país. El requisito radicaba, desde luego, en que la oposición armada pudiera ser reconocida como fuerza política en condiciones de participar en los acuerdos.

Con el tiempo, se puso en evidencia la oportunidad y certeza de la iniciativa, pero en su momento tuvo fuertes rechazos en la región. En primer lugar, del gobierno de El Salvador mismo, pero también de Estados Unidos y de otros gobiernos de América Latina, varios de ellos dictaduras militares que habían llegado al poder por la vía de los golpes de Estado.

Un caso singular de reacción contraria fue el del gobierno de Venezuela, motivado por una razón que empezaba a esparcirse en el continente: la presencia de las corrientes ideológicas actuantes en esos tiempos, sobre todo en Europa occidental. Tanto el gobierno de El Salvador como el de Venezuela, a la manera y con las peculiaridades de América Latina, provenían de agrupaciones políticas que se identificaban con la Democracia Cristiana.

Fue así como la oposición al Comunicado Franco Mexicano la encabezó el gobierno de Venezuela, proveniente u originario de COPEI. Pronto cambiaría de actitud, como dicen, sobre todo los abogados, debido a la existencia de hechos supervenientes: la llegada al gobierno de El Salvador de un partido político (ARENA), representativo de la extrema derecha y partidario de las líneas de fuerza.

Estas circunstancias propiciaron y favorecieron un acercamiento de posiciones entre los gobiernos de México y Venezuela. Una primera acción conjunta que le valió la simpatía de los países de la región fue el Acuerdo de San José, por medio del cual los dos países ofrecían a los de Centroamérica y el Caribe el suministro de petróleo en condiciones para ellos favorables de precio, crédito y tasas de interés.

La siguiente acción de los dos países se presentó en el curso de 1982 con el recrudecimiento de los conflictos, localizados principalmente en ese momento entre Honduras y Nicaragua. Los presidentes de ambos países, José López Portillo y Luis Herrera Campíns, convinieron en la elaboración y envío de sendas cartas a los gobiernos de ambos países y una comunicación con el de Estados Unidos, llamándolos a alcanzar un acuerdo de distensión que les permitiera, más adelante, otro de fondo de mayor alcance. El planteamiento fue rechazado por los gobiernos tanto de Estados Unidos como de Honduras.

La iniciativa de mayor trascendencia vendría después. Fue de nuevo el gobierno de México, bajo la presidencia de Miguel de la Madrid, quien convocó a otros países a buscar otros medios y caminos a una situación en

el área, que cada vez se tornaba más amenazante y peligrosa. En enero de 1983, los cancilleres de Colombia, México, Panamá y Venezuela se reunieron con ese propósito en la isla de Contadora y, después del intercambio de información y el análisis de la situación imperante, decidieron dirigirse, en nombre de sus respectivos gobiernos, a los de Centroamérica y ofrecerles, con su solidaridad y un concurso activo, la formación de un foro o mecanismo de negociación diplomática para hacer frente a los evidentes peligros y a una situación que amenazaba con desbordarse.

Así nació el Grupo de Contadora, que se situaría en el centro de la situación prevaleciente para alcanzar una paz justa y duradera entre los países de la región, mediante la negociación diplomática de buena fe y la concertación de entendimientos y acuerdos. Fueron de hecho tres las condiciones mínimas explícitas para el buen funcionamiento del mecanismo propuesto.

En primer lugar, cada paso y decisión, incluso los posibles acuerdos, serían entre ellos que eran no sólo el objeto, sino también el sujeto mismo de las negociaciones. En segundo lugar, y a diferencia de otros foros, ningún país sería excluido, y menos todavía si era el objeto de alguna de las quejas o imputaciones. El tercero, que era implícito, consistía en aceptar el papel de los integrantes del Grupo de Contadora en una función que corresponde a la mediación y a los buenos oficios, en tanto que su actuación y desempeño serían como facilitadores activos de los acuerdos que se alcanzaran.

El Grupo de Contadora tenía varios objetivos entrelazados y complementarios. En primer lugar, la creación de un espacio de diálogo y negociación diplomática entre las partes en conflicto, con el fin de alcanzar los acuerdos indispensables para obtener la paz y la estabilidad en la región. En segundo término, revertir esa situación y, en la medida de lo posible, encauzar esos conflictos y transformarlos en un clima y en mecanismos de cooperación entre países que en otros momentos habían excedido. Un tercer factor en juego radicaba en evitar la intervención foránea, que ya se perfilaba y estaba latente, como había ocurrido a lo largo de la historia, con consecuencias siempre negativas y desastrosas para los intereses de nuestros países.

Se pueden distinguir tres etapas de esas negociaciones diplomáticas: 1. de la instalación y establecimiento del diálogo a la elaboración de lo que se denominó el Documento de Objetivos; 2. de ese Documento y su complemento, no previsto inicialmente, de Estrategia o Normas para el cumplimiento del mismo Documento a la elaboración del Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica, y, por último, 3. del Acta

de Contadora a la formación de un grupo de países latinoamericanos que constituyeron un grupo de apoyo al proceso y a los países de Contadora.

El Documento de Objetivos se elaboró en el transcurso de 1983, y hacia finales de ese año se terminaron de definir sus normas de ejecución, que fueron aprobadas al iniciarse 1984. Una vez concluida esa etapa, y en vista de convenir a todas las partes, se aceptó la idea de profundizar en cada uno de los rubros de los objetivos, para dotarlos, asimismo, de mecanismos precisos de seguimiento, control y verificación de los acuerdos. Esa tarea la cumplieron las comisiones de trabajo, específicas y especializadas, en materia de seguridad, política, y económica y social, integradas por los nueve países, que sesionaron en los primeros meses de ese año.

Al Grupo de Contadora se le confió la tarea de ordenar y sistematizar la información y las conclusiones derivadas de esas jornadas, lo que dio por resultado la elaboración y la presentación del Proyecto de Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica, puesto a consideración de los gobiernos centroamericanos. Con las diversas observaciones formuladas por los cinco países, se integró una segunda versión del proyecto. Este acuerdo fue remitido, para su aprobación y suscripción, a todos los países directamente involucrados. No obstante lo anterior y que se trataba de las observaciones hechas por los mismos países que habían sido negociadas y todas ellas incluidas, surgieron nuevas objeciones, que se tradujeron en una tercera y última versión del Acta de Contadora.

El Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica, sin embargo, no llegó a suscribirse. Varios países de distintos continentes anunciaron su disposición de hacer suyo y comprometerse con el contenido del anexo a los países de intereses y vínculos en la región. El gobierno de Estados Unidos, por su parte, manifestó de nuevo dudas acerca de la buena fe y la confianza que podría despertar el gobierno de Nicaragua, el país que, según había afirmado desde un principio, era el responsable y la auténtica amenaza para toda la región.

El único gobierno centroamericano que expresó su determinación de suscribir el Acta de Contadora fue precisamente el de Nicaragua. El de Guatemala había adelantado también esa posibilidad, sin haberla formalizado, mencionando no obstante que era indispensable contar con la aprobación de los demás gobiernos. Los otros tres, el de Costa Rica, el de Honduras y el de El Salvador, fueron huidizos y permanecieron herméticos. Una vez que rompieron el proceso y se despejó el panorama, retomaron la iniciativa y lograron un acuerdo de paz, acorde con su visión e intereses.

En realidad, en consulta con el gobierno norteamericano celebraron entre ellos mismos varias reuniones e intercambiaron puntos de vista. Con el resultado de esas deliberaciones, en la ciudad de Esquipulas, Guatemala, se alcanzaron los acuerdos que suscribieran todos los gobiernos centroamericanos, con el nombre de “Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica”, presentado por el presidente de Costa Rica, Óscar Arias, en febrero de 1987.

Según señala Augusto Zamora, “Óscar Arias compartía el antisandinismo de EU, pero estaba convencido de que la vía armada estaba agotada y que era preciso apostar por vías políticas contra la revolución sandinista”. Dicho plan contemplaba diez compromisos: 1. Reconciliación nacional, 2. Amnistía general, 3. Cese al fuego, 4. Celebración de elecciones libres y limpias, 5. Terminar con la asistencia a fuerzas militares irregulares, 6. Repudio a los grupos insurgentes y a las fuerzas irregulares, 7. Impedir el uso del territorio de cada país para desestabilizar la región, 8. Convocatoria de elecciones en Nicaragua, 9. Diálogo con la “Contra”, 10. Nicaragua debía someterse a la supervisión internacional.³⁴

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Más que conclusiones en un trabajo de este género, y sobre todo ante la circunstancia de que se trata de un proceso que al parecer no está concluido y cerrado, es preferible entonces extraer o elaborar algunas consideraciones relativas a los principales tópicos o asuntos que el estudio aborda.

No son pocos los expertos y los historiadores que consideran que el difiendo Nicaragua-Estados Unidos, en los términos que la Corte Internacional de Justicia lo admitió, lo procesó y lo resolvió, aumentó la credibilidad de esta institución, fundamental en el sistema internacional contemporáneo. Puso de relieve su naturaleza auténticamente arbitral y la forma consecuente como puede dar cumplimiento a su misión primordial, mediante el respeto y acatamiento de los principios y normas del derecho, sin importar las diferencias cualitativas de los Estados que acuden a ella o son sometidos a su valoración; en otros términos, a partir de la igualdad jurídica de los Estados.

Una segunda consideración tiene que ver, en forma directa, con la línea de investigación en que se inscribe este estudio, como parte de un conjunto

³⁴ Morán Blanco, Sagrario *et al.*, *Los conflictos armados en Centroamérica*, Madrid, Ministerio de Defensa, p. 74.

de artículos o ensayos referidos a la experiencia de América Latina en su vinculación con la Corte Internacional de Justicia.

Como se subrayó desde las primeras líneas del estudio, con la creación de la OEA, en 1948, por medio del Pacto de Bogotá, se estableció expresamente ese vínculo y el compromiso de acudir a ella en los casos y situaciones en que se hubieran agotado otros recursos en la búsqueda de soluciones pacíficas a los diferendos y conflictos entre los países de la región. Por cierto, debe tenerse en cuenta que todos los instrumentos y mecanismos del sistema interamericano (la OEA, el TIAR, etcétera) abarcan e incluyen a la totalidad de sus integrantes, entre ellos los Estados Unidos de Norteamérica, que con tanta frecuencia los evoca y los insta a actuar.

El gobierno de Estados Unidos, incluso, no le concede a la Corte Internacional de Justicia jurisdicción alguna para el tratamiento de los asuntos que le conciernen o impliquen. En esa calidad y en esos términos, se presentó en este caso ante la CIJ, expuso sus argumentos y nunca aceptó o reconoció las sentencias, y, menos aún, manifestó disposición o voluntad para cumplir sus resoluciones.

Esa actitud se ve agravada, debido a que, en las deliberaciones de la Corte, el gobierno norteamericano siempre estuvo a la defensiva, y lo que se ventilaba en ese ámbito derivaba de sus políticas y de su actuación hacia una región que desde siempre fue considerada como un especie de cuarta o quinta frontera y, más que su zona natural de influencia, como su patio trasero.

Esa constante de la política norteamericana hacia Centroamérica, a lo largo del tiempo, sin embargo, no estuvo exenta de matices. Sin ser los factores decisivos, se pueden distinguir semejanzas y diferencias entre los gobiernos de ese país, sea por su origen republicano o demócrata, pero también ante todo por la personalidad, el carácter y las tendencias ideológicas de los gobernantes en turno.

Así, resultan evidentes las diferencias entre los gobiernos de James Carter y de Ronald Reagan en el enfoque y tratamiento que le dieron, en distintos momentos, al mismo problema o enfrentaron las mismas o similares circunstancias en la región. Ambos personajes actuaron de conformidad con los preceptos o lineamientos generales de la contención, adoptada por el gobierno de Estados Unidos como fundamento y punto de partida de sus políticas y acciones durante la Guerra Fría. Pero mientras la administración de Carter buscaba una salida diplomática al problema, e incluso negociada, el de los republicanos, en especial el de Reagan, lo enfrentó como una especie de cruzada fundamentalista, al inscribirlo, sin mediación ninguna, como

parte del conflicto Este-Oeste que se libraba en la política internacional y en el mundo de entonces.

Por su parte, la situación del gobierno de Nicaragua es exactamente la inversa. En definitiva, puso de relieve su extrema vulnerabilidad y su alta dependencia del exterior. Debido a su falta de experiencia en esas esferas, en un principio dudaba en acudir a la Corte Internacional de Justicia pese a los daños y perjuicios que le estaban infligiendo. Además, carecía de la información suficiente e indispensable para prefigurar un cuadro confiable de los posibles resultados. Así que tomó la decisión con un riesgo razonable, suponiendo que en el extremo y en el peor de los casos habría una mayor y mejor comprensión de lo que ocurría en el país, e inclusive podría adquirir simpatías adicionales entre los miembros de la comunidad internacional, que conocerían las agresiones de que era objeto su país.

Las sentencias de la Corte, tanto las medidas preventivas como las resoluciones finales, le fueron favorables. Asimismo, algunos miembros de la Corte contribuyeron a estimar y evaluar los daños y los costos que se fueron acumulando. Fue para ese gobierno una victoria sin atenuantes. Además de la satisfacción y la justicia inherente en las resoluciones, nunca las pudo ver concretadas o consumadas. El gobierno de Estados Unidos se negó a reconocerlas, y no manifestó en ningún momento, interés alguno en darles cumplimiento siquiera parcial o selectivo.

La vulnerabilidad estructural condujo a que, como resultado de la llegada al poder de una coalición distinta y aun contraria política e ideológicamente al Frente Sandinista, el nuevo gobierno de Nicaragua se desistió de su queja y la retiró del seno de la CIJ. La moneda de cambio, implícita o explícita, había sido una promesa o la expectativa de regularizar las relaciones o intercambios entre los dos países, así como la canalización de alguna forma de ayuda económica que le permitiera hacer frente a los desastres económicos que enfrentaba el país como consecuencia de una guerra prolongada que, por lo demás, había estado sostenida, e incluso financiada desde el exterior.

Como se señaló en un principio, en fecha reciente empezó a modificarse de nueva cuenta el panorama. El presidente Daniel Ortega solicitó a la Asamblea constituyente de su país el inicio de un reclamo ante la Corte Internacional de Justicia por el pago y las indemnizaciones correspondientes debido a los daños causados por el gobierno norteamericano en la década de los años ochenta del siglo pasado. Es decir, los mismos motivos y argumentos, del mismo proceso que la Corte conoció y resolvió en el pasado.

Al día de hoy, se desconoce el tratamiento que le dio o le dará la Asamblea nicaragüense a la petición del presidente Ortega. Se ignora también, en consecuencia, si la CIJ dará entrada a la demanda, y si lo hace, en qué términos y bajo qué supuestos y condiciones.

Lo que es evidente es que el gobierno de Nicaragua hizo pública su reacción frente a una iniciativa bipartidista presentada en el Congreso norteamericano por el peligro que representa para él esa iniciativa, que lo vincula con actos de corrupción. En el fondo, se trata entonces de la actitud defensiva de un gobierno que requiere recuperar credibilidad mediante un real o supuesto gesto de defensa de la soberanía en un momento o etapa o coyuntura regional e internacional que no es favorable para las corrientes ideológicas y políticas en las que se inscriben sus acciones.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIOLA, Mario, “El Grupo Contadora y el problema de la distensión en Centroamérica”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 7, Murcia, 1986.
- COVARRUBIAS, Ana, “La declaración franco-mexicana sobre El Salvador”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, 2013.
- CRUZ S., Arturo, “La política exterior de Estados Unidos hacia Centroamérica: el caso de Nicaragua”, *Foro Internacional*, México, vol. XXIII, núm. 4, abril-junio, 1982.
- DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel *et al.*, *Los conflictos armados en Centroamérica*, España, Ministerio de Defensa, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, 2010.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- INSULZA, José Miguel, “La política de la administración Reagan hacia América Latina. Un primer balance”, *Estudios Internacionales*, Santiago, vol. 16, núm. 61, 1983.
- PELLICER, Olga y FAGEN, Richard, *Centroamérica: futuro y opciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- REICHLER, Paul S., “Holding America to Its Own Best Standards: Abe Chayes and Nicaragua in the World Court”, *Harvard International Law Journal*, Winter 2001, vol. 42, núm. 1.

- ROJAS ARAVENA, Francisco y SOLÍS, Luis Guillermo, “Entre la intervención y el olvido: las relaciones entre Centroamérica y Estados Unidos”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, Costa Rica, 19 (1), 1993.
- SANAHUJA PERALES, José Antonio, “Los E.U. en Centroamérica, 1980-1990, ¿Ayuda económica o seguridad nacional?”, *Cuaderno de Trabajo de HEGOA*, País Vasco, Centro de Documentación e Investigaciones sobre Países en Desarrollo, Universidad del País Vasco, 1992.
- SANAHUJA PERALES, José Antonio, *La ayuda norteamericana en Centroamérica, 1980-1992*, tesis doctoral, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, 1996.
- TOUSSAINT RIBOT, Mónica, “La política exterior de México hacia Centroamérica en la década de los ochenta. Un balance *ex post-facto*”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 40, núm. 169, México, julio-septiembre, 1995.
- TOUSSAINT RIBOT, Mónica, “México en Centroamérica: del activismo de los años ochenta a la nueva agenda del siglo XXI”, *Cuadernos Intercambio sobre América Latina y el Caribe*, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2014.
- VALERO BECERRA, Ricardo, “Contadora: la búsqueda de la pacificación en Centroamérica”, *Foro Internacional*, México, núm. 2, vol. XXVI, octubre-diciembre, 1985.
- VEGA, Mercedes de (coord.), *Historia de las relaciones internacionales de México, 1821-2010*, vol. 2, México, 2011.

LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: ANÁLISIS DEL CASO NICARAGUA VS. HONDURAS: ATAQUES ARMADOS FRONTERIZOS Y TRANSFRONTERIZOS

Laura Alicia CAMARILLO GOVEA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del caso*. III. *Análisis del caso*.
IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el caso presentado ante la Corte Internacional de Justicia por Nicaragua en contra de Honduras relativo a ataques armados fronterizos y transfronterizos, la Corte se detuvo a realizar, en primer lugar, el análisis de su competencia y admisibilidad, refutada ampliamente por Honduras. La resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia concerniente a esos aspectos es objeto de algunas reflexiones, que ponen en duda la jurisdicción obligatoria de la Corte y el papel del Pacto de Bogotá en ese caso. El propósito de este trabajo es identificar los argumentos en los que basó el tribunal para resolver cómo lo hizo, y analizarlos, para determinar si esa sentencia debilitó la jurisdicción obligatoria de ese tribunal y qué efectos hubiera tenido una resolución distinta.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

1. *Marco histórico-referencial*

En 1979, el régimen de Anastasio Somoza en Nicaragua fue superado por las fuerzas revolucionarias, y un nuevo gobierno fue instaurado. Miembros

* La autora agradece a Alberto Medina Uresti por su invaluable apoyo y comentarios en la elaboración de este texto.

pertenecientes a las fuerzas militares y paramilitares del régimen depuesto decidieron huir a países vecinos, y gran cantidad de estos miembros buscaron refugio en Honduras, donde decidieron lanzar ataques armados en contra del territorio nicaragüense. Todas estas actividades ilícitas fueron reportadas ante el gobierno de Honduras para que tomara acciones inmediatas.

En 1981, tanto el carácter como la composición de los miembros de estas bandas armadas comenzaron a modificarse; se caracterizaban ahora por una mejor estructura y organización; sus miembros contaban con mejor equipamiento y con mayor entrenamiento. Esto solo hizo que fuera evidente para el gobierno de Nicaragua que existía una complicidad o consentimiento por parte de las autoridades de Honduras. Para el final de ese mismo año y el comienzo de 1982 los ataques armados incrementaron y se extendían a lo largo de la frontera entre ambas repúblicas, a tal grado que hubo la necesidad de que la población que habitaba en este territorio evacuara inmediatamente el área. Posteriormente, los ataques aumentaron exponencialmente, las bandas armadas, conocidas como fuerzas *contra*, tenían ubicada su base en territorio hondureño y estaban constituidas por más de 15,000 hombres.

Aunado al apoyo logístico, paramilitar y de inteligencia que Honduras prestaba a los *contra*, las fuerzas militares hondureñas participaron en ataques directos en contra de Nicaragua, que incluían actos de secuestros, ataques aéreos, fuego armado y homicidio.¹

2. Bases legales de la solicitud

El 28 de julio de 1986, Nicaragua presentó ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia (en adelante “Corte”), una solicitud para iniciar un procedimiento en contra de Honduras. Nicaragua alegó la existencia de una supuesta actividad de bandas armadas conocidas como *contras* en la frontera existente entre ambos Estados, así como dentro de territorio nicaragüense, y argumentó que estas bandas armadas poseían apoyo hondureño, por lo que decidió instruir una solicitud ante la Corte² con base en estos eventos. Entre la normativa aplicable citada por Nicaragua se encontraba la Carta de las Naciones Unidas,³ el Tratado Americano de Soluciones Pa-

¹ CIJ, *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, procedimientos instituidos, solicitud, 28 de julio de 1986, pp. 3-5.

² *Ibidem*, pp. 3-7.

³ Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 y con entrada en vigor el 24 de octubre de 1945. Disponible en: <http://www.un.org/es/charte-united-nations/index.html>.

cíficas, mejor conocido como “Pacto de Bogotá”⁴ (en adelante “Pacto”), la Carta de la Organización de los Estados Americanos,⁵ las Reglas de la Corte y el Estatuto de la Corte. Para demostrar las supuestas violaciones a obligaciones internacionales, Nicaragua hizo alusión a las obligaciones derivadas de la costumbre internacional, que habían sido presuntamente violadas durante el desarrollo de los hechos suscitados tanto en la frontera entre Nicaragua y Honduras como en el territorio nicaragüense.

La demanda presentada por Nicaragua fundamentó la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto en el artículo XXXI del Pacto; por otra parte, Honduras argumentó que la Corte no tenía competencia para conocer del asunto, toda vez la interpretación del artículo XXXI del Pacto era que, para un Estado parte en él que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, el ámbito de la competencia de la Corte en virtud del artículo XXXI del Pacto está determinado por esa declaración. Además, agregó que cualquier modificación o revocación de esa declaración que fuera válida con arreglo al párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto es igualmente eficaz con arreglo al artículo XXXI del Pacto; para conceder competencia, refirió, debe estar complementado por una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria.⁶ La Corte decidió que las cuestiones de competencia y admisibilidad debían analizarse en una etapa preliminar del procedimiento considerando resolver en primer lugar la cuestión relativa a la competencia y luego la admisibilidad.

Las bases legales con las que Nicaragua argumentó la violación de obligaciones internacionales por parte del gobierno de Honduras se basaban

⁴ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá” (A-42) suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948. Ratificado por Honduras el 13 de enero de 1950 y por Nicaragua el 21 de junio de 1950, depositando una reserva. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-42_soluciones_pacificas_pacto_bogota.asp.

⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41) reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

⁶ Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo, 20 de diciembre de 1988, para. 29.

predominantemente en las estipuladas en la Carta de las Naciones Unidas. Las obligaciones internacionales presuntamente violadas eran las establecidas en el artículo dos, párrafo cuatro,⁷ de dicha Carta, que prohibía la amenaza o el uso de la fuerza por parte de algún Estado en contra de la integridad territorial o independencia política de otro Estado.

Nicaragua argumentó la violación de obligaciones internacionales al Pacto, específicamente a su artículo primero, de acuerdo con el cual Honduras debía abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza o cualquier otra forma de coerción como medios para solucionar conflictos.⁸

Durante el procedimiento escrito, Honduras debía presentar una memoria⁹ como respuesta a la solicitud presentada por Nicaragua; esta réplica por parte del gobierno hondureño manifestaba, *inter alia*, lo siguiente:

...Nicaragua no ha demostrado que, a juicio de las Partes, la controversia no pueda resolverse mediante negociaciones directas, por lo que Nicaragua no cumple una condición previa esencial para el uso de los procedimientos establecidos por el Pacto de Bogotá...

Habiendo aceptado el “*Contadora process*”¹⁰ como un “procedimiento especial” en el sentido del artículo II del Pacto de Bogotá, tanto el artículo IV del Pacto, como las consideraciones elementales de buena fe, impiden que Nicaragua inicie cualquier otro procedimiento de arreglo pacífico hasta que se haya concluido el “*Contadora process*”; y ese tiempo no ha llegado.

En cuanto a Jurisdicción:

La Corte no es competente para conocer la solicitud de Nicaragua porque:

1. La disputa alegada por Nicaragua queda excluida de la jurisdicción de la Corte por los términos de la declaración hondureña de 22 de mayo de 1986

⁷ El artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas establece lo siguiente: “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1o., la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: ...4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

⁸ A la letra, el artículo 1 del Pacto establece lo siguiente: “Las Altas Partes Contratantes, reafirmando solemnemente sus compromisos contraídos por anteriores convenciones y declaraciones internacionales, así como por la Carta de las Naciones Unidas, convienen en abstenerse de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos”.

⁹ Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, Memoria de Honduras, pp. 11-278.

¹⁰ Sobre el *Contadora Process* puede consultarse a Haggarty, Richard A. (ed.), *El Salvador: A Country Study*, Washington, GPO for the Library of Congress, 1988. El *Contadora Process* fue iniciado en enero de 1983 en una reunión de ministros de México, Venezuela, Colombia y Panamá en la isla Contadora del golfo de Panamá. El propósito era utilizar todos los esfuerzos diplomáticos de los Estados latinoamericanos para estabilizar la situación que se suscitaba en Centroamérica.

y tal declaración se aplica, si se alega que la jurisdicción se basa en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá o del artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte.

2. Alternativamente, el artículo XXXI no puede invocarse como fundamento de jurisdicción independientemente del artículo XXXII, y este último artículo se opone a toda solicitud unilateral al Tribunal de Justicia, salvo cuando:

- (a) se han llevado a cabo sin solución, y
- (b) las partes no han acordado un procedimiento arbitral.

Ninguna de las dos condiciones se cumple en el presente caso.

3. La jurisdicción no puede basarse en el párrafo 1 del artículo 36 del Estatuto de la Corte porque los Estados Parte en el Pacto de Bogotá han acordado en el artículo XXXII que una solicitud unilateral, basada en el Pacto de Bogotá, solo puede ser realizada bajo las dos condiciones enumeradas en (a) y (b).¹¹

De esta forma, Honduras manifestó que las disposiciones contenidas en los artículos XXXI y XXXII del Pacto no eran autónomas, sino, por el contrario, se consideraban como dos preceptos indivisibles que otorgaban competencia a la Corte, bajo la condición de que previa la presentación de la demanda ante ese órgano judicial, el litigio de las partes debía someterse a un procedimiento de conciliación, y sería sólo bajo la premisa de que no se llegara a una solución, sin que hubiera un convenio entre las partes, que se delegaría a la Corte la jurisdicción obligatoria que el Pacto le reconoce. Asimismo, Honduras manifestó que para conceder competencia a la Corte atendiendo a lo dispuesto en el Estatuto resultaba imperativo que se complementara con una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, y en un segundo término, que esta declaración podría complementarse, pero no era necesario.¹²

Con relación a esto último, la República de Honduras manifestó que posterior a la declaración realizada en 1960 presentó una modificación a su declaración de aceptación en 1986,¹³ año en el que se suscitó el conflicto en cuestión. En el argumento que presentaba Honduras se manifestaba que las reservas que se anexaban a la Declaración de 1986 excluían el supuesto relativo a la competencia otorgada por la Declaración en relación con el párrafo 2 del artículo 36. Con ello, en opinión del Estado hondureño, la Corte no tendría competencia, toda vez que la nueva declaración de aceptación

¹¹ *Idem*.

¹² Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo..., *cit.*, p. 86.

¹³ “The Government of the Republic of Honduras, duly authorized by the National Congress under Decree No. 75-86 of 21 May 1986 to modify the Declaration made on 20 February 1960 concerning Article 36 (2) of the Statute of the International Court of Justice, hereby declares that it modifies the Declaration made by it on 20 February 1960”. *Ibidem*, p. 80, para. 24.

de competencia de la Corte presentada por Honduras establecía un nuevo supuesto en el que la Corte sería incompetente cuando se suscitara un medio diverso de solución pacífica de conflictos en el que las partes estuvieran de acuerdo en llevar a cabo.

Como respuesta al escrito de Honduras, Nicaragua debatió los argumentos presentados sobre las cuestiones de competencia y admisibilidad, e hizo hincapié en la declaración presentada por Honduras y en sus posteriores modificaciones, así como en la propia Declaración de Nicaragua presentada en 1946. Es así como Nicaragua estableció lo siguiente:

1. Por las razones expuestas en este escrito, las supuestas modificaciones de la Declaración de Honduras de fecha 20 de febrero de 1960 contenidas en la “Declaración” de fecha 22 de mayo de 1986 son inválidas y por consiguiente las “reservas” invocadas por Honduras en su Escrito no tienen efectos jurídicos.¹⁴

2. Alternativamente, si la Corte estima que las modificaciones de la “Declaración” hondureña de fecha 22 de mayo de 1986 son válidas, tales modificaciones no pueden ser invocadas contra Nicaragua porque, según los hechos, Nicaragua no recibió aviso razonable de ello.

3. Sin perjuicio de las observaciones precedentes, las “reservas” invocadas por Honduras no son, en ningún caso, aplicables en las circunstancias del caso ya que;

A) el litigio al que se refiere la solicitud de Nicaragua no está sujeto a ningún acuerdo de las Partes para recurrir a otros medios para la solución pacífica de controversias; Y, en particular, ni el *Contadora Process* ni las disposiciones del Pacto de Bogotá constituyen los “otros medios” a los que se refiere la reserva pertinente;

B) el litigio al que se refiere la solicitud de Nicaragua no es una controversia “relativa a hechos o situaciones originados en conflictos armados o actos de naturaleza similar que puedan afectar al territorio de la República de Honduras y en los que pueda encontrarse Directa o indirectamente, y, con carácter subsidiario, la «reserva» de que se trata no tiene carácter exclusivamente preliminar y, por lo tanto, la cuestión de su aplicación se pospone para su determinación en la fase del fondo”.

4. Las “reservas” invocadas por Honduras no se aplican en ningún caso a las disposiciones del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, que establece una competencia independiente en el marco del párrafo 1 del artículo 36 del Estatuto de la Corte.

5. La aplicación de las disposiciones del artículo XXXI del Pacto de Bogotá no está sujeta ni al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo XXXII del Pacto, cuyo agotamiento es condición de recurso a la Corte exclusi-

¹⁴ Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo..., *cit.*, p. 74.

vamente en el contexto del artículo XXXII, o a la condición de un acuerdo sobre un procedimiento arbitral que se refiere exclusivamente al artículo XXXII.

B. Como consecuencia de estas conclusiones, el Gobierno de Nicaragua solicita respetuosamente a la Corte que declare que:

1. El Tribunal es competente

2. La competencia de los Tribunales existe: en virtud de la Declaración de Honduras de 20 de febrero de 1960 que acepta la competencia de la Corte de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte; o la Declaración Hondureña de 1960, modificada por la Declaración de 22 de mayo de 1986, y la Declaración de Nicaragua de 24 de septiembre de 1929; y/o en virtud de lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá y en el párrafo 1 del artículo 36 del Estatuto de la Corte.¹⁵

Nicaragua afirmó que la base de la competencia de la Corte Internacional de Justicia para conocer de este asunto versaba en las disposiciones contempladas en el artículo XXXI del Pacto, así como en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria del tribunal, conforme lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte. En cuanto a estas declaraciones, Nicaragua utilizó como prueba la declaración realizada por Honduras el 20 de febrero de 1960, en la cual reconocía y aceptaba la jurisdicción de la Corte.

También argumentaba que el litigio no se encontraba sujeto a ningún acuerdo entre las partes para hacer acudir a otro medio de solución pacífica, y que el *Contadora process*, así como algún otro procedimiento contemplado en las disposiciones del Pacto, hacía referencia a los medios de solución pacífica mencionados.

De igual forma, Nicaragua manifestaba que

La aplicación de las disposiciones del artículo XXXI del Pacto de Bogotá no está sujeta ni al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo XXXII del Pacto, cuyo agotamiento es condición de recurso a la Corte exclusivamente en el contexto del artículo XXXII, o a la condición de un acuerdo sobre un procedimiento arbitral que se refiere exclusivamente al artículo XXXII.¹⁶

En suma, el asunto que nos ocupa pone a discusión y debate si la Corte Internacional de Justicia era competente para pronunciarse, y en su caso

¹⁵ Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo..., *cit.*, p. 74 (traducido por los autores).

¹⁶ Extracto traducido del inglés: “the provisions of Article XXXI of the Pact of Bogota and to the Declarations made by the Republic of Nicaragua and by the Republic of Honduras respectively, accepting the jurisdiction of the Court as provided for in Article 36, paragraphs 1 and 2, respectively of the Statute”.

admitir el asunto (que era la postura de Nicaragua), o bien, que, como alegó Honduras, la Corte no tenía competencia para resolver, y este punto, según la postura de Nicaragua, era el *burden of proof*. Cabe mencionar que la Corte resolvió que ella era competente para conocer del caso y declaró su admisibilidad.

III. ANÁLISIS DEL CASO

Como es bien sabido, la Corte Internacional de Justicia es “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas y una institución central para la solución pacífica de controversias jurídicas entre Estados”,¹⁷ y tiene a su cargo “el arreglo judicial de las controversias internacionales”;¹⁸ la Corte posee competencia para dirimir asuntos de carácter internacional cuando exista consenso entre las partes, que se puede manifestar a través de “declaraciones unilaterales, de tratados, o a través de un acuerdo especial”.¹⁹ En el caso concreto, y concediendo razón al fallo sobre competencia y admisibilidad del caso que nos ocupa, se observan dos formas en las que se manifestó el consentimiento de los Estados en cuestión para aceptar la competencia de la Corte, a saber: en primer lugar, estaban las declaraciones unilaterales realizadas por ambos Estados, y en segundo lugar está el Pacto de Bogotá, tratado internacional que actúa como un “instrumento jurídico regional para la solución de conflictos entre Estados e instituye diversos mecanismos para su propósito”.²⁰

Una vez sometido el asunto a la Corte, ésta se detuvo a analizar las cuestiones relativas a la competencia y admisibilidad; la sentencia de 1988, que favorecería a Nicaragua, resolvió que era competente para conocer del caso, y fundamentó su resolución exclusivamente en el Pacto de Bogotá (en el artículo XXXI) y, por ende, desestimó la “indisociabilidad” de los artículos XXXI y XXXII de tal pacto, argumento central de Honduras.

Resulta importante comentar que el artículo XXXI del Pacto es una transcripción del artículo 36 del Estatuto, como se observa en el siguiente cuadro, y esto podría suponer en dado caso que el fallo de la Corte en cuanto a competencia y admisibilidad se sustentó en el contenido del Pacto, porque su

¹⁷ Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE, *Manual sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Modelos de cláusulas y formulaciones tipo*, Suiza, 2014, p. 6.

¹⁸ Cançado, Antônio, “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2016, p. 2, disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_s.pdf.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Longaric, Karen, “El Pacto de Bogotá y la demanda judicial boliviana”, *La Razón*, abril de 2013.

contenido es prácticamente el mismo; esto, desde luego, no puede asumirse, porque no hay elementos formales para afirmarlo, pero podría desarrollarse una tesis en torno a por qué la Corte no aludió su propio Estatuto al resolver.

Artículo 36, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia	Artículos XXXI y XXXII del Pacto de Bogotá
“2. Los Estados parte en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria <i>ipso facto</i> y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.²¹	XXXI. De conformidad con el inciso 2o. del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria <i>ipso facto</i>, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: “a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.²² XXXII. Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1o. del artículo 36 del mismo Estatuto.

²¹ Artículo 36, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, Países Bajos.

²² Artículo XXXI, Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, 1948, Bogotá.

Por otro lado, el Pacto tiene como finalidad “el establecer un verdadero sistema interamericano de paz...”²³ a través de medios pacíficos diversos. Así, en ese contexto, habría justificación para entender que el fundamento de la resolución en cuestión recayera en el mencionado Pacto; sin embargo, cabe aclarar que la Corte es un tribunal para dirimir conflictos internacionales, que se acoge a su función judicial, por lo que podría afirmarse que un asunto que recae ante ese tribunal ha agotado otras instancias diplomáticas o métodos de solución de conflictos; por tanto, “acudir a la Corte Internacional de Justicia puede significar que cuando las negociaciones diplomáticas, los buenos oficios, la mediación y conciliación, han fracasado y los partícipes en la controversia no convienen en acudir al arbitraje para poner fin a esa disputa”²⁴ optan por el tribunal en comento.

Es incluso el propio Pacto el que refiere en su artículo XXI, que de no haber una solución amistosa debe recurrirse a la Corte.

La resolución de la Corte en lo que respecta a competencia y admisibilidad fue votada de manera unánime; sin embargo, hubo dos votos separados que resulta interesante analizar de cara a cuestionar la ya emblemática sentencia que nos ocupa.

En el voto separado del juez Oda²⁵ se percibe que coincide con la postura de Honduras, que partía de la premisa de “indisociabilidad” de los artículos XXXI y XXXII, al sostener que el Pacto pretendía ser una invitación para aceptar la jurisdicción de la Corte, y que la jurisdicción de la Corte no se encontraba necesariamente en el artículo XXXI; en ese supuesto cobraría sentido el argumento de Honduras, porque desde esa óptica, en efecto, el artículo XXXII condiciona la jurisdicción de la Corte a partir de haber agotado un proceso de conciliación que, como sostuvo Honduras, no sucedió. Honduras alegaba que el *Contadora Process* no había concluido, y por ello tampoco la Corte debía admitir el caso. Argumento que la Corte desestimó, por considerar que el Contadora había concluido en julio de 1986.

Los artículos XXXI y XXXII del Pacto pueden o podrían interpretarse de manera conjunta, y quizá como señala el juez Oda, el Pacto es confuso; como sostendría el juez Schewbel “It may of course be asked why a single

²³ Decreto N. 526, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Diario Oficial*, 6 de septiembre de 1967, p. 4.

²⁴ Vázquez Gutiérrez, Reyna L. y Cabello Tijerina, París A., “Sistema de solución de conflictos a la luz del Pacto de Bogotá de 1948”, *Letras Jurídicas*, México, núm. 10, 2016, p. 15.

²⁵ Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo, *op. cit.*, opinión separada del juez Oda, para. 15.

treaty should provide two independent routes to the Court's compulsory jurisdiction".²⁶

El juez Schewbel también analizó la posibilidad de que la Corte pudo ser más firme frente al argumento de *res judicata* señalado por Honduras. Al referirse al caso de Actividades militares y paramilitares de Nicaragua vs. Estados Unidos, Schewbel manifestó su preocupación por lo que argumentó Honduras en su escrito:

...by its Application of 9 April 1984 against the United States, Nicaragua submitted to the Court a series of facts forming part of the general conflict existing in Central America, and that, one month after the Judgment of the Court in that case, Nicaragua submitted to the Court, by its Applications against Costa Rica and Honduras, a second and a third set of facts pertaining to the same conflict.²⁷

Es decir, habría evidencia de que Nicaragua había alegado una serie de hechos sucedidos en Centroamérica y había presentado, como lo menciona el juez, otras solicitudes refiriéndose al mismo conflicto; este planteamiento no tendría respuesta en el análisis de la Corte, ya que esos hechos, podemos afirmar, estaban probados y eran un argumento sustantivo en la defensa de Honduras.

Estos votos separados "evidenciaron" otra lógica, y eran argumentos suficientemente justificados y razonables para que la Corte hubiera resuelto en sentido contrario; como sostiene Gómez-Robledo, "la cuestión que la Corte Internacional de Justicia quería dejar bien establecida y debidamente asentada... no era en forma alguna dictaminar que el arreglo judicial tendría *status* privilegiado en relación con otro tipo de procedimientos", sino, por el contrario, lo que preocupaba a la Corte era poner de relieve que el objetivo principal a alcanzar "...era llegar a un arreglo pacífico de la controversia".²⁸

El otro supuesto motivo de análisis se refiere a que, derivado de la sentencia de la Corte, quedó establecida la inaplicación del artículo 36 del Estatuto de la Corte, que como señalamos previamente, si bien es una casi transcripción del artículo XXXI del Pacto, fue totalmente ignorado; ello resulta complejo de entender, porque si bien el Pacto de Bogotá es de

²⁶ *Ibidem*, opinión separada del juez Schewbel.

²⁷ *Ibidem*, p. 127.

²⁸ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 12, 1980, p. 86.

aplicación directa, al ser dos Estados americanos los involucrados, y que además confiere competencia a la Corte, era el instrumento legítimo para convocar a las partes a una solución pacífica o procedimiento judicial con esos propósitos.

Además, un factor importante relativo a la limitación de la jurisdicción de la Corte versa en el consentimiento de las partes manifestado a través de las reservas presentadas en las declaraciones,²⁹ las cuales contravienen totalmente la característica *ipso facto* de la aceptación de la jurisdicción de la Corte que se logra observar tanto en el Estatuto como en el Pacto. En el *cas d'espèce*, estas declaraciones fijaron el rumbo a seguir por los jueces para manifestarse sobre los argumentos presentados por las partes en cuanto a la competencia y admisibilidad del asunto.

Por una parte, los jueces hicieron notar que las declaraciones presentadas por los Estados poseen una cualidad única de reciprocidad entre las altas partes contratantes, y que si bien la interpretación de Honduras pudo haber dirigido a la Corte a manifestarse a su favor, resulta contraproducente, pues aun siguiendo su interpretación en cuestión, la Corte resuelve que las declaraciones realizadas por los Estados parte del Pacto son consideradas como una declaración unilateral que se anexa al Estatuto, y que el artículo XXXI es independiente de dichas declaraciones.³⁰

Esta última interpretación de los jueces se percibe como una preeminencia del Pacto sobre el Estatuto, pues se le añade un atributo autónomo para proporcionar a la Corte la competencia necesaria al momento de resolver un conflicto internacional, ya que no requiere declaraciones, al considerar el artículo XXXI como independiente de estas reservas unilaterales. Como sostiene Trooboff, la sorpresa es cómo la Corte delimita su jurisdicción “embracing the Pact of Bogotá as the sole ground for decisión on the jurisdiccional issue”.³¹ Esto permitiría afirmar que invocar exclusivamente

²⁹ Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ “Under these circumstances, the Court has to conclude that the commitment in Article XXXI of the Pact is independent of such declarations of acceptance of compulsory jurisdiction as may have been made under Article 36, paragraph 2, of the Statute and deposited with the United Nations Secretary-General pursuant to paragraph 4 of that same Article. Consequently, it is not necessary to decide whether the 1986 Declaration of Honduras is opposable to Nicaragua in this case; it cannot in any event restrict the commitment which Honduras entered into by virtue of Article XXXI. The Honduran argument as to the effect of the reservation to its 1986 Declaration on its commitment under Article XXXI of the Pact therefore cannot be accepted” (Nicaragua v. Honduras), jurisdicción y admisibilidad, fallo, *op. cit.*, p. 88, para. 41 (traducido del inglés.)

³¹ Trooboff, David, “International decisions”, *The American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, núm. 2, abril de 1989, p. 356.

el Pacto como principal instrumento de análisis para la resolución de la Corte,³² cuya influencia resultó decisiva para el fallo, sólo se justificaría en caso de que la Corte careciera de una normativa propia para su resolución, lo cual no sucede, al encontrarse el Estatuto de la Corte vigente. Ello motiva a preguntarnos entonces qué carácter tiene el Estatuto de la Corte, y si el Pacto de Bogotá en realidad es un tratado de soluciones pacíficas no necesariamente jurisdiccional.

De lo expuesto con anterioridad surge una duda: ¿tiene el Estatuto la suficiente fuerza como para otorgar a la Corte la jurisdicción cuando ejerce su procedimiento contencioso? La respuesta implica un raciocinio lógico-jurídico, en el que se predispone a analizar la jerarquía y autonomía de un órgano creado con la finalidad de solucionar conflictos internacionales a través de un procedimiento contencioso, revistiéndose como “una institución central para la solución pacífica de controversias jurídicas entre Estados”.³³ Considerando esto último, se podría aseverar que la Corte debe asumir su competencia con base en lo establecido por el ordenamiento jurídico que le rige y no por la normativa que busca solucionar conflictos a través de otros medios; es aquí entonces donde se asume la jerarquía del Estatuto como principal fundamento durante el proceder de la Corte en un procedimiento contencioso. La cuestión relativa a la falla consiste en otorgarle al Pacto la fuerza suficiente como para definir la competencia de la Corte, que ya había sido establecida en el Estatuto.

La justicia internacional, como tal, en cualquiera de sus formas, surge del consentimiento de los Estados,³⁴ y de manera notoria se observa la manifestación del consentimiento sobre el Pacto como instrumento de solución de conflictos, y que originalmente podría servir como un método adecuado para evitar llevar una controversia internacional a la Corte Internacional, por lo que es oportuno argumentar que el Pacto actúa como un mecanismo previo a la solución de conflictos ante la Corte.

La confusión surge al momento de observar el mismo objetivo en ambos textos e inferir que ambos confieren la jurisdicción a la Corte; empero, se encuentra propiamente establecida en el Estatuto, toda vez que el Pacto establece que cuando el procedimiento arbitral falla se recurrirá al procedimiento contencioso de la Corte, y es precisamente en este contexto en el que

³² Nicaragua v. Honduras, jurisdicción y admisibilidad, fallo, *op. cit.*, pp. 6-43.

³³ Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE, *op. cit.*, p. 6.

³⁴ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El estado actual de la jurisdicción internacional”, *cit.*, p. 320.

se observa claramente que el medio que otorga la jurisdicción a la Corte es el Estatuto y no el Pacto.

Consideramos que para la solución al problema que representa lo anteriormente expuesto, los Estados que aceptan a la Corte Internacional de Justicia como un órgano con facultad contenciosa para dirimir cuestiones que afectan a la comunidad internacional en su amplitud deben reconocerla de manera amplia y sin reservas, dejando a un lado la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria, cuya finalidad es la de convertir en obligatoria la competencia de la Corte cuando los Estados lo aceptan anticipadamente. Es por ello que las altas partes contratantes deben adecuarse a la normatividad internacional establecida por el Estatuto exclusivamente en cuanto a la facultad conferida a la Corte. Aunado a esto, los Estados deben reconocer que la jurisdicción obligatoria de la Corte tiene como fundamento lo establecido en el artículo 36 del Estatuto, y también deben distinguir que la Corte representa el procedimiento judicial, y que funciona de manera autónoma e independiente al Pacto, al cual se recurre exclusivamente cuando se busca solucionar un conflicto internacional de manera pacífica y de una forma distinta a como la Corte Internacional de Justicia resolvería.

Otro planteamiento expuesto como solución al conflicto es la necesidad de establecer el fundamento principal de la jurisdicción que posee la Corte, toda vez que resulta recurrente este suceso en otros casos planteados ante este tribunal, tales como *Nicaragua v. Costa Rica*,³⁵ llevado ante la Corte simultáneamente al asunto que nos ocupa, así como en el caso de la disputa marítima territorial suscitada entre Nicaragua y Colombia.³⁶ A pesar de lo confuso que podría significar interpretar el Pacto, como sucedió en el asunto *Nicaragua vs. Honduras*, ataques armados y transfronterizos, es relevante apuntar que el Pacto ha generado comentarios positivos, que le otorgan una calidad de “*corpus juris* del derecho internacional en América”,³⁷ no obstante, debe asimilarse que tanto el Pacto como el Estatuto son dos ordenamientos distintos, que no deben emplearse para el mismo objetivo fundamental; lo indispensable sería que cada uno establezca una forma diversa de solución de conflictos internacionales sin que interrumpa en la autonomía del otro, o bien, como indicaba Honduras, leer de manera conjunta los artículos XXXI y XXXII.

³⁵ CIJ, *Border and Transborder Armed Actions*, Nicaragua v. Costa Rica.

³⁶ CIJ, *Territorial and Maritime Dispute*, Nicaragua v. Colombia, excepciones preliminares, fallo, 13 de diciembre de 2007.

³⁷ Infante, María T., “The Pact of Bogotá: Cases and Practice”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, mar. 2017, p. 112.

Es necesario señalar que el término de jurisdicción obligatoria que se manifiesta carece en todo sentido de obligatoriedad si se busca hacer énfasis en la competencia de la Corte. Y que, como lo menciona Stanimir A. Alexandrov, “la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia se basa en el consentimiento de las partes”,³⁸ aceptando así la jurisdicción bajo los términos que ellas mismas determinen. De lo anterior se desprenden dos aspectos importantes: la jurisdicción obligatoria de la Corte en relación con la manifestación de aceptación de las partes y la limitación que esto último genera; es por ello que en 1992 el secretario general de las Naciones Unidas, Boutros-Ghali, solicitó a los Estados miembros del Estatuto que aceptaran sin reserva alguna la jurisdicción obligatoria de la Corte;³⁹ de esta forma, la Corte tendría, en el más amplio sentido, la competencia necesaria para conocer y dirimir los asuntos presentados ante este honorable tribunal internacional.

Autores como Gary L. Scott y Craig L. Carr consideran que la jurisdicción obligatoria de la Corte puede acarrear consigo una esencia positiva para la comunidad internacional.⁴⁰ En un primer semblante, la jurisdicción obligatoria de la Corte podría modificarse, y de esta forma mantener, así como mejorar la cuestión de legalidad en el área internacional;⁴¹ por otra parte, la implementación correcta de la jurisdicción obligatoria podría generar un incremento en la solución de conflictos de una manera pacífica y distinta al procedimiento judicial llevado ante la Corte. Esta postura podría manifestar una evolución en la solución de controversias internacionales, logrando transformar la conducta de los Estados para evitar conflictos,⁴² lo cual se traduce en un beneficio representado a través de un medio pacífico y amigable.

Infante considera que “la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia conforme al Pacto de Bogotá forma parte de un sistema de normas

³⁸ Alexandrov, Stanimir, “The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?”, *Chinese Journal of International Law*, Reino Unido, 2006, vol. 5, núm. 1, p. 29.

³⁹ Oda, Shigeru, “The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Reino Unido, 2000, vol. 49, núm. 2, p. 252.

⁴⁰ Scott, Gary y Carr, Craig, “The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause”, *The American Journal of International Law*, 1987, vol. 21, núm. 1, enero 1987, pp. 74 y 75.

⁴¹ *Idem*.

⁴² D’Amato, Anthony, “The United States Should Accept, by a New Declaration, the General Compulsory Jurisdiction of the World Court”, *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, p. 332.

que atribuyen competencia a dicho tribunal, así como a otros medios de solución”;⁴³ sin embargo, la referencia de que la Corte posee jurisdicción conforme a lo que establece una ordenanza ajena a la función de este órgano fomenta una visión equivocada sobre la base normativa fundamental del ya mencionado tribunal. Es acertado señalar que el Pacto posee un apartado del procedimiento judicial, que remite al procedimiento contencioso ante la Corte; no obstante, es relevante que la comunidad internacional desasocie la idea de que la jurisdicción de la Corte debe fundamentarse en el Pacto, pues este último posee una finalidad, que, aunque aparentemente resulta la misma que la de la Corte, no necesariamente sigue la misma dirección. Por una parte, el Estatuto se encarga de otorgarle a la Corte la facultad de resolver los conflictos entre los Estados; *a contrario sensu*, el Pacto le concede a los Estados la capacidad de resolver a través de otros medios pacíficos su conflicto, inclinándose a un arbitraje acorde a lo que los Estados consideren es el adecuado.

IV. CONCLUSIONES

El caso de Nicaragua vs. Honduras por ataques armados refiere una serie de *ítems*, todos merecedores de un análisis detallado; por ejemplo, cómo la Corte depositó su jurisdicción exclusivamente en el Pacto, cómo consideró “anulado” el *Contadora process*, cómo interpretó los artículos XXXI y XXXII, etcétera, aunado a los cuestionamientos que presentó el Estado de Honduras frente a las demandas promovidas por Nicaragua, para concluir que tenía competencia para conocer el asunto, y que aquél era admisible. Desde luego, en cualquier resolución la justicia habrá de inclinarse hacia una de las partes; así sucedió aquí; sin embargo, dos votos en particular obligan a revisar con mayor detenimiento los argumentos vertidos por la Corte, y, en última instancia, esta sentencia, cuya jurisdicción se definió exclusivamente por el Pacto de Bogotá, planteó también si la Corte en realidad es de jurisdicción obligatoria a partir de no invocar su propio Estatuto. La sentencia en comento es de por sí polémica en todas estas aristas, pero en general deja una profunda reflexión para que la Corte defina su propia jurisdicción obligatoria a través de su Estatuto. Y que el Pacto de Bogotá mantenga su papel, pero no necesariamente como un instrumento que “remite” asuntos a la Corte Internacional de Justicia. Ambos tratados (Pacto y Estatuto de la Corte) tienen sus propias razones de ser, y son valiosos instrumentos para “guiar” a los Estados frente a

⁴³ Infante, María T., *op. cit.*, p. 86.

conflictos entre sí; sin embargo, a nuestro juicio, en el caso concreto no había necesidad de que el rol principal lo tuviera el Pacto, y no así el Estatuto; esto, desde luego, al margen de los demás argumentos de las partes, y principalmente de los jueces que emitieron su voto por separado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, Stanimir, “The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?”, *Chinese Journal of International Law*, Reino Unido, 2006, vol. 5, núm. 1.
- AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, “International Court of Justice: judgment on jurisdiction of the court and admissibility of the application in case concerning border and transborder armed actions (Nicaragua v. Honduras)”, *International Legal Materials*, marzo de 1989, vol. 28, núm. 2.
- CANÇADO, Antônio, “Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2016, disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/sicj_s.pdf.
- D’AMATO, Anthony, “The United States Should Accept, by a New Declaration, the General Compulsory Jurisdiction of the World Court”, *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80.
- DEPARTAMENTO FEDERAL DE ASUNTOS EXTERIORES (DFAE), *Manual sobre la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia Modelos de cláusulas y formulaciones tipo*, Suiza, 2014.
- GÓMEZ, Alonso, “El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm.12, 1980.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “El «Pacto de Bogotá» sobre solución de controversias, a la luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, entre Nicaragua y Honduras (CIJ)”, en GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso (comp.), *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 2008.
- INFANTE, María T., “The Pact of Bogota: Cases and Practice”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, mar. 2017.
- ODA, Shigeru, “The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Reino Unido, 2000, vol. 49, núm. 2.

SCOTT, Gary y CARR, Craig, “The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause”, *The American Journal of International Law*, vol. 21, núm.1, enero de 1987.

TROOBOFF, David, “International Decisions”, *The American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, núm. 2, abril de 1989.

VÁZQUEZ, Reyna L. y CABELLO, Paris A., “Sistema de solución de conflictos a la luz del pacto de Bogotá de 1948”, *Letras Jurídicas*, México, núm. 10, 2016.

Legislación y tratados

Carta de las Naciones Unidas, 1945, San Francisco.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, Países Bajos.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, 1948, Bogotá.

Decisiones de cortes y tribunales internacionales

CIJ, “Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)”.

CIJ, “Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)”.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS HUMANOS

Actualmente, la jurisprudencia sobre derechos humanos que existe en el sistema interamericano de derechos humanos, producto de la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es impresionante tanto por su número como por los temas que trata; sin embargo, los tres casos que fueron sustanciados ante la CIJ tienen una gran trascendencia, por diferentes razones.

En principio, el caso Haya de la Torre (aquí tomamos como una sola las tres veces que las partes acudieron a la CIJ), como se le conoce, es el primer caso de un país latinoamericano ante la CIJ, y versa sobre el asilo diplomático. Independientemente de las críticas que se pueden hacer a las resoluciones de la CIJ, es de suma trascendencia para la doctrina de derecho internacional de la región, pues se puso en la mesa de discusión la existencia en el derecho consuetudinario de la institución del asilo diplomático, que tiene una gran raigambre latinoamericana. Es interesante ver cómo a partir de la Convención sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928, un tratado parco (cuenta con sólo cuatro artículos), y después de las decisiones de la CIJ, se construye un marco normativo convencional más sólido con la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas de 1954,¹ que resuelve algunos puntos de la problemática discutida ante la CIJ. Pero, además, el derecho de asilo después es considerado como derecho humano (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969).

Además, los jueces que en ella intervinieron son algunos grandes juristas de América Latina.

En el caso Nottebohm, un caso de protección diplomática, se analiza el vínculo jurídico que vincula a una persona con un Estado, para que pueda estar autorizado para ejercer ese derecho. El caso Nottebohm, que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina de derecho internacional, establece varios puntos clave. En principio, su pronunciamiento de que es el Estado el que tiene derecho a atribuir la nacionalidad de los individuos. Después, al establecer los estándares en caso de doble nacionalidad, la Corte postula la

¹ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-46.html>.

preferencia a la real y efectiva nacionalidad. La postura de la CIJ, más que formal, es sociológica, pues analiza la relación real, efectiva y duradera del Estado con un ciudadano. Sin duda, este fue el parámetro durante el siglo XX; aunque, en momento de globalización, en donde el movimiento migratorio se ha intensificado, sería muy difícil ceñirse a tales estándares.

Sin embargo, no hay duda de que el caso *Nottebohm* sigue siendo un parámetro para discutir la nacionalidad de individuos concretos (por ejemplo, en caso de *Fujimori*, expresidente de Perú).

Incluimos en este capítulo el caso *Avena*, que ventiló ciertos aspectos de la protección consultar contenida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, no obstante que la CIJ no consideró que en dicho caso se pueda tomar tal como integrante de los derechos humanos, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que con la Opinión consultiva 16/99, del 1 de octubre de 1999, determinó que sí era parte de los derechos humanos individuales.

Es una falla manifiesta de apreciación de la CIJ, pero el valor que tiene el caso *Avena* es indudable, pues es un punto de referencia para el derecho interno en materia de derechos humanos de los extranjeros.

Por otra parte, *Avena*, como fue también en el caso *Nicaragua*, es un claro ejemplo de que aplicar una sentencia contra Estados Unidos es bastante difícil, si no imposible. Fue patético ver cómo una potencia con intereses mundiales, supuestamente respetuosa del derecho internacional, como los Estados Unidos, en lugar de enmendar la plana, el 7 de marzo de 2005 denunció el Protocolo Facultativo sobre la jurisdicción obligatoria de la Convención de Viena. Sabemos bien que el derecho internacional y las sentencias de la CIJ son obligatorios para el Estado, y que no se puede alegar la existencia de una norma interna para desvincularse del orden jurídico internacional. Evidentemente, la postura de Estados Unidos debilita el derecho internacional, pues es una potencia con intereses globales, y no tendría que estar ni actuar fuera de la legalidad internacional.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

PERÚ VS. COLOMBIA: EL CASO DE VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE ASILO EN LA PRÁCTICA LATINOAMERICANA

Paola A. HERNÁNDEZ OZUNA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Víctor Raúl Haya de la Torre: su influencia política en Perú y Latinoamérica*. III. *La influencia latinoamericana en el derecho de asilo como institución en el derecho internacional*. IV. *El derecho de asilo en el siglo XXI*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de asilo es una institución del derecho internacional que a través de la práctica ha formado parte fundamental de las relaciones internacionales; sin embargo, su legitimidad y observancia no son homogéneas en todos los países del mundo. Imaz,¹ Chavarri Porpeta² y Gros Espiell³ señalan que el asilo, históricamente, se originó en el escenario europeo durante la Edad Media y hasta el siglo XVII, asentando sus raíces en el derecho canónico y en las relaciones diplomáticas. No obstante, como consecuencia de la consolidación del Estado moderno, este derecho paulatinamente dejó de ser observado debido a las contradicciones intrínsecas que generaban las nociones de soberanía, jurisdicción nacional y territorialidad.

El análisis del derecho de asilo, como producto de una práctica constante de los Estados, se enmarca en la costumbre internacional como fuente de

¹ Imaz, Cecilia, “El asilo diplomático en la política exterior de México”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México.

² Chávarri Porpeta, Raúl, “El derecho de asilo en Hispanoamérica”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 109, enero-febrero, 1960.

³ Gros Espiell, Héctor, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/27.pdf>.

normas y derechos en las relaciones internacionales y el derecho internacional. En este artículo se privilegiará la perspectiva de las relaciones internacionales, intentando establecer la importancia que tiene América Latina en la conformación regional de un tema que actualmente presenta desafíos a nivel global.

Nos centraremos en América Latina, porque es la región en donde han sido elaboradas algunas de las más importantes convenciones históricas⁴ que han asentado el derecho de asilo y sus supuestos esenciales para la propia región. El juicio presentado ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en 1950 por Colombia y Perú, referido al caso Haya de la Torre,⁵ nos ayudará a enmarcar y emplazar el contexto histórico en el cual el derecho de asilo se consolidó como una práctica importante en la región latinoamericana.

El asilo, como figura jurídica, tiene dos acepciones: el asilo diplomático y el asilo territorial,⁶ siendo este último la característica esencial de la figura del refugio, que actualmente es la única reconocida a nivel internacional (Convención de los Refugiados de 1951),⁷ pero en la que no vamos a ahondar en este documento.

Para justificar el particular desarrollo latinoamericano del derecho de asilo nos ayudaremos de conceptos constructivistas.⁸ Asimismo, haremos un breve recorrido por los argumentos presentados por ambos países en el seno de la CIJ y, finalmente, reflexionaremos acerca de los desafíos actuales para el entendimiento y la práctica del derecho de asilo.

⁴ 1. Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889); 2. Convención sobre Asilo (La Habana, 1928); 3. Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933); 4. Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939); 5. Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940); 6. Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); 7. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, C. R., 1969), y 8. Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 1981).

⁵ Los documentos oficiales del caso son: *Prèmière partie. Requête introductive d'instance et pièces de la procédure écrite; Mémoire présenté au nom du Gouvernement de la République de Colombie; Accord du 31 Août 1949*, disponibles en: <http://www.icj-cij.org/fr>.

⁶ Establecidas abiertamente en la Convención de Caracas de 1954 (sobre asilo diplomático y sobre asilo territorial), disponibles en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp y <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D28.pdf>.

⁷ A diferencia del derecho de asilo, que solamente es reconocido en América Latina a través de ordenamientos jurídicos.

⁸ Institución (Wendt, 2009), estructuras normativas e ideacionales (Onuf, 1998), (Porcelli, 2013) (Hopf, 1998) y legitimidad (Ian Hurd, 2009).

II. VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE: SU INFLUENCIA POLÍTICA EN PERÚ Y LATINOAMÉRICA

La década de 1920 fue clave para la participación de Haya de la Torre en la vida política del Perú. Para ese momento, el ideólogo ya había tenido los primeros acercamientos intelectuales al pensamiento de Manuel González Prada,⁹ que se convirtió en un líder ideológico que lo acercó a la crítica social.¹⁰ En 1923 fue exiliado por su participación en la formación de movimientos políticos y sociales que demandaban derechos y libertades al régimen político establecido por Augusto Leguía.¹¹ En esta etapa, Haya de la Torre “presidió el nacimiento de la Federación de Trabajadores de Tejidos del Perú, organización que constituiría la fuerza más poderosa del movimiento laboral peruano [así como la] creación, en 1921, de la Universidad Popular González Prada”.¹²

Durante su exilio vivió de manera itinerante en países como México, la Unión Soviética y París, desde donde no dejó de lado su rol político, y, al mismo tiempo, se nutrió de las ideas y procesos histórico-políticos que observaba

⁹ Nació en 1844 y murió en 1918. Destacó por ser un pensador y escritor que señaló abiertamente las desigualdades que imperaban en la sociedad peruana de su tiempo. Aunque pasó la primera parte de su vida viviendo en Chile, durante la Guerra del Pacífico (1879-1883) defendió el frente peruano y se convirtió en el “más corrosivo agitador de la conciencia nacional, del sentimiento antichileno... y del ataque frontal a todo el establishment peruano: el ejército, el clero, las clases dirigentes, los intelectuales conformistas... Funda, con un grupo de jóvenes seguidores, el Círculo Literario, que en 1891 se convertiría en el Partido Unión Nacional, de tendencia radical... Hacia 1896 hace amistad con [Miguel de] Unamuno y entra en contacto con los anarquistas catalanes. —A su regreso a Lima— se dedica a apoyar el naciente movimiento obrero y funda en 1898 los periódicos *Germinal* y *El Independiente*... desde donde lanza constantes ataques contra la Iglesia, los sectores conservadores y la oligarquía terrateniente... En sus planteamientos [a favor de los indígenas] están las semillas del movimiento indigenista, cuyas manifestaciones en el pensamiento, la política, la literatura y las artes serían trascendentes en el siglo XX”. En Oviedo, José Miguel, “Manuel González Prada”, *Letras Libres*, 30 abril del 2001, disponible en: <https://www.letraslibres.com/mexico/manuel-gonzalez-prada>.

¹⁰ Stein asegura que como producto de su acercamiento a las ideas del líder intelectual inconformista, Manuel González Prada, y llevado por su ensayo sobre el rol del intelectual como guía de los trabajadores, Haya de la Torre comenzó a experimentar una conciencia social y a sentirse capaz de instruir a las masas para transformar al más humilde trabajador en un colaborador consciente. Cfr. Stein, Steve, “El APRA, los años de formación”, *Histórica*, vol. VI, núm. 1, julio, 1982, p. 89.

¹¹ Estuvo al frente de la presidencia del Perú en dos ocasiones: 1908-1912 y 1918 a 1930. Se le atribuye la industrialización de la capital peruana, pero también la restricción de las actividades civiles de oposición y libertad de expresión. Fue derrocado por un golpe militar en 1930.

¹² La Universidad popular fue clausurada en 1924. Steve Stein, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

en los países de acogida.¹³ Fue en 1924, durante su estancia en México, cuando dio forma a la Alianza Popular Revolucionaria (APRA), que con el tiempo “se convertiría en la fuerza política más significativa en el Perú desde la década de 1930 [cuando Haya de la Torre buscó la presidencia, hasta] 1980”.¹⁴

La etapa histórica que concierne a los años veinte latinoamericanos fue importante para la producción de pensamiento, debido tanto a las experiencias de la Primera Guerra Mundial como a la influencia creciente de Estados Unidos y las experiencias revolucionarias en países de la región, como México. Según Patricia Funes, “los años veinte son años de tránsito... La relativización de Europa como faro de cultura, y la oposición a las agresivas políticas militares de Estados Unidos sobre la región, fueron recortando la silueta de problemas e inquietudes comunes en América Latina”.¹⁵

Desde 1931 hasta 1948, el aprismo fue perseguido y casi obligado a permanecer en la clandestinidad debido a las convulsiones políticas que se desarrollaron en medio de golpes de Estado y encarcelación de opositores políticos, encarcelación que el mismo Haya de la Torre experimentó entre 1932 y 1933.

Fue en enero de 1949, durante un nuevo intento de captura del gobierno golpista de Manuel Odria,¹⁶ cuando Haya de la Torre decidió solicitar asilo a la embajada de Colombia, generando con aquel acto una desavenencia diplomática que terminó con la presentación del caso, en ese mismo año, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

1. *Perú y Colombia en la Corte Internacional de Justicia.* *El caso Haya de la Torre y su resolución*

En el sistema internacional organizado, la Corte es la instancia judicial en la cual las naciones presentan sus diferendos y buscan resolverlos

¹³ No debemos olvidar que en México se estaban consolidando los pilares de la Revolución mexicana, y la Unión Soviética también experimentaba las transformaciones provocadas por la Revolución bolchevique.

Durante su estancia en México fue recibido y cobijado por José Vasconcelos, que era, ya para ese momento, un pensador y filósofo importante que tenía una visión particular de América Latina y su “raza cósmica”.

¹⁴ “Los inicios del APRA datan de 1919 cuando Haya de la Torre comienza a colaborar política y socialmente con grupos laborales urbanos que más tarde constituyeron las bases populares de su movimiento”, en Stein, Steve, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵ Vega Amigo, Mercedes (coord.), *La búsqueda perpetua: lo propio y lo universal de la cultura latinoamericana*, vol. 2, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2011, p. 137.

¹⁶ Desde 1948 se había acusado directamente a Haya de la Torre y al APRA de organizar y dirigir una rebelión, así como actos terroristas para desestabilizar al gobierno.

de manera pacífica. Algunos países de América Latina¹⁷ han utilizado, en diversas ocasiones y motivos, este espacio dando cuenta de la importancia que tienen las instituciones internacionales en la región, sobre todo en el terreno de la política exterior, ya que éstas a veces fungen como herramientas para equilibrar y limitar los mecanismos de poder y control asimétricos en el continente.

Aunque la mayoría de los casos presentados por Latinoamérica se deben a problemas de delimitaciones territoriales, obtención de territorios, enconos ambientales y políticos,¹⁸ también han existido otros que, de manera directa e indirecta, han repercutido en la discusión de temas que a largo plazo han dejado una huella para el derecho internacional americano.¹⁹

En el caso de las divergencias interpretativas que surgieron entre Perú y Colombia en 1950, fue el tema del derecho de asilo diplomático el que provocó que ambos Estados recurrieran a la asistencia de la Corte. Los motivos: la persecución política de la que era objeto Haya de la Torre; la interpretación unilateral de la figura del asilo diplomático y las tensiones políticas de la época. Este caso es una muestra del peso de los factores económicos, sociales, culturales y políticos en el proceso de toma de decisiones alrededor del tema y en la interpretación de categorías jurídicas.

Víctor Raúl Haya de la Torre estuvo refugiado en la embajada de Colombia desde enero de 1949 hasta 1955.²⁰ Los alegatos presentados por los dos países acerca de su visión de lo que debería ser el derecho de asilo dieron paso a una interesante discusión, que derivó en el esfuerzo constante por delimitar y clarificar los elementos de una práctica latinoamericana, que necesitaba contornos legales más firmes para su observancia y positivización.

En el siguiente cuadro explicativo se condensan las etapas del conflicto bilateral, así como los argumentos simplificados presentados por ambas partes en sus demandas ante la Corte:

¹⁷ La mayoría de los países de América Latina y el Caribe reconocen la capacidad de la Corte para conocer los casos a través de la firma del Estatuto de la Corte, su reglamento y la Carta de Bogotá (1948).

¹⁸ Siete casos de delimitación territorial, uno de acceso a una salida al mar, un caso en materia de relaciones diplomáticas, un caso ambiental, un caso de derechos de navegación y conexos, disponible en: <http://www.icj-cij.org/fr/liste-des-affaires>.

¹⁹ En este sentido, hay que recordar el caso el caso de Haya de la Torre (Colombia vs. Perú, 1950), el caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala, 1953), el caso de Nicaragua en contra de Estados Unidos (1979) y el caso Avena (México vs. Estados Unidos, 2003), sólo por mencionar algunos de los más emblemáticos.

²⁰ *Ibidem*, p. 176.

<i>Hechos</i>	
<i>Colombia</i>	<i>Perú</i>
1) 4 de enero de 1949, el embajador de Colombia comunicó al gobierno peruano del asilo concedido a Haya de la Torre y se solicitó la expedición de un salvoconducto para que el asilado saliera del país.	1) Diez días después de la segunda notificación, el gobierno de Lima se negó a conceder el salvoconducto y a reconocer a Haya de la Torre como refugiado político.
2) 14 de enero 1949, informó que al asilado se consideraba un refugiado político.	2) Colombia consideró que no se le podía otorgar el asilo porque los actos delictivos por los que se acusaba a Haya de la Torre eran del fuero común.
3) Colombia consideró que tenía el derecho de otorgar asilo y calificar el delito de Haya de la Torre como político según el Acuerdo Bolivariano de 1911 (relativo a la extradición); la Convención de La Habana de 1928 (relativa al asilo), ²¹ y la Convención de Montevideo de 1933 (relativa al asilo).	3) El gobierno peruano consideró que Colombia estaba calificando <i>unilateralmente</i> el caso sin suficientes bases legales.

El 31 de agosto 1949, mediante acuerdo bilateral, se decidió someter el caso a la CIJ.

La decisión bilateral para someter el caso a la jurisdicción de la CIJ se basó en cuatro razones fundamentales: 1) el agotamiento de las etapas de negociación bilateral; 2) el peso de Haya de la Torre en la vida política de Perú; 3) el interés del gobierno colombiano por salvaguardar la integridad física de Haya de la Torre, y 4) el prestigio de la CIJ para dirimir el conflicto pacíficamente.

La pertinencia de calificar unilateralmente qué era el derecho de asilo diplomático y a quién se le otorgaba, así como el reconocimiento de una costumbre regional, fueron los temas alrededor de los cuales giraron las discusiones bilaterales en el seno de la Corte.

²¹ El artículo 2 establece que “el agente diplomático, al frente de un navío de guerra, campo o aeronave militar, debe, inmediatamente después de haber concedido el asilo, de dar aviso al ministro de Relaciones Exteriores del cual salió el refugiado”. Traducción de los autores. Cfr. CIJ, “Asylum (Colombia v. Peru)”, reconvencción, *Memorial presentado por el gobierno de la República de Colombia*, 10 de enero de 1959, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/8898.pdf>.

El conflicto diplomático dio cuenta de que la interpretación de una figura jurídica no siempre se dirigirá por los mismos caminos, sobre todo si hay factores de peso externos (contexto internacional) e internos (contexto nacional) que lo dificulten. En los alegatos en la CIJ y en la resolución del caso se impusieron las nociones tradicionales de soberanía nacional, que limitaron la aplicación de convenciones internacionales de las que los Estados involucrados eran parte.

A continuación se presentan, de manera concreta, los argumentos esenciales que ambos países expresaron en el seno de la Corte a través de sus representantes legales.

<i>Argumentos en la Corte</i>	
— Colombia consideraba que el asilo era reconocido por ambos gobiernos como una tradición y costumbre regional.	— Perú aseguraba que Colombia no podía calificar unilateralmente el delito por el que se acusaba a Haya de la Torre. ²²
— Tenía la capacidad de reconocer la naturaleza del delito de forma unilateral. ²³	— Acusaba a Haya de la Torre como delincuente del fuero común debido a los actos terroristas que había cometido
— Hizo un llamado a respetar las consideraciones de 1898, 1911, de 1928 y 1933.	— Señaló que Colombia no ratificó la Convención de 1898.
— Sostuvo que el principio de calificación unilateral del asilo era un principio consuetudinario que obligaba a Perú aunque este país no fuera parte de la Convención. ²⁴	— Reconoció como válida solamente la Convención de 1928, en donde nada se señalaba de la calificación unilateral del asilo y la obligación del Estado territorial de conceder el salvoconducto.
— Consideraba que a imposibilidad de calificar el delito obstaculizaba el ejercicio del derecho de asilo y vulneraba la seguridad del refugiado. ²⁵	

²² Según el gobierno peruano: “La calificación del asilado como delincuente político o común queda a la apreciación del Estado asilante y del territorial, siendo inaceptable el criterio de la calificación unilateral”. Chávarri Porpeta, Raúl, *op. cit.*, p. 184.

²³ Debido a la práctica y el establecimiento del derecho de asilo en América, el Estado que otorga el asilo tiene la facultad de calificar la naturaleza del delito imputable al refugiado. Destaco que esta facultad es la base misma del derecho de asilo en la región, *cfr. ibidem*, p. 14.

²⁴ Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 81.

²⁵ *Idem*.

— Consideraba al derecho de asilo como parte de la costumbre internacional, que es una fuente de derecho internacional (<i>consensus gentium</i> ²⁶ de los Estados americanos). ²⁷	

* Figura 4. Elaboración propia con base en la información contenida en el sitio oficial de la CIJ.²⁸

En los argumentos anteriores, es visible que las determinaciones de carácter político fueron influenciadas por el carácter disímil de los gobiernos y por un contexto internacional y regional caracterizado por la presencia hegemónica de Estados Unidos, que en esos momentos de posguerra buscaba combatir y evitar el asentamiento del comunismo internacional.

2. 1951: la determinación de la CIJ

Las cuestiones que guiaron las discusiones, los argumentos y las determinaciones de la Corte fueron las siguientes: ¿de acuerdo con las obligaciones (1911 y 1928), Colombia puede calificar unilateralmente la naturaleza del delito? y Perú, como Estado territorial, ¿está o no obligado a dar las garantías necesarias para que el refugiado salga del país?

En las consideraciones de su fallo se estableció que

- 1) El gobierno de Perú no pudo demostrar que Haya de la Torre hubiera cometido delitos de carácter común, y sí, por el contrario, como lo sostuvo Colombia, eran conductas delictivas de carácter político.
- 2) Señaló que el gobierno de Colombia no tenía derecho de calificar unilateralmente el delito.
- 3) Consideró que Perú no estaba obligado a concederle a Colombia el salvoconducto para que Haya de la Torre saliera del país.

²⁶ En referencia a la sociedad internacional y sus relaciones, no se considera una voluntad unánime (de todos los actores), sino una voluntad general (del grupo de actores en conjunto), *cfr.* Jiménez Piernas, Carlos, *El derecho internacional contemporáneo: una aproximación consensualista*, Washington, OEA, p. 30, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVII_curso_derecho_internacional_2010_Carlos_Jimenez_Piernas.pdf.

²⁷ Colombia v. Peru, reconvencción, Memorial presentado por el gobierno de la República de Colombia..., *cit.*, p. 14.

²⁸ Disponible en: <http://www.ijc-cij.org/files/case-related/7/007-19491015-APP-1-00-FR.pdf>.

- 4) Afirmó que la cláusula de la Convención de La Habana no era aplicable al caso.
- 5) Determinó que el gobierno del Perú era el que en último término debía calificar la naturaleza del delito.
- 6) Consideró que el gobierno de Colombia no estaba obligado a entregar a Haya de la Torre a las autoridades del Perú.

En la sentencia final, del 3 de enero de 1951, la CIJ llamó a las partes a la solución de su diferendo de manera pacífica, y se ordenó, al mismo tiempo, que el asilado fuera entregado al ministro de justicia del Perú. Posteriormente, Haya de la Torre fue conducido al aeropuerto con decreto de expulsión hacia México.

Esta sentencia, aunque fue negativa para las demandas de Haya de la Torre y para las posiciones colombianas, fue un primer paso que impulsó una codificación posterior (en las Convenciones de Caracas de 1954) que delimitara los bordes jurídicos e incluso políticos del derecho de asilo en la región.

En el desarrollo y conclusión del caso se evidenció no sólo la necesidad de proteger las actividades políticas disidentes dentro de los países de la región y a quienes las ejercían, sino que, posteriormente, se intentó institucionalizar esta protección a través de una figura jurídica reconocida por medio de instrumentos legales. Sin embargo, la ambigüedad en la interpretación y la inevitable influencia en la vida política, económica y social de las elites de poder debilitarían su observancia.

La codificación del derecho de asilo fungía, aunque no todos los Estados lo reconocían así, como un ejercicio con dos objetivos: primero, para ejercer en la práctica la autonomía en la toma de decisiones y la autodeterminación de sus gobiernos, y, segundo, evitar —en la medida de lo posible— los conflictos entre los mismos latinoamericanos como consecuencia de las inestabilidades políticas que se vivían en el subcontinente.

Finalmente, cabe destacar que aunque la argumentación de Colombia y Perú, así como la decisión emitida por la Corte, no se dirigían expresamente a permitir la transición hacia una visión más integral del derecho de asilo, las discusiones y análisis posteriores que este caso provocó, llevaron paulatinamente a realizar esfuerzos jurídicos reales para codificar esta figura jurídica.

III. LA INFLUENCIA LATINOAMERICANA EN EL DERECHO DE ASILO COMO INSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional es un sistema jurídico específico con principios y categorías propios,²⁹ que persigue el equilibrio en un ambiente de asimetrías en las relaciones entre Estados.

El asilo³⁰ forma parte de una de las instituciones fundamentales del derecho internacional, aunque, por las particularidades de cada Estado en su interpretación y aplicación, no ha gozado de la misma legitimidad en todos los tiempos y lugares. De esta manera, debemos señalar “su permanente transformación y... mutaciones de acuerdo con los cambios que ocurren en las relaciones internacionales”.³¹

Hay tres características a destacar del derecho de asilo: 1) es un derecho ejercido por el Estado soberano que recibe al asilado o asilada en su territorio o legación diplomática; 2) el asilo (territorial o diplomático) depende, sobre todo, del grado de protección que se otorgue al individuo, y 3) “es una categoría fronteriza entre lo jurídico (tipificación de delitos) y lo político (soberanía, territorialidad, intervención, no intervención, etc.)”.³²

Dese el siglo V d. C. y hasta el siglo XVIII,³³ el asilo fue básicamente una práctica relacionada con la religión, ligada al carácter inviolable de los

²⁹ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 8.

³⁰ Hay dos tipos de asilo: el territorial, que se refiere a la protección que proporciona el Estado (de acogida) en su propio territorio, y el diplomático, que otorga protección a un perseguido (político) en una misión diplomática acreditada en el Estado en donde el individuo es perseguido.

“Asilo” proviene del griego *asylao*, formado por la partícula privativa *a*, y el verbo *sylao*, que significa violentar, devastar= sin captura, sin violencia, sin devastación. También tiene una acepción en latín (*asilum*), que se refiere a un lugar inviolable, en donde no puede ejercerse la persecución. Cfr. Imaz, Cecilia, *op. cit.*, p. 53.

Es indispensable establecer la diferencia real y jurídica que existe entre asilo y refugio, que depende, sobre todo, del grado de protección al individuo.

³¹ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*

³² Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *El asilo jurídico. Análisis histórico y perspectivas a futuro*, tesis de licenciatura, México, Universidad de las Américas Puebla, Escuela de Ciencias Sociales, mayo, 2005, disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/cornejo_c_ar/indice.html.

³³ La ley belga de 1856 reconoció la protección de delincuentes políticos. Cfr. Montoro Ballesteros, Alberto, “En torno a la idea de delito político (notas para una ontología de los actos contrarios al derecho)”, *Anales de Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, núm. 18, 2000, pp. 141 y 142.

lugares sagrados.³⁴ Sin embargo, como consecuencia de la disolución del poder de la Iglesia³⁵ y la consolidación de los Estados modernos europeos, el derecho de asilo se ejerció a través de la autoridad soberana que comenzó a residir en el Estado.

En el caso de América Latina, la codificación del derecho de asilo en tratados y convenciones comenzó con la consolidación de los procesos de independencia. A continuación, en la figura 1, se presenta un cuadro-resumen, en donde se observan los alcances del asilo en la región³⁶ desde mediados del siglo XIX y finales del siglo XX.

<i>Convención</i>	<i>Año/país</i>	<i>Artículos</i>
Tratado de No Extradición por Delitos Políticos	1823, Colombia-México Bilateral	Primer ordenamiento en América Latina que incluye la imposibilidad de extradición para aquellos delinquentes políticos, de orden militar o conexos.
Conferencia sobre Asilo Diplomático	1867, Lima	Se buscó la reglamentación del derecho de asilo, aunque no se estableció ningún convenio formal.
Tratado de Derecho Penal Internacional (Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado)	1889, Montevideo Multilateral ³⁷	Se define al asilo como una prerrogativa otorgada por motivos políticos.
Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo	1902, México	Se despolitizó a los asesinos y los atentados contra los jefes de Estado extranjeros (Influencia Ley Belga, 1856).

³⁴ “Los orígenes del derecho de asilo son religiosos; hasta bien entrada la Edad media, el profundo respeto a la religión y a sus normas, hizo que los delincuentes que por una u otra razón lograban penetrar en una iglesia, convento o cualquier otra institución religiosa estaban a salvo de ser apresados mientras permanecieran en ellas, ya que se habría juzgado una profanación a la santidad del lugar, cualquier ejercicio de la fuerza pública dentro de él”, Chávarri Porpeta, *op. cit.*, p. 177.

³⁵ Tratado de Westfalia, 1648.

³⁶ Estados Unidos y Canadá, a pesar de ser parte del sistema interamericano, no reconocen las convenciones sobre el asilo; algo similar ocurre con los países del Caribe (*Commonwealth*).

³⁷ Firmado por Argentina Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Fue denunciado por Perú.

Convención sobre Asilo	1928, La Habana Multilateral	Directrices generales en las cuales se reconoce y otorga el asilo. No distingue entre asilo territorial y asilo diplomático. Se establece que los asilados no pueden practicar actos contrarios a la tranquilidad pública.
Convención sobre Asilo Político ³⁸	1933, Montevideo Multilateral	Modifica la Convención de La Habana. La calificación de delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo.
Proyecto de Convención sobre Derecho de Asilo/ Jurista argentino Saavedra Lamas	1937, Sociedad de Naciones	Sólo encontró respuesta en el ámbito subregional que preconizó la firma del acuerdo de 1939 en Montevideo.
Tratado sobre Asilo y Refugio Político ³⁹	1939, Montevideo Multilateral	Determina los delitos políticos y concurrentes o conexos en los que no procede la extradición.
Convención sobre Asilo Territorial Convención sobre Asilo Político (X Conferencia Interamericana)	1954, Caracas ⁴⁰ Multilateral	El asilo territorial puede concederse cuando se habla de personas perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados delitos políticos.

³⁸ Define al asilo político como una institución humanitaria que no está sujeta a reciprocidad.

³⁹ Firmado por Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Sólo fue ratificado por Paraguay y Uruguay.

⁴⁰ Diferencia entre asilo territorial y diplomático. Se define el término “legación” como sede de toda misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para la habitación de los asilados... En los artículos 5o., 6o., y 7o. se resuelve la duda sobre lo que se debe entender por urgencia y a quién corresponde apreciar si el caso concreto es urgente o no; en los artículos 9o. al 17 y en el 19 se da primordial importancia a las garantías de seguridad del asilado. México hizo reserva de los artículos 9o. y 10o. por contravenir las garantías individuales consignadas por la Constitución, en Imaz, Cecilia, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

También hubo omisiones: la no devolución, el traslado a un tercer Estado y el no rechazo en la frontera.

Convención Interamericana de Derechos Humanos ⁴¹	1981, Costa Rica Multilateral	Prevé la posibilidad de asilo territorial en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos.
Declaración de Cartagena	1984, Colombia Multilateral	Extiende el concepto de refugiado de la convención de 1951, e incluye a los refugiados económicos.

* FIGURA 1. Elaboración propia.

“El asilo no puede entenderse como un derecho a ingresar a cualquier país ni como derecho a permanecer en un país con el que no se tienen lazos de nacionalidad o residencia legal”.⁴² Por lo tanto, aun con el desarrollo de los derechos humanos en América Latina y en el mundo, el asilo es una figura controlada por los Estados, y es asumida (y reconocida) como un derecho fundamental en el ejercicio de su soberanía. Lo anterior no quiere decir que no se reconocen los derechos de los individuos a solicitar y, en su momento, a gozar de esta prerrogativa; pero debido a que es un tema que puede cuestionar la soberanía y el ejercicio de poder de otros Estados, los filtros para otorgarlo siguen siendo restrictivos e interpretados a la luz de nociones como la seguridad estatal, las relaciones diplomáticas y los derechos soberanos.

1. *La interpretación latinoamericana del asilo diplomático*

América Latina es una región heterogénea, que al mismo tiempo tiene una identidad propia en la interpretación de ciertas figuras jurídicas, como el derecho de asilo. La región ha producido sistemas específicos que responden directamente a los intereses, metas, objetivos e interpretaciones del momento histórico regional.

La interpretación y práctica latinoamericana del asilo diplomático ha dependido de las particularidades históricas condicionadas por su posición en el sistema internacional y las singulares experiencias endógenas por las que ha transitado cada país.

⁴¹ Estados Unidos, Canadá, Cuba y otros países del Caribe no son parte de esta convención, en Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 50.

⁴² Cuéllar, Roberto, “Prólogo”, *op. cit.*, p. 50.



* FIGURA 2. Elaboración propia con base en conceptos constructivistas (Held, Onuf y Hurd).

Desde una perspectiva constructivista, el asilo diplomático como institución (internacional) es producto de una práctica y un comportamiento recurrente, observado por los miembros de una comunidad, en este caso Latinoamérica.⁴³ Como institución, no sólo es fuente de normas prescriptivas o regulativas, sino de normas constitutivas que cumplen dos funciones principales: 1) dotar de identidad a los miembros de una comunidad y, por otro lado, 2) establecer valores y principios de conducta que deben ser observados por los miembros de esa comunidad. Ambos tipos de normas forman una estructura normativa e ideacional.⁴⁴

Alexander Wendt ha insistido en que “el concepto de institución... hace referencia a una estructura o «*set*» de identidades e intereses [...] estructura que se codifica a menudo en reglas formales y normas que sólo adquieren fuerza en virtud de la socialización de los actores y de la participación en el conocimiento (aprendizaje) colectivo”.⁴⁵

⁴³ Aunque Latinoamérica no se toma como una categoría conceptual totalizadora, al menos en el plano del entendimiento y observación de ciertas instituciones y costumbres, hay una generalización que se comparte entre varios miembros. A pesar de las diferencias inherentes en los países, los estudiosos del asilo en el subcontinente prefieren generalizar el análisis refiriéndose a la “institución del asilo en América Latina”.

⁴⁴ “Las estructuras normativas e ideológicas... son pautas de conducta social sostenidas que se producen y reproducen a través de las acciones de los agentes. [Así,] el comportamiento se encuentra regido por normas —y— las normas colaboran en el desarrollo de las identidades e intereses —pero también— condicionan y limitan las estrategias y acciones emprendidas por los Estados en la búsqueda de sus intereses”. Porcelli, Emmanuel, “Lo esencial es invisible a los ojos. El constructivismo en las relaciones internacionales”, en Llenderrozas, Elsa (coord.), *Relaciones internacionales. Teorías y debates*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 63.

⁴⁵ Orozco Henao, Lina María, “Aproximación al constructivismo y al posmodernismo desde el concepto de institución”, *Perspectivas Internacionales. Ciencia Política y Relaciones Internacionales*, Bogotá, año 2, núm. 4, julio-diciembre, 2006, p. 52. Cursivas propias.

El asilo diplomático funciona en la práctica como una norma constitutiva —debido a la interiorización de la figura en la práctica jurídica latinoamericana— asentada en derecho internacional consuetudinario. Esta interiorización forma parte de la identidad⁴⁶ internacional o subjetividad internacional de América Latina. Es una práctica particularizante que produce significados funcionales que le dan una legitimidad regional.

En ocasiones, el elemento geográfico es un pilar importante para la formación y consolidación de costumbres e identidades, ya que será el espacio en el que un constructo social se desarrolle y será, también, la fuente de especificidades. Sin embargo, son las imágenes construidas del mundo las que generarán significados, valores y principios que tenderán a construir actitudes reflejadas en pautas de conductas legítimas, que no sólo prescribirán ciertas acciones, sino que le darán un significado constitutivo al contexto en el que se desenvuelve el agente. En este sentido, “el significado no [será] meramente descriptivo sino constitutivo”,⁴⁷ reduciendo con la práctica social, la internalización y la institucionalización, la incertidumbre en un mundo anárquico e interdependiente.⁴⁸

Por lo tanto, la interpretación de la figura del derecho de asilo, aunque no haya nacido en la región, ha tomado cauces particulares como resultado de una concatenación de hechos históricos y contextos particulares, siendo fuente de un entendimiento propio de los límites y alcances del propio asilo en situaciones cambiantes.

El desarrollo de las realidades políticas en cada país, la debilidad de las instituciones y, a veces, las diferencias ideológicas, han sido las bases principales desde donde ha puesto en práctica el asilo diplomático. Esas características aportan un ingrediente abstracto a una figura que, como institución constitutiva del imaginario latinoamericana, parece incontrovertible.

⁴⁶ Entendida como un proceso de interacción social y de transformación constante que está en estrecha relación con los intereses de cada Estado.

⁴⁷ “Tiene una doble cualidad: es subjetiva (determinada por un autoconocimiento o autopercepción) e intersubjetiva (el significado sobre sí mismo depende, a menudo, de que la contraparte sostenga entendimientos correspondientes)”, en Vitelli, Marina, “Veinte años de constructivismo en relaciones internacionales. Del debate metateórico al desarrollo de investigaciones empíricas. Una perspectiva sin un marco de política exterior”, *Postdata. Revista de Reflexión y Análisis Político*, Buenos Aires, vol. 19, núm. 1, abril de 2014, disponible en: <http://www.revistapostdata.com.ar/2014/06/veinte-anos-de-constructivismo-en-relaciones-internacionales-del-debate-metateorico-al-desarrollo-de-investigaciones-empiricas-una-perspectiva-sin-un-marco-de-politica-exterior-marina-vitelli/>.

⁴⁸ Santa Cruz, Arturo, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ Hopf, Ted, “The Promise of Constructivism in International Relations Theory”, *International Security*, vol. 23, núm. 1, 1998, p. 178, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2539267>.

2. *Los cauces del derecho de asilo en América Latina*

“El ambiente convulsionado y los cambios abruptos de la situación política en América Latina explican por qué la región acepta sin mayor resistencia la institución del asilo... siendo objeto de aceptación consuetudinaria regional a manera de un convenio tácito entre los Estados”.⁴⁹

Aunque la efectividad y práctica del asilo diplomático fueron variadas a lo largo del siglo XX, son los años setenta los que representaron una realidad compleja para la institución del asilo como consecuencia de la persecución del comunismo, de la experiencia de la Revolución cubana y de la crisis de los misiles en 1962.

Las crisis de asilados y refugiados provocadas por la instauración de dictaduras militares en Sudamérica dieron lugar al reconocimiento de la institución del asilo en América Latina en una Conferencia sobre Asilo Diplomático, convocada por el secretario de las Naciones Unidas en 1975.⁵⁰ Sin embargo, también evidenció que el contexto y las formas de búsqueda de asilo y refugio estaban cambiando como consecuencia de una transformación del mismo sistema internacional y del continente.

En 1979 se conformó un Primer Seminario sobre la Protección Internacional en América Latina, organizado por la ACNUR, en donde se estimó necesaria la organización de un coloquio que discutiera las putas de acción, los retos y las necesidades en la región sobre los temas de asilo y refugio. No obstante, los años ochenta serían una prueba de fuego más grave para estos sistemas de protección y, sobre todo, para las capacidades de los países para acoger a los numerosos desplazados resultantes de los conflictos centroamericanos.⁵¹ Para reflexionar sobre la crisis centroamericana, se llevó a cabo un coloquio en México en 1981,⁵² y, posteriormente, nació la Declaración de

⁴⁹ Cornejo Cornejo, Alejandra Rosalba, *op. cit.*

⁵⁰ Imaz, Cecilia, *op. cit.*, p. 61.

⁵¹ “A partir de fines de la década de los setenta, la presencia masiva de refugiados adquirió en América Central proporciones inéditas] Durante la década de los ochenta, más de dos millones de personas fueron desarraigadas a causa de las encarnizadas guerras civiles que se libraron en El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Las comunidades más directamente afectadas por estos conflictos eran principalmente de comunidades rurales pobres... Además de los tres países arrasados por la guerra; Belice, Costa Rica, Honduras, México y EE UU, se vieron involucrados en el problema de los refugiados al acoger a un número importante de ellos, de solicitantes de asilo y de emigrantes”, p. 81, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996.pdf?file=l3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996>.

⁵² En donde se afirmó de manera categórica que la protección de los asilados y refugiados es parte integrante del derecho humanitario y de la protección internacional de los derechos humanos. Leonardo Franco (coord.), *op. cit.*, p. 33.

Cartagena de 1984,⁵³ la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos en 1989⁵⁴ y la Declaración de San José de 1994.

Todos estos documentos dan cuenta de la creación de nuevas categorías de protección de acuerdo con la modificación de los contextos y los desafíos regionales que se han presentado en América Latina, pero también tratan de armonizar el sistema de protección de los derechos humanos con la ampliación y regulación de figuras como el asilo y el refugio. Cuestiones históricamente importantes en América Latina debido a las convulsiones políticas y sociales que se creyeron extintas con la consolidación de la democracia, pero que en el siglo XXI expresan una complejidad mayor, que sin duda hay que atender.

No obstante, hay que hacer una anotación particular. Aunque el refugio sea una figura jurídica que se derivó de la práctica del asilo territorial, ahora cuenta con características muy específicas, que lo diferencian —en la letra y en la práctica— de las dos vertientes del asilo y de la migración. El asilo se otorga a un individuo en situación de vulnerabilidad; generalmente (aunque no exclusivamente) las causas son de carácter político. En el caso del refugio, la posibilidad de que un grupo más amplio entre en esta característica, por motivos de etnia, pertenencia religiosa, o por habitar en territorios afectados por conflictos político-militares o desastres naturales o económicos, es más común.

Aunque el objetivo en este artículo es analizar sólo el derecho de asilo, es conveniente señalar la intrincada relación que tiene con otras figuras jurídicas hacia las que se puede transitar; la particularidad de los casos a tratar dará las pautas para elegir una u otra.

⁵³ Que “constituye un enfoque regional innovador y creativo para garantizar protección a quienes la necesitan, va más allá de proponer una definición ampliada de refugiado. La Declaración de Cartagena parte del hecho que además de los refugiados reconocidos bajo la Convención de 1951, existen otras personas que requieren protección internacional... se refiere a la importancia de la adhesión a los instrumentos internacionales en materia de refugiados sin reservas y la adopción de mecanismos internos para su efectiva implementación; el carácter civil, apolítico y estrictamente humanitario de la concesión del asilo y el reconocimiento del estatuto refugiado; el respeto irrestricto del principio de *non-refoulement*; la importancia de utilizar correctamente el término refugiado y su diferenciación de otras categorías de migrantes; y los estándares básicos de protección y asistencia a los refugiados, particularmente en las áreas de salud, educación, trabajo y seguridad”. *Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*, pp. 23 y 26, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996>.

⁵⁴ En donde se reiteró la vigencia del derecho de asilo en la región en un documento jurídico denominado “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina”, *op. cit.*, p. 27.

IV. EL DERECHO DE ASILO EN EL SIGLO XXI

El mundo del siglo XXI es uno de escenarios complejos y paradójicos que hacen difícil el análisis de posibles soluciones a las crisis que enfrenta el derecho de asilo. Estructuralmente, vivimos en un mundo plagado de cambios e incertidumbres, que obligan a replantearnos el sentido y alcance de muchos supuestos sobre los que se desarrollan las relaciones internacionales.

El caso de la migración, el refugio y el asilo, conceptos y fenómenos que en muchas ocasiones se interrelacionan, han sufrido directamente las repercusiones de las olas de cambio en el mundo. No es posible equiparar los flujos de asilados o refugiados del siglo XX con los que suceden en el siglo XXI, ya que se han sumado una nueva serie de factores que están intrínsecamente condicionados por las fluctuaciones (en grado y características) de los efectos de la globalización. Entre esos nuevos factores pueden contarse los desplazamientos internos por catástrofes ambientales o conflictos internos causados por el crimen organizado o la lucha por el poder político; migraciones masivas por motivos económicos; crisis causadas por políticas migratorias restrictivas (repatriados, expulsados, deportados), entre otros.⁵⁵

El panorama ahora es más complejo y desafiante debido a las interpretaciones tradicionales del derecho de asilo, que se han dirigido, sobre todo, a individuos perseguidos por causas de tipo político.⁵⁶ Las grandes colectividades que solicitan asilo (en Europa, por ejemplo), y que provienen de grupos sociales vulnerables que tienen que huir de sus lugares de origen para sobrevivir, aunque es una característica que comenzaba a aparecer en el panorama político internacional a fines del siglo XX,⁵⁷ se han visto recru-

⁵⁵ “La escala de los grandes problemas comunes que agobian se ha hecho planetaria, ya se trate del crimen organizado, el terrorismo internacional, el deterioro del medio ambiente, las crisis económicas, la miseria que afecta a amplios sectores de la población de muchos países periféricos, las migraciones masivas o los conflictos bélicos, la interdependencia”, en Jiménez Piernas, Carlos, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁶ El caso más reciente es el asilo político que el gobierno de México le otorgó al expresidente boliviano Evo Morales. El golpe de Estado que lo obligó a renunciar y el desconocimiento de los resultados electorales por parte de la OEA y otros gobiernos latinoamericanos fueron algunas de las principales razones para acelerar la inestabilidad política al interior de Bolivia, y que justificaron la actuación del gobierno de México, que realizó las gestiones diplomáticas necesarias para salvaguardar la integridad física de Morales sacándolo del territorio, disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/11/11/actualidad/1573504978_938761.html.

⁵⁷ “La parte del siglo XX que nos ha tocado vivir y que ha sido singularmente violenta se caracteriza por ser el período de los desarraigados. Las guerras y muchos otros conflictos militares y políticos, la actitud despótica de muchos gobiernos, el surgimiento de nuevos Estados con cambios en las fronteras tradicionales, la lucha por la descolonización, han producido una

decidas en las primeras décadas del siglo XXI con la aparición de conflictos o crisis que no han conocido una solución integral hasta nuestros días.

La misión para la sociedad internacional y sus organismos está en tratar de encontrar los mecanismos más viables para la solución de problemas relacionados con el ejercicio del derecho de asilo en el mundo actual, sin perder de vista el respeto y desarrollo gradual de los derechos humanos.

1. *Desafíos actuales para el asilo y los efectos negativos de la globalización*

La globalización... designa la escala ampliada, la magnitud creciente, la aceleración y la profundización de impacto de los flujos y patrones transcontinentales de interacción social. La globalización remite un cambio o transformación en la escala de la organización humana que enlaza comunidades distantes y expande el alcance de las relaciones de poder a través de regiones y continentes de todo el mundo.⁵⁸

Aun cuando la velocidad de los intercambios y la interconectividad es creciente entre los grupos humanos, dentro del mismo proceso globalizador existen contradicciones y paradojas que remiten, sobre todo, a una creciente fragmentación de espacios políticos y sociales, así como el nacimiento-recrudescimiento de nacionalismos y movimientos xenófobos que dan cuenta de la quimera en la que se ha convertido la aldea global.⁵⁹

Ante estos nuevos escenarios, “la migración ha emergido, en los últimos años, como un crítico desafío político y de políticas en materias como integración, desplazamiento, migración segura y gestión de fronteras [por lo que] la gestión de movimientos de personas a través de las fronteras internacionales no puede ser alcanzada de manera unilateral por un solo Estado”,⁶⁰

corriente inacabable de miseria humana, de refugiados, de apátridas, de personas desplazadas. Al mismo tiempo, ha existido una mayor percepción y reconocimiento de los derechos humanos básicos”. Sepúlveda, César, *México ante el asilo. Utopía y realidad*, México, 1979, p. 9.

⁵⁸ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización/antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, España, Paidós, 2003, p. 13.

⁵⁹ “El entorno en el que se mueve el fenómeno de la globalización se caracteriza por una reordenación de las representaciones sociales... Paradójicamente, la mundialización expresa el final del universalismo al traer a escena gran diversidad de culturas y lanzar a los cuatro vientos el eco de múltiples manifestaciones culturales. En consecuencia, si bien es verdad que, gracias a la mundialización, compartimos cada vez más los mismos objetivos, también lo es que cada vez menos compartimos el sentido de las cosas”. Larochelle, Gilbert, “Las paradojas de la globalización”, *Revista Internacional de Sociología*, tercera época, núm. 37, enero-abril, 2004.

⁶⁰ *World Migration Report*, 2018, OIM, p. 140.

de ese modo, se hace necesaria una intensificación de la cooperación entre los organismos internacionales, las asociaciones civiles y los Estados (de destino, de origen y de tránsito).

Según el *World Migration Report 2018*, hay esencialmente cinco factores que en el nuevo siglo impiden el progreso en el establecimiento de un sistema más coherente de gobernanza de la migración internacional: 1) los efectos que podría tener sobre la soberanía estatal, la integridad de las fronteras, el crecimiento económico y las relaciones sociales; 2) la polémica y divisiones que generan las políticas de migración en el ámbito doméstico de los Estados, en lo que respecta a las oportunidades y problemas que este fenómeno genera; 3) cuando un Estado no tiene claro qué es lo que quiere alcanzar con sus políticas de migración, es difícil que se comprometa constructivamente con otros en foros internacionales; 4) la asimetría natural en el proceso de construcción de un sistema de gobernanza para la migración, resultante de las diferencias entre países de destino y de origen; 5) no hay un interlocutor que represente a los movimientos migrantes a nivel internacional debido a la heterogeneidad de éstos.

Si bien no todos los migrantes internacionales son solicitantes de asilo ni de refugio, las condiciones actuales de los flujos migratorios, por sus características cambiantes y cada vez más complejas, podrían modificar la perspectiva del asilo, tanto diplomático como territorial.

El escenario para el ejercicio del derecho de asilo en el mundo, pero también en América Latina, se ha hecho más complejo, sobre todo si atendemos a las dificultades domésticas que atraviesan muchos de los países de la región. Lo anterior ha obligado a muchos Estados latinoamericanos a endurecer sus políticas de atención de migrantes o posibles solicitantes de asilo y, sobre todo, su disposición a recibir en sus fronteras a grupos que huyen de crisis económicas, conflictos internos y hechos violentos. Visiblemente hay una debilidad institucional, que se suma a una porosidad fronteriza, que confluyen con una disyuntiva y un dilema moral al interior de un Estado (con reverberaciones en el prestigio internacional), que se desliza entre proteger las fronteras y la soberanía nacional y hacer efectivo el cumplimiento de los derechos humanos con base en principios humanitarios.

2. *Estatus general del derecho de asilo en América Latina*

Actualmente, América Latina es una de las regiones en donde confluyen intensos y complejos movimientos migratorios. Por una parte, hay Estados que históricamente se han convertido en el origen de cientos de

millones de migrantes que se desplazan, sobre todo a Estados Unidos; pero, también otros que se han convertido en países de tránsito, en donde se han establecido corredores migratorios fundamentales, y, por último, países de destino, ya que —algunos sin quererlo— se convierten en el hogar de muchos migrantes que ven obstaculizado el objetivo primordial por el cual migraron.

En 2017, según el ACNUR, hubo un aumento de refugiados y solicitantes de asilo procedentes del norte de Centroamérica

...Estados Unidos fue el primer país receptor de nuevas solicitudes de asilo, con 331.700... los solicitantes de esta zona representaron el 43% del total de solicitudes, alcanzando niveles que no se registraban desde la década de 1980. Los nacionales de El Salvador constituyeron la nacionalidad más representada, con 49.500 solicitudes (50% más que el 2016). Los nacionales guatemaltecos y hondureños fueron los grupos siguientes en número, con 35.300 y 28.000 solicitudes en 2017. Las solicitudes de nacionales venezolanos aumentaron un 63%, hasta 29.900... En 2017, también presentaron más de 50.000 solicitudes nacionales de México (26.100).⁶¹

Sin demeritar la gravedad de la situación en Sudamérica, debido al éxodo de venezolanos, existen también otros flujos que plantean serios desafíos en materia de asilo y refugio. Los migrantes provenientes del Triángulo del Norte (Honduras, Guatemala y El Salvador) traen aparejadas un cúmulo de dificultades, que no pueden resolverse de manera unilateral, debido a que son colectivos de migrantes que huyen de “las crecientes actividades de organizaciones criminales, el despojo de tierras, el reclutamiento forzado de menores, la violencia contra las mujeres y las violaciones de derechos humanos... hacen que el número de personas que quieren abandonar sus países aumente dramáticamente”.⁶²

La protección internacional de solicitantes de asilo y refugiados en Latinoamérica se enfrenta a nuevos retos. Las necesidades de protección de las víctimas de la persecución, la intolerancia, las violaciones de derechos humanos, la violencia y los conflictos coexisten con la exclusión social, la pobreza, el desempleo, la delincuencia organizada, la corrupción y la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo. Estas legítimas preocupaciones na-

⁶¹ Disponible en: <http://www.acnur.org/es-es/stats/globaltrends/5b2956a04/tendencias-globales-desplazamiento-forzado-en-2017.html>.

⁶² Kummetz, Pablo, “Asilo y migración en América Latina: límites difusos”, *Deutsche Welle*, 20 de junio, disponible en: <https://www.dw.com/es/asilo-y-migraci%C3%B3n-en-am%C3%A9rica-latina-l%C3%ADmites-difusos/a-39340284>.

cionales y regionales marcan la agenda internacional e influyen las políticas nacionales en materia de asilo.⁶³

Los caminos hacia los cuales se dirige América Latina en materia de asilo aún son muy inciertos, debido a una escalada inevitable en la complejidad del contexto económico, político y social, condicionado por las fluctuaciones del sistema financiero internacional, los cambios de gobierno y las reivindicaciones de la sociedad organizada, que demandan cambios fundamentales en sus países.

La propia realidad ha redireccionado las prioridades de los Estados y los propios individuos frente a figuras como el asilo. Actualmente, debido a la masificación de los flujos migratorios, y a sus distintas variantes —así como sus causas y consecuencias—, el asilo diplomático ha perdido su fuerza e implementación, con la excepción del otorgado al expresidente boliviano Evo Morales.

Aunque esta figura no ha desaparecido del todo, con el tiempo ha entrado en desuso, debido a las transformaciones históricas y estructurales contingentes, que obligan a una reconfiguración de las medidas migratorias y prioridades de cada uno de los países de la región. La consolidación de gobiernos conservadores en varios países latinoamericanos —Brasil, Chile, Perú, Ecuador— plantea un escenario nada halagüeño para los fenómenos migratorios, que impactarán directamente en los modos de interpretar el asilo (en sus dos vertientes: territorial y diplomático).

No obstante, tenemos que subrayar que el cambio de signo político en los gobiernos latinoamericanos es un asunto de importancia en el mantenimiento de figuras como el asilo diplomático. Por ejemplo, el caso que involucró a Ecuador, desde 2012, en un asunto de asilo diplomático (Julian Assange), es una prueba fehaciente de lo fácil que es que una figura jurídica pierda su estabilidad y neutralidad política ante cambios abruptos en la cúpula gubernamental del gobierno que lo otorga.⁶⁴

⁶³ *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, San José, Editorama, 2005, p. 18, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996>.

⁶⁴ Aunque desde 2012 Ecuador consideró a Assange como un perseguido político debido a sus actividades en *Wikileaks*, los países que tienen procesos abiertos en contra de Assange (a saber, Suecia y Estados Unidos) creen que es un delincuente del fuero común. No obstante, debemos recordar que el asilo que le fue otorgado a este personaje sucedió bajo la presidencia de Rafael Correa, y actualmente, el presidente Lenin Moreno estaría en la posibilidad de retirar el asilo como consecuencia de las presiones del gobierno estadounidense. Con lo anterior, se observa lo fácil que es que un problema aparentemente humanitario se

Finalmente, queda agregar que es la búsqueda de asilo territorial la que ha tomado protagonismo en América Latina, evidenciando que las problemáticas políticas de antaño están siendo trascendidas por nuevos fenómenos, que incluyen a un número de personas mayor, estableciendo con ello que la ayuda prestada por las representaciones diplomáticas ya no es suficiente para atender el problema.

V. CONCLUSIONES

El caso de Víctor Raúl Haya de la Torre, presentando por Colombia y Perú en el seno de la Corte Internacional de Justicia, aunque no fue la piedra de toque para consolidar la figura jurídica del asilo diplomático, permitió reflexiones posteriores acerca del tema, que se manifestaron en las Convenciones de Caracas de 1954, y ha fungido como una base de acción para las posteriores crisis que tuvieron importantes repercusiones en el ambiente político de América Latina en los años setenta, durante la Guerra Fría.

Si bien el problema de los movimientos masivos de personas, las deportaciones y las demandas colectivas de asilo son asuntos que quizá deberían resolverse con paradigmas diferentes y/o complementarios a los estatales, todavía nos encontramos ante medidas y regulaciones que observan nociones tradicionales de defensa de la soberanía y territorialidad, que complican la construcción de una resolución colectiva de los desafíos actuales.

En ese sentido, América Latina se encuentra ante una paradoja frente a la figura del asilo en sus dos vertientes: por un lado, es institución reconocida y sancionada en diferentes instrumentos legales regionales, pero, al mismo tiempo, es interpretada de manera distinta, resignificando, en la práctica, los compromisos con los derechos humanos y el derecho humanitario en defensa de fronteras soberanas seguras y leyes migratorias cada vez más rígidas.

Aunque en el pasado la región fue un bastión importante para el desarrollo y consolidación del asilo diplomático a través de una práctica más o menos generalizada entre los países de la región, los eventos coyunturales han subrayado con más fuerza el carácter cambiante de esa institución, que al tener una construcción social —generada en la práctica, interiorización e interacciones intersubjetivas— ha sido más vulnerable a las transformaciones históricas y estructurales (políticas, sociales y culturales) del mismo continente.

convierta en un asunto político, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/10/18/america/1539827361_712452.html.

Sin embargo, y a pesar de todos los desafíos actuales, América Latina tuvo un papel determinante en la configuración de los límites y alcances actuales del asilo. Esta papel ha quedado establecido en la elaboración de distintos documentos que han abonado al desarrollo del derecho internacional.

Ahora, en el siglo XXI, esas bases se han fortalecido con el desarrollo de los derechos humanos, pero paradójicamente no se han construido bases institucionales multilaterales que permitan hacer frente a crisis multidimensionales, no sólo políticas, que azotan a varios países de Latinoamérica, y que han puesto en entredicho el compromiso regional frente a figuras jurídicas aparentemente arraigadas, como la del asilo.

En fechas recientes, la “Caravana Migrante” proveniente de los países centroamericanos con graves problemas económicos, sociales y de seguridad, se ha convertido en un tema latente en la región latinoamericana, debido a los múltiples desafíos que representa para los distintos Estados involucrados y las respuestas que cada uno ha dado al problema que el movimiento en masa de estas personas representa.

En este sentido, es importante señalar el papel de México. Si bien en el pasado nuestro país se había distinguido por ejercer una política de asilo y refugio abierta, en el siglo XXI ha encontrado algunas dificultades (endógenas y exógenas) para cumplir a cabalidad lo que se considera una postura tradicional en materia de derecho de asilo, y, por lo tanto, sus compromisos internacionales señalados en las convenciones de las que es parte. El mayor desafío para la política exterior del gobierno actual es representado, sin duda, por la “Caravana Migrante”. Y esto es así por la importancia que tienen las relaciones con Estados Unidos, que han actuado como un punto de presión fundamental para la actuación de las autoridades en la materia.

Para sortear las críticas internacionales y justificar las acciones del gobierno, México ha implementado un plan de cooperación con los países del Triángulo del Norte centroamericano,⁶⁵ en donde se busca —a través de la inversión económica y el saneamiento de la estructura social— la reducción en el número de personas que salen de su país y atraviesan el territorio mexicano para dirigirse a Estados Unidos, aunque muchos de ellos decidan residir en México.

Otro hecho importante sucedió en 2019, y la política exterior de México también estuvo involucrada. En este caso, el asilo diplomático fue el tema fundamental por las características del personaje al que se le otorgó. La

⁶⁵ Plan de Desarrollo Integral para Centroamérica, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/462720/34.Hacia_un_nuevo_estilo_de desarrollo_Plan_de Desarrrollo_Integral_El.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/462720/34.Hacia_un_nuevo_estilo_de_desarrollo_Plan_de Desarrrollo_Integral_El.pdf).

existencia de las redes sociales y la cobertura del caso favorecieron no sólo el papel de México, sino la justificación de la acción de nuestro gobierno. La inestabilidad política boliviana, la forma en como se desarrolló la situación y la vulnerabilidad en la que quedaba el expresidente Evo Morales, fueron los detonantes para que el gobierno mexicano ofreciera esta opción.

Sin duda alguna, las perspectivas ante este hecho y ante el respeto al derecho de asilo se han transformado, no siempre para bien, debido a la complejidad del nuevo escenario nacional, regional e internacional, en donde se mezclan presiones externas, climas de desestabilización política y económica generalizada, descomposición social, inseguridad, ampliación del espectro poblacional que migra y aumento considerable en los contingentes que lo hacen.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Accord du 31 août 1949*. Sitio oficial de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/10848.pdf>.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- CARRILLO FLORES, Antonio, “El asilo político en México”, *Jurídica*, México, núm. 11, julio, 1979.
- CUERDA RIEZU y COBOS GÓMEZ LINARES, “Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo”, *Revista Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.
- CHÁVARRI PORPETA, Raúl, *El derecho de asilo político en Hispanoamérica*.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, “El derecho de asilo diplomático en la Convención de Caracas de 1954”, *Estudios de Derecho Internacional*, 1958.
- FRANCO, Leonardo (coord.), GIL-BAZO, María Teresa; B. NOGUEIRA, María Beatriz, “El asilo en la práctica de los Estados de América Latina y África”, *Nuevos Temas en la Investigación sobre Refugiados*, núm. 249, Acnur, 2013.
- GRAHL MADSEN, A., *Asilo territorial*, Estocolmo, 1980.
- GROS ESPIELL, Héctor, “El derecho de asilo en América Latina”, *Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1994.
- GROS ESPIELL, Héctor, *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional*, México, UNAM, 2003.
- HOPF, Ted, “The Promise of Constructivism in International Relations Theory”, [en línea], *International Security*, vol. 23, núm. 1, 1998, p. 178, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2539267>.

IMAZ, Cecilia, “El asilo diplomático en la política exterior de México”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, SRE, IMR.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, *El derecho internacional contemporáneo: una aproximación consensualista*, Washington, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVII_curso_derecho_internacional_2010_Carlos_Jimenez_Piernas.pdf.

Mémoire présenté au nom du Gouvernement de la République de Colombie, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/8898.pdf>.

Memoria del vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8996>.

ONUF, Nicholas, “Constructivismo. Manual del usuario”, en VENDULKA, Kubalková; ONUF, Nicholas y KOWERT, Paul, *Las relaciones internacionales en un mundo construido*, 1998.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, disponible en: http://www.oas.org/imgs/2018/osg_385.pdf.

OROZCO HENAO, Lina María, “Aproximación al constructivismo y al pos-modernismo desde el concepto de institución”, *Perspectivas Internacionales. Ciencia Política y Relaciones Internacionales*, Bogotá, año 2, núm. 4, julio-diciembre, 2006.

PORCELLI, Emmanuel, “Lo esencial es invisible a los ojos. El constructivismo en las relaciones internacionales”, en LLENDEROZAS, Elsa (ed.), *Relaciones internacionales. Áreas, teorías y debates*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

Première partie. Requête introductive d’instance et pièces de la procédure écrite. Sitio oficial Corte Internacional de Justicia, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19491015-APP-1-00-FR.pdf>.

ROJAS MIRA, Claudia Fedora, “Exilios sudamericanos en México: los casos argentino y chileno”, *Pacarina del Sur. Revista de Pensamiento Crítico Latinoamericano*, 2014, disponible en: <http://pacarinadelsur.com/home/abordajes-y-contiendas/937-exilios-sudamericanos-en-mexico-los-casos-argentino-y-chileno>.

SANTA CRUZ, Arturo (ed.), *El constructivismo y las relaciones internacionales*, México, CIDE, 2009.

Sentencias de la Corte Internacional de Justicia (1950), caso Haya de la Torre/Colombia vs Perú.

SEPÚLVEDA, César, *México ante el asilo: utopía y realidad*, México, 1979.

STEIN, Steve, “El APRA, los años de formación”, *Histórica*, vol. VI, núm. 1, julio, 1982.

Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2017. ACNUR-UNHCR, disponible en: <http://www.acnur.org/es-es/stats/globaltrends/5b2956a04/tendencias-globales-desplazamiento-forzado-en-2017.html>.

VALDERRAMA, Mariano, “Haya de la Torre y la APRA de los años veinte”, *Revista de la Universidad Católica*, núm. 5, agosto, 1979.

VEGA ARMIJO, Mercedes de (coord.), *La búsqueda perpetua: lo propio y lo universal de la cultura latinoamericana*, México, 2011.

VITELLI, Marina, “Veinte años de constructivismo en relaciones internacionales. Del debate metateórico al desarrollo de investigaciones empíricas. Una perspectiva sin un marco de política exterior”, [en línea], Buenos Aires, *PostData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, vol. 19, núm. 1, abril de 2014, disponible en: <http://www.revistapostdata.com.ar/2014/06/veinte-anos-de-constructivismo-en-relaciones-internacionales-del-debate-metateorico-al-desarrollo-de-investigaciones-empiricas-una-perspectiva-sin-un-marco-de-politica-exterior-marina-vitelli/>.

LA TRILOGÍA HAYA DE LA TORRE

Eric TARDIF

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos del diferendo*. III. *Caso relativo al derecho de asilo (fallo del 20 de noviembre de 1950)*. IV. *Petición de interpretación del fallo del 20 de noviembre de 1950 (fallo del 27 de noviembre de 1950)*. V. *Caso de Haya de la Torre (fallo del 13 de junio de 1951)*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque la práctica de conceder asilo a perseguidos políticos en recintos diplomáticos no tiene su origen en América Latina, es en esa región donde dicha institución jurídica alcanza su plenitud entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX,¹ cuando la historia de guerras civiles e insurrecciones demostró la necesidad de proteger de forma expedita la vida e integridad física de individuos que se encontraban en esa situación.² Esta figura constituye probablemente también la doctrina de derecho internacional que más se ha asociado a América Latina,³ a la vez que se contrapone con otra figura que cobra gran importancia en nuestra región: la no intervención.⁴

¹ Sepúlveda Amor, Bernardo y Villarino Villa, Cristina, *La práctica latinoamericana ante la Corte Internacional de Justicia*, 2011, p. 36. Como apunta el profesor Barcia Trelles, “por el contrario, los anglosajones y en general los nórdicos, mostraron siempre una cierta resistencia a practicar y comprender el asilo”, Barcia Trelles, Camilo, “El derecho de asilo diplomático y el Caso Haya de la Torre. Glosas a una sentencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. III, núm. 3, 1950, p. 781.

² Sandonato de León, Pablo, “*Haya de la Torre (Colombia v. Perú, 1950)*”, en Almeida, Paula, Wojcikiewicz y Sorel, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*, Londres, Routledge, 2017, p. 157.

³ Fassbender, Bardo y Peters, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 558.

⁴ *Ibidem*, p. 559. Véase sobre esta misma observación la sentencia en el caso relativo al derecho de asilo, p. 285. En vista de que las partes escogieron el francés como idioma

En vista de lo anterior, los Estados latinoamericanos han intentado, en distintos momentos, precisar y regular la práctica relativa al asilo, adoptando algunos tratados multilaterales en la materia, que dejaban sin embargo varios puntos oscuros (por ejemplo, en relación con el tipo de situaciones en las que se puede autorizar el asilo, o si el Estado territorial se encuentra obligado a dejar salir el asilado de su territorio). En 1937, los Estados americanos propusieron, sin éxito, un proyecto de convención sobre el tema en la Liga de las Naciones; por su lado, en ese mismo año el Instituto de Derecho Internacional lo incorporó a su agenda de trabajo, pero tuvo que esperar el final de la Segunda Guerra Mundial para que se analizara, y se presentaron dos corrientes: la primera consideraba que el tema del asilo debía ser visto como una cuestión de orden público universal, ligada a la protección internacional de los derechos humanos, y la segunda, que era conveniente enunciar algunas reglas en la materia encaminadas a eliminar fuentes de malos entendidos entre Estados.⁵

De ahí la enorme expectativa generada por la situación que se suscitó al finalizar la primera mitad del siglo XX entre Colombia y Perú, acerca de los pronunciamientos de la flamante Corte Internacional de Justicia sobre una temática ampliamente debatida en el escenario mundial en los años inmediatamente anteriores, que, como se verá, dio lugar a tres decisiones del tribunal.

La controversia relativa al derecho de asilo es la primera en ser sometida a la Corte Internacional de Justicia —o a su antecesora— por parte de Estados latinoamericanos. Se trata de un litigio específicamente americano, ya que la cuestión se planteó en dicho continente; los Estados involucrados pertenecen a la región y los instrumentos jurídicos alegados son de índole estrictamente americana.⁶

La trilogía de decisiones emitidas por la Corte destaca también por haber dado lugar a pronunciamientos sumamente interesantes sobre temas como métodos de interpretación de los tratados, interpretación de reglas que derogan al derecho general, diferencia entre el asilo interno y asilo externo, intervención, costumbre internacional y la manera de probar su exis-

de trabajo en los procedimientos del asunto aquí reseñado, y sometieron sus escritos en ese idioma, las referencias que se realizan en la presente contribución a las tres sentencias emitidas por la Corte corresponden a las páginas de la versión francesa de dichas sentencias.

⁵ Gonidec, Pierre-François, “L’affaire du droit d’asile”, *Revue générale de droit international public*, vol. 55, 1951, pp. 548 y 549.

⁶ Barcia Trelles, Camilo, *op. cit.*, p. 754.

tencia, carga de la prueba, así como algunas cuestiones de procedimiento rara vez tratadas hasta entonces por la justicia internacional, como son la solicitud de interpretación de una sentencia o la intervención de un tercer Estado.⁷

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIFERENDO⁸

Los hechos que dan lugar al conflicto entre los dos Estados son relativamente sencillos y no han sido objeto de controversia entre ellos.⁹

El 3 de octubre de 1948 se suscitó en Perú una rebelión en contra del gobierno del presidente José Luis Bustamante y Rivero, que fue inmediatamente asociada con el partido político conocido como Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), a través de un decreto emitido por la presidencia de la República el 4 de octubre de 1948. Ese mismo día se estableció un estado de excepción en el país —prorrogado el 2 de noviembre, el 2 de diciembre y el 2 de enero de 1949—. El día siguiente, el líder del partido, Víctor Raúl Haya de la Torre, así como otros miembros del mismo movimiento, fueron denunciados, y el 10 de octubre se declaró que se les había acusado del delito de rebelión militar, y se abrió un proceso de instrucción en contra de Haya de la Torre.

El 25 de octubre se ordenó la captura de los que habían sido acusados de rebelión militar y no habían sido aún detenidos. Dos días después, una junta militar tomó las riendas del poder, y promulgó el 4 de noviembre un decreto que creaba cortes marciales y establecía penas severas para los casos de rebelión, aunque éstas no resultaban aplicables a Haya de la Torre, debido a que seguían en su contra los procesos ya iniciados.

El 3 de enero de 1949, Haya de la Torre solicitó asilo en la embajada de Colombia en Lima. Al día siguiente, el embajador de Colombia notificó al ministro peruano de Relaciones Exteriores y Culto que Haya de la Torre se encontraba en su legación con base en la Convención sobre Asilo de 1928, en vigor para ambos países, y solicitaba la expedición de un salvoconducto que le permitiera abandonar el país. El 14 de enero, el embajador dirigió

⁷ Jullý, Laurent, “L’asile diplomatique devant la Cour internationale de Justice”, *Die Friedens-Warte*, vol. 51, 1951/53, p. 58.

⁸ Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, pp. 549 y 550; Barcia Trelles, Camilo, *op. cit.*, pp. 755-757; y la sentencia en el caso relativo al derecho de asilo CIJ, *Asylum Colombia v. Perú*, reconvencción, fallo, 20 de noviembre de 1950, pp. 272 y 273.

⁹ Jullý, Laurent, *op. cit.*, p. 20.

una nueva comunicación al gobierno del Perú, informándole que había decidido calificar a Haya de la Torre como asilado político, con base en la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933), firmada por ambos países.¹⁰

III. CASO RELATIVO AL DERECHO DE ASILO (FALLO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1950)

Después de casi ocho meses de múltiples gestiones diplomáticas, y en vista de que parecía imposible alcanzar una solución de naturaleza política, los dos países convinieron en acudir a la Corte Internacional de Justicia.¹¹

1. *Competencia*

En su solicitud para incoar el procedimiento,¹² presentada el 15 de octubre de 1949, Colombia refiere al artículo 7 del Protocolo de Amistad y Cooperación que firmó con el Perú en Río de Janeiro en 1934, así como a los artículos 36(1) y 40 del Estatuto, y el 32 del Reglamento de la Corte. El mismo documento alude también a un acuerdo especial llamado Acta de Lima, firmado el 31 de agosto de 1949 por Colombia y Perú, y a través del cual dichos Estados refieren el diferendo al tribunal. Se pueden resumir los cuatro puntos contenidos en el citado documento de la siguiente forma:¹³

¹⁰ Para un recuento de los antecedentes de la demanda y la consulta de algunos fragmentos de la correspondencia intercambiada por los dos países durante ese periodo, el lector podrá consultar: Ursúa, Francisco A., *El asilo diplomático. Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del asilo concedido en la embajada de Colombia en Lima al doctor Víctor Raúl Haya de la Torre*, México, Cultura, 1952, pp. 15 y ss., así como los anexos a la memoria y contramemoria presentadas en el marco del primer procedimiento incoado ante la Corte.

¹¹ Todos los documentos presentados por las partes y emitidos por la Corte en el marco del presente caso (*Asylum (Colombia v. Perú)*), y a los cuales se aludirá a lo largo de este apartado del artículo, han sido digitalizados y se encuentran disponibles como parte del expediente virtual del caso en: <https://www.icj-cij.org/jf/affaire/7>.

¹² “Requête introductive d’instance”.

¹³ Para el texto integral del Acta de Lima, véase *Accord de Lima entre la Colombie et le Pérou (31 août 1949) et correspondance y afférente*. Salvo indicación contraria, las traducciones de los documentos que aparecen en francés e inglés en el sitio web de la Corte Internacional de Justicia y son citados en la presente contribución, fueron realizadas por el autor.

- 1) Después de haber examinado, en un espíritu comprensivo, la controversia existente, las partes han decidido someterla a solución por parte de la Corte Internacional de Justicia.
- 2) En vista de que las partes no lograron establecer un acuerdo en lo que atañe a los términos en los cuales podrían someter conjuntamente el caso a la Corte Internacional de Justicia, han convenido en que el procedimiento podrá iniciarse a petición de cualquiera de las partes, sin que ello sea considerado un gesto inamistoso hacia la otra parte, comprometiéndose la parte actora a poner en conocimiento del otro litigante, con una anticipación razonable, la presentación de la instancia.
- 3) El procedimiento del juicio se acuerda que sea el ordinario, reservándose las partes litigantes el derecho a nombrar cada una de ellas un juez de su nacionalidad; el idioma a emplear sería el francés.
- 4) Acuerdan comunicar a la Corte los términos contenidos en la presente declaración.

Como se puede apreciar y lo apuntó el profesor Barcia Trelles en un artículo publicado poco después de que se emitiera la sentencia, cabe subrayar que las partes omitieron fijar las cuestiones que habrían de ser sometidas a conocimiento y decisión del tribunal, generando así cierto grado de “confusión genésica”.¹⁴

La Corte aceptó su competencia para oír el asunto a través de la providencia que emitió el 20 de octubre.¹⁵

2. Aspectos procesales

Distintas providencias de la Corte establecieron los plazos procesales de la siguiente manera: 30 de diciembre de 1949 para la presentación de la memoria colombiana (posteriormente prorrogado al 15 de enero de 1950); 10 de marzo de 1951 para la contramemoria del Perú (prorrogado al 21 de marzo), y el 20 de abril y el 30 de mayo, respectivamente, para la réplica y la dúplica. Como se comentará más adelante, Perú optó por añadir una demanda reconventional a su contra memoria —como se lo permitía el artículo 63 del Reglamento de la Corte— que buscaba que se declarara que el otorgamiento del asilo se había dado en violación de las disposiciones pertinentes de la Convención de 1928.

¹⁴ Barcia Trelles, Camilo, *op. cit.*, p. 755.

¹⁵ “Ordonnance du 20 octobre 1949”.

Es importante resaltar que para el inicio de los procedimientos formaban parte del tribunal tres juristas latinoamericanos: los abogados José Gustavo Guerrero de El Salvador, Alejandro Álvarez de Chile y Philadelpho Azevedo de Brasil. Asimismo, aunque el mexicano Isidro Fabela pertenecía a la Corte en esas fechas, no pudo estar presente, por enfermedad, cuando fue incoado el caso.¹⁶

Por otro lado, debido a que la composición del tribunal no incluía a jueces nacionales de los dos Estados involucrados, y en apego con lo pactado en el Acta de Lima, Colombia y Perú nombraron a los señores Joaquín Caicedo Castilla y Luis Alayza y Paz Soldán, respectivamente, como jueces *ad hoc*.

El gobierno de Colombia designó como agente al señor Jesús María Yepes, funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país, como su agente principal; Perú nombró al señor Carlos Sayán Álvarez como su representante, quien tuvo entre sus asesores al profesor Georges Scelle de la Universidad de París.

Se realizaron ocho audiencias públicas, entre el 26 de septiembre y el 9 de octubre de 1950.

3. *Litis y argumentos de las partes*

A continuación, presentamos los aspectos más destacados de los diversos puntos de derecho sobre los que descansan las posturas de los dos Estados en contienda.

A. *Colombia*

En su memoria,¹⁷ Colombia solicitó a la Corte pronunciarse acerca de las siguientes dos aseveraciones:

- I. Que la República de Colombia tiene derecho, en su calidad de país asilante, a calificar la naturaleza del delito para los fines del mencionado asilo, dentro del marco de las obligaciones que emanan, en particular, del Acuerdo bolivariano sobre extradición, del 18 de julio

¹⁶ Guillén, Fedro, *Una revolución. Añoranzas, fantasmas, realidades*, México, UNAM, 1993, p. 54.

¹⁷ *CIJ, Asylum (Colombia v. Peru)*, reconvencción, memoria presentada por el gobierno de Colombia, 10 de enero de 1950, p. 43. Se reiteraron dichos puntos en el escrito de réplica.

de 1911, y de la Convención sobre asilo, del 20 de febrero de 1928, y, de una manera general, del derecho internacional americano.

- II. Que la república del Perú, en su calidad de Estado territorial, está obligada, en el caso concreto materia del presente litigio, a otorgar las garantías necesarias para que el señor Víctor Raúl Haya de la Torre salga del país, respetándose la inviolabilidad de su persona.

En suma, de acuerdo con este extracto, se puede apuntar que las pretensiones de Colombia se basaban específicamente en las obligaciones generales y especiales que se desprenden de los dos tratados mencionados; la “naturaleza jurídica particular de la institución americana del asilo” reconocida por el derecho positivo americano y la práctica de los Estados americanos; y “en general, en las normas de derecho internacional positivo y consuetudinario americano”.¹⁸

a. Calificación del delito

La primera conclusión de Colombia equivale a examinar si, en el marco de los textos convencionales aplicables al asilo diplomático, el Estado de refugio tiene la posibilidad de calificar unilateralmente la naturaleza del delito.

En este sentido, el gobierno de Colombia invocó el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición de 1911,¹⁹ firmado por Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela; dicho instrumento tiene como finalidad reglamentar la extradición entre los Estados parte, es decir, que refiere a la figura del asilo externo. Colombia aludió particularmente al artículo IV del Acuerdo,²⁰ así

¹⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹ *Acuerdo sobre Extradición*, firmado en Caracas el 18 de julio de 1911, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_acuer_extra_congre_bolivariano.pdf.

²⁰ Artículo IV: “No se acordará la extradición de ningún prófugo criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él y ninguna persona entregada por cualquiera de los Estados contratantes al otro, será juzgada ni castigada por ningún crimen o delito político, ni por ningún acto conexo con él, cometido antes de su extradición. Tampoco ese acordará la extradición si la persona contra quien obra la demanda, prueba que ésta se ha hecho con el propósito de juzgarle o castigarle por un delito político o hecho conexo con él.

No se considerará delito político ni hecho conexo semejante, el atentado en cualquier forma y medio contra la vida de la persona de un jefe de Estado.

Si surge alguna cuestión sobre si un caso está comprendido en lo previsto en este artículo será definitiva la decisión de las autoridades del estado al cual se haga la demanda o que haya concedido la extradición”.

como al artículo XVIII, cuyo texto plantea: “Fuera de las estipulaciones del presente Acuerdo, los Estados signatarios reconocen la institución de asilo, conforme a los principios del Derecho Internacional”.

Para Colombia, apoyándose en esta oración era posible afirmar que el asilo se encontraba fundamentado tanto en el derecho convencional internacional como en el consuetudinario; dicha disposición había asentado la recepción, en el derecho escrito, de la institución consuetudinaria del asilo, por lo que convenía aplicar al asilo el régimen y el procedimiento correspondientes a la extradición, particularmente en lo que atañe a la competencia de calificar los actos incriminados.²¹

Colombia invocó también la Convención sobre Asilo, negociada en 1928 en La Habana, en el marco de la Sexta Conferencia Panamericana, vigente para los dos países, y que establece en el párrafo inicial de su artículo primero, lo siguiente:²² “No es lícito a los Estados dar asilo en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes ni a desertores de tierra y mar”.

Desde la perspectiva colombiana, *a contrario sensu*, era posible argumentar que el asilo podía ser otorgado a refugiados políticos,²³ categoría en la que cabía perfectamente el caso de Haya de la Torre en vista de la persecución de la que era objeto.²⁴ Sin embargo, la Convención no precisa a quién correspondería la calificación del carácter político o no del delito. El gobierno colombiano sostuvo que dicha competencia se encontraba contenida implícitamente en la Convención (además de otras fuentes), ya que el derecho de otorgar el asilo debía incluir la competencia unilateral de establecer si dichas condiciones se encuentran satisfechas;²⁵ ello también considerando que el asilo conlleva un conflicto de jurisdicciones entre la soberanía del Estado territorial y la del Estado asilante, y que dicho conflicto no podría tener solución si los dos Estados involucrados tuvieran derechos iguales para arreglar una situación específica de esa naturaleza.²⁶

Por su lado, el artículo 2o. de la Convención de La Habana establece:

²¹ Jullý, Laurent, *op. cit.*, p. 25.

²² *Convención sobre Asilo*, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0609.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0609>.

²³ Colombia v. Perú, Memoria de Colombia, *op. cit.*, p. 20.

²⁴ Apartado c. de la presente sección, relativo al elemento de urgencia.

²⁵ Colombia v. Perú, Memoria de Colombia..., *cit.*, p. 29.

²⁶ Colombia v. Perú, reconvención, réplica del gobierno de Colombia, 20 de abril de 1950, p. 341.

El asilo de delinquentes políticos en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio y de acuerdo con las disposiciones siguientes:

Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad.

Segundo: El Agente Diplomático, jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar, inmediatamente después de conceder el asilo lo comunicará al Ministro de Relaciones Exteriores del Estado del Asilado, o a la autoridad administrativa del lugar si el hecho ocurriera fuera de la capital.

Tercero: El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona.

Interpretando la regla enunciada en el artículo 2, párrafo 1, Colombia argumentó que ésta autorizaba la aplicación de la costumbre (“uso”) a la par de las leyes y convenciones del país de refugio, por lo que concluía que “de esta suerte, el derecho legal y el derecho consuetudinario gozan de una fuerza idéntica para el ejercicio del derecho de asilo”.²⁷ Así las cosas, el derecho de calificación para el Estado que otorga el asilo es una regla implícita en la norma que reglamenta el conflicto de competencia entre las dos soberanías, lo que resulta ser una aplicación de la “regla de la eficacia del tratado”, de la *ratio legis* de la Convención de La Habana.²⁸

Colombia también hizo referencia a la Convención de Montevideo sobre el Asilo Político de 1933.²⁹ El artículo 2 de dicho instrumento establece que el Estado que otorga el asilo tiene la prerrogativa de calificar el delito. Sin embargo, Perú no era parte en dicho tratado.

En cuanto a otro argumento relacionado con el derecho de calificación, Colombia resaltó que el artículo 1, párrafo 1, de la Convención de 1928, refería a las personas *acusadas* o *condenadas* por un delito común, y puso de relieve que estas formas verbales corresponden a un acto consumado, y que debían ser consideradas en un sentido preciso y exacto, por lo que la acusación debía ser una acusación *judicial*; con base en ello, argumentó que el

²⁷ *Ibidem*, p. 345.

²⁸ *Ibidem*, p. 349.

²⁹ Convención sobre Asilo Político, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-37_asilo_politico.asp.

Perú no había ofrecido las pruebas que demostraran que una acusación o condena definitiva se hubieran presentado en contra de Haya de la Torre antes del 3 de enero de 1949.³⁰

b. Otorgamiento de un salvoconducto

Con base en los artículos 1 y 2 de la Convención de La Habana, Colombia argumentó que el salvoconducto en favor del señor Haya de la Torre era un derecho que se desprendía de la Convención. Para dicho Estado, el asilo era una fase preliminar que tenía que llevar al refugio territorial, por lo que el asilo debía forzosamente terminarse con la emisión de un salvoconducto. Asimismo, la actitud tomada por el Perú impedía que el asilado fuera puesto en seguridad, para retomar el lenguaje de la Convención.³¹

Por otro lado, Colombia argumentaba también que la expresión “a su vez”, incluida en el artículo 2, inciso 3, de la Convención de 1928, denotaba un paralelismo y una correlación entre dos facultades —en lugar de un orden sucesivo, como lo invocaba el Perú— más aun tomando en cuenta la existencia de un punto coma entre los enunciados.³²

c. Urgencia

En su escrito de réplica, Colombia desglosa las razones por las que considera que existía un carácter de urgencia cuando Haya de la Torre solicitó su ingreso a la legación de dicho país: su libertad y su vida corrían peligro, ya que se encontraba “perseguido por la policía, cazado como un bandido, no pudiendo hacer uso de sus bienes”, y conociendo de antemano la suerte que correría si fuera enjuiciado por jueces que recibían instrucciones por parte del ministro del Interior.³³ La réplica de Colombia identifica, entre otros, los hechos siguientes para justificar el otorgamiento del asilo: la situación política anormal en Perú; la prórroga de la declaratoria de estado de sitio; la situación jurídica de la APRA; la inculpación de Haya de la Torre por “rebelión militar”, seguida ante una jurisdicción militar en vista de que no se trataba de un delito común; y el establecimiento de cortes marciales.³⁴

³⁰ Colombia v. Perú, réplica de Colombia..., *cit.*, p. 382.

³¹ Colombia v. Perú, memoria de Colombia..., *cit.*, pp. 32 y ss.

³² Colombia v. Perú, réplica de Colombia..., *cit.*, pp. 353 y ss.

³³ *Ibidem*, p. 321.

³⁴ *Ibidem*, pp. 373-376.

d. Derecho consuetudinario

Colombia presentó varios ejemplos relativos a catorce países, con la finalidad de comprobar una práctica común existente entre Estados de Latinoamérica a la hora de otorgar el asilo.³⁵ También invocó la actitud adoptada por los Estados durante la guerra de España, y en particular refirió a documentos oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú en los que dicho país reconocía explícitamente la existencia del asilo como institución específicamente americana regida por el derecho convencional y el consuetudinario.³⁶ Ello planteaba la cuestión de peso a otorgar a la práctica de los gobiernos como prueba de la costumbre, y cómo identificar la *opinio juris*.³⁷

e. Demanda reconvencional

Como se aludió con anterioridad, Perú presentó una demanda reconvencional, que buscaba que se declarara que el otorgamiento del asilo se había dado en violación de las disposiciones pertinentes de la Convención de La Habana. Sobre este punto, la réplica de Colombia planteó la ausencia de conexidad entre dicha petición y la solicitud a través de la cual se había incoado el procedimiento, y el hecho de que los alegatos del Perú en cuanto a la ilegalidad del asilo equivalían a entablar una nueva instancia distinta a la ya sometida a la Corte.³⁸

Resulta interesante recalcar aquí la observación del profesor Gonidec, en el sentido de que la línea argumentativa expuesta en los dos escritos de Colombia no buscaba obtener una sentencia de la Corte en el plano del derecho universal, sino con base en el derecho internacional americano; asimismo, planteaba la problemática de la coexistencia de dos fuentes del derecho positivo: el derecho consuetudinario y el derecho convencional, enfatizando que la costumbre no abroga los tratados.³⁹

³⁵ Colombia v. Perú, memoria de Colombia, *cit.*, pp. 37 y ss., Colombia v. Perú, Reconvención, réplica..., *cit.* pp. 358 y ss.

³⁶ Colombia v. Perú, contramemoria presentada por el gobierno de la República de Perú, pp. 34 y ss.

³⁷ Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, p. 554.

³⁸ Colombia v. Perú, réplica de Colombia..., *cit.*, pp. 380 y 381.

³⁹ Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, pp. 551 y 553.

B. *Perú*

En su contramemoria,⁴⁰ Perú presentó los siguientes puntos petitorios:

Sírvase la Corte:

Rechazar las conclusiones I y II de la memoria de Colombia.

Decidir y juzgar:

A título reconvenional, según los términos del artículo 63 del Reglamento de la Corte, y a través de una sola y única sentencia, que el otorgamiento del asilo por el embajador de Colombia en Lima a Víctor Raúl Haya de la Torre ha sido efectuado en violación del artículo 1, parágrafo 1, y del artículo 2, parágrafo 2 (inciso primero), de la Convención sobre Asilo firmada en 1928 en La Habana.

Cabe aclarar que dichas peticiones fueron reiteradas en la dúplica presentada posteriormente por el gobierno del Perú, y que fue en la fase oral cuando el profesor Scelle solicitó también a la Corte reconocer que la continuación del asilo hasta la fecha de dichos procedimientos constituía una violación del tratado en mención.⁴¹

a. Extradición versus asilo interno

Los agentes del Perú evidenciaron las diferencias existentes entre las figuras de la extradición y del asilo interno, aclarando que éstas “afectan la soberanía de los Estados de maneras por así decirlo *inversas*”; por lo tanto, plantearon que el alcance del artículo XVIII del Acuerdo bolivariano para el caso actual era nulo.⁴²

b. Calificación del delito

En su contramemoria, Perú enfatizó que desde el inicio del procedimiento en contra de Haya de la Torre, la acusación no se había limitado al delito de rebelión militar en sí, sino que también había incluido los delitos

⁴⁰ Colombia v. Perú, contramemoria del Perú..., *cit.*, pp. 163 y 164.

⁴¹ “Procédure orale —documents— correspondance”, p. 148. Como lo apunta el doctor Jullý (p. 34 de su artículo), este añadido planteaba una interesante cuestión procesal: ¿hasta qué momento del procedimiento puede una parte enmendar sus conclusiones? Como se verá en el siguiente apartado, la Corte no tuvo la necesidad de abordar este cuestionamiento en su sentencia.

⁴² Colombia v. Perú, contramemoria del Perú..., *cit.*, p. 135.

comunes preparados o perpetrados al mismo tiempo, y que le resultaban imputables como uno de sus autores morales y principales instigadores; entre ellos, el intento de destrucción de la central de la compañía de teléfonos, el intento de toma de una caserna, y la fabricación, acumulación, distribución y uso de dispositivos explosivos.⁴³ Para los agentes del Perú, en el caso de Haya de la Torre, el Estado había seguido cabalmente el procedimiento previsto por los ordenamientos nacionales aplicables a dicha categoría de ilícitos, habiéndose emitido una orden de arresto y citatorios para que el entonces asilado compareciera ante la justicia.⁴⁴

Por otro lado, el Perú argumentó que la finalidad del artículo 2 de la Convención de La Habana era limitar en cierta medida el poder discrecional y arbitrario del Estado que otorga el asilo.⁴⁵ Asimismo, rechazó la tesis colombiana según la cual esa disposición pudiera ser interpretada como estableciendo una regla para solucionar conflictos de autoridades o competencias, ya que la Convención de 1928 no es un tratado de derecho internacional privado, y no es viable trasladar este tipo de principios —aplicables a las relaciones privadas entre particulares— a un contexto de relaciones entre gobiernos.⁴⁶

Por lo que atañe a la interpretación del artículo 1o., párrafo 1, acerca del concepto de *persona acusada*, Perú argumentó que Haya de la Torre había sido efectivamente acusado de conformidad con las exigencias de su sistema jurídico nacional, y que dicha acusación había producido los efectos jurídicos indispensables para la apertura del proceso penal seguido en su contra.⁴⁷

c. Otorgamiento de un salvoconducto

Perú no podía suscribir la postura colombiana según la cual la única forma de poner fin al asilo era a través de la emisión de un salvoconducto; esto sólo podía ser el caso si el Estado territorial, en el ejercicio de su soberanía, consentía a otorgar dicho salvoconducto. En el caso concreto, el gobierno del Perú se encontraba entonces en su pleno derecho de otorgar salvoconductos a ciertos individuos —como lo había hecho— y rechazar la emisión de tal documento en favor de Haya de la Torre si consideraba tener

⁴³ *Ibidem*, pp. 110 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 154 y ss.

⁴⁵ Colombia v. Perú, reconvencción, duplica presentada por el gobierno de la República del Perú, 10 de junio de 1950, p. 404.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 410.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 436.

un interés específico en continuar con el proceso penal en contra del que tenía identificado como el instigador principal de los delitos cometidos en octubre de 1949.⁴⁸

Asimismo, en su contramemoria, Perú argumentó que la expresión “a su vez” incluida en el artículo 2, inciso 3 de la Convención de 1928, establecía un orden sucesivo entre las facultades del Estado territorial, de exigir que el asilado pueda abandonar el territorio, y la del Estado asilante, de facilitar dicha salida si el Estado territorial lo solicita.⁴⁹

Finalmente, dado que existen varias formas de poner término a una situación de asilo —distintas a la propuesta por el gobierno colombiano—, no podía considerarse, como lo invocaba Colombia, que el Perú impedía que el asilado fuera puesto en seguridad; únicamente se oponía a la manera sugerida por Colombia para resolver el caso.⁵⁰

d. Urgencia

Debido a que la Convención de La Habana plantea que la urgencia es una de las condiciones para el otorgamiento del asilo, Perú argumentó que el caso no presentaba esta característica. Por un lado, invocó el tiempo que había transcurrido entre el inicio de la rebelión y la solicitud de asilo —es decir, tres meses— y el hecho de que durante ese tiempo algunas personas acusadas de los mismos delitos habían buscado asilo en distintas embajadas mientras el señor Haya de la Torre había optado por no hacerlo, lo que apuntaba a la ausencia de premura.⁵¹

En su dúplica, Perú insistió sobre el hecho de que Haya de la Torre no había acudido a la embajada colombiana buscando refugio de un peligro inminente, y que ni los tratados ni la doctrina establecen que el asilo pueda ser utilizado para entorpecer o paralizar el ejercicio normal de la justicia de un Estado.⁵²

En cuanto a la creación de cortes marciales —uno de los argumentos planteados por Colombia para justificar el otorgamiento del asilo— Perú enfatizó que éstas no tendrían jurisdicción para juzgar a Haya de la Torre, en vista del principio de irretroactividad de las leyes.⁵³

⁴⁸ *Ibidem*, p. 415.

⁴⁹ Colombia v. Perú, contramemoria del Perú..., *cit.*, pp. 148 y ss.

⁵⁰ Colombia v. Perú, dúplica del Perú..., *cit.*, p. 437.

⁵¹ Colombia v. Perú, contramemoria del Perú, *cit.*, pp. 153 y 154.

⁵² Colombia v. Perú, dúplica del Perú..., *cit.*, p. 430.

⁵³ *Ibidem*, p. 431.

e. Derecho consuetudinario

Perú reconoció que la costumbre podría modificar el alcance de las disposiciones de un tratado (como la Convención de 1928), pero aseveró que para ello habría que comprobarse la existencia de esa nueva costumbre que complemente o contradiga el tratado, lo que resulta aún más difícil que comprobar la existencia de una costumbre americana anterior que fundamente el asilo en el derecho positivo americano.⁵⁴ Así, para Perú, no existía una costumbre en el sentido jurídico de la palabra, ya que la práctica del asilo en las Américas se caracterizaba por tener “un carácter no jurídico y no consuetudinario”,⁵⁵ por lo que el fundamento del asilo correspondía más bien a “una intervención de humanidad”.⁵⁶

Asimismo, refiriéndose a la sentencia emitida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso del Lotus*, recalcó que la costumbre puede ser negativa y el resultado de abstenciones, como ocurre en Europa, donde podía hablarse más bien de una “costumbre del no asilo”.⁵⁷

f. Demanda reconvenicional

En respuesta al argumento colombiano sobre la falta de conexidad de la demanda reconvenicional con el asunto principal, Perú afirmó, entre otras cosas, que dicho criterio estaba plenamente satisfecho, en vista de que la demanda reconvenicional buscaba la interpretación de la misma Convención de 1928, y tanto la solicitud a través de la cual se había incoado el procedimiento como la demanda reconvenicional estaban relacionadas con el mismo asunto.⁵⁸

4. Resolución

La Corte rechazó, por catorce votos contra dos, la aseveración de Colombia, según la cual contaba con un derecho unilateral y definitivo de calificación, y por quince votos contra uno, que tenía derecho a exigir la emisión de un salvoconducto. Asimismo, el tribunal rechazó por quince vo-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 400.

⁵⁵ Colombia v. Perú, contramemoria del Perú..., *cit.*, p. 125.

⁵⁶ Colombia v. Perú, dúplica del Perú..., *cit.*, p. 401.

⁵⁷ Colombia v. Perú, contramemoria del Perú..., *cit.*, p. 120.

⁵⁸ Colombia v. Perú, dúplica del Perú..., *cit.*, p. 426.

tos contra uno la primera parte de la demanda reconvenional del Perú, estableciendo que el otorgamiento del asilo no se había dado en violación del artículo 1, párrafo 2, de la Convención de La Habana; pero con una votación de diez a seis, confirmó la postura del Perú sobre la ausencia de una situación de urgencia.

La sentencia retoma punto por punto los planteamientos realizados por las partes.

A. *Valoración de los argumentos presentados por Colombia*

Al estudiar la aplicabilidad del acuerdo bolivariano, la Corte decidió rechazar de manera categórica cualquier analogía entre el asilo externo o territorial (extradición) y el asilo interno o diplomático. Para la Corte, el asilo interno era equiparable a una suerte de intervención, al sustraer al delincuente de la soberanía del Estado en el cual cometió el delito. En cambio, en el caso de la extradición, el refugiado se encuentra en el territorio del Estado de refugio, y la decisión de otorgarle el refugio no causa derogación alguna a la soberanía del Estado en el cual se cometió el ilícito. Por lo tanto, era necesario interpretar restrictivamente tal derogación a la soberanía, y su fundamento jurídico debía quedar claramente establecido en cada caso particular.⁵⁹

Por otro lado, la Corte quiso distinguir el derecho de calificación *definitiva*, cuyo reconocimiento era buscado por Colombia, de la *provisional*: para el tribunal, resultaba evidente que el representante diplomático debía gozar del margen de apreciación necesario para determinar si las condiciones están inicialmente reunidas para el otorgamiento del asilo; sin embargo, ello no excluía la posibilidad, para el Estado territorial, de impugnar dicha calificación. En caso de desacuerdo, los Estados deberían recurrir al método de solución de diferendos de su preferencia. Continuando con su razonamiento, la Corte consideró que, a menos que exista una regla en sentido contrario, los Estados deben gozar de derechos iguales de calificación. Apoyándose en el método teleológico de interpretación, la Corte encontró que la Convención de La Habana tenía como meta poner fin a los abusos suscitados en el pasado, limitando así la capacidad de los Estados para otorgar el asilo con demasiada facilidad. Se refirió en los siguientes términos a la posibilidad de la competencia unilateral invocada por Colombia:⁶⁰

⁵⁹ Colombia v. Perú, reconvenión, fallo, 20 de noviembre de 1950, pp. 274 y 275.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 275

Una competencia de esta índole es de naturaleza excepcional. Conlleva una derogación a la igualdad de derechos de calificación que, en ausencia de cualquier regla en contrario, deben ser reconocidos a cada uno de los Estados; de esta suerte, agrava la derogación a la soberanía territorial que constituye el ejercicio del asilo. Tal competencia no resulta inherente a la institución del asilo diplomático. Dicha institución sería tal vez más eficaz si una regla de calificación unilateral y definitiva fuese aplicada. Pero una regla de esa naturaleza no es necesaria para ejercer el asilo.

En cuanto a la Convención de Montevideo, la Corte estimó que ese tratado no podía ser aplicado al caso, debido a que Perú no era parte en él, y aclaró que el derecho de calificación unilateral previsto en dicho instrumento constituía una regla nueva no reconocida por la Convención de La Habana.⁶¹

Por lo que se refiere a la existencia de una costumbre en materia de asilo, la Corte rechazó esta línea argumentativa, considerando que Colombia había invocado sobre el tema tratados que no contienen una disposición relativa a la supuesta regla de calificación definitiva, que no habían sido ratificados por el Perú, y que no lo habían sido por un número significativo de Estados latinoamericanos. Asimismo, los casos prácticos invocados por Colombia en los que el asilo había sido otorgado y respetado no eran consistentes y no podían ser tomados en cuenta como evidencia de un derecho consuetudinario, sino que se trataba de un simple uso que no resultaba vinculante para los Estados.⁶² Más adelante, en su fallo, la Corte puntualizó que consideraba que el desarrollo de la figura del asilo en América Latina se ha debido en gran medida a factores extrajurídicos (entre ellos, el deseo de mantener relaciones de buenos vecinos entre las repúblicas y los intereses políticos de los distintos gobiernos).⁶³

Colombia no había entonces logrado probar la existencia de los dos elementos que conforman una regla de origen consuetudinario. En este sentido, la Corte realizó el siguiente pronunciamiento toral, sin duda parte de la *ratio decidendi* de la sentencia:⁶⁴

La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que ella se ha constituido de tal manera que la misma ha llegado a ser obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla que invoca es conforme a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho perteneciente al Estado que otorga el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial...

⁶¹ *Ibidem*, p. 276.

⁶² *Ibidem*, p. 277.

⁶³ *Ibidem*, p. 286.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 276.

En este sentido, la sentencia emitida por la Corte resultó trascendental, ya que permitió poner fin a las controversias doctrinales imperantes hasta la fecha, acerca de la necesidad de comprobar la *opinio juris* para demostrar la existencia de una costumbre.⁶⁵

Se puede asimismo apuntar que la referencia de Colombia a la existencia de un “derecho internacional americano” fue tratada por la Corte como un argumento vinculado con el derecho consuetudinario, restándole de esta suerte cualquier carácter potencialmente especial.⁶⁶

En cuanto a la cuestión del salvoconducto, la Corte identificó dos condiciones para su emisión: que el asilo haya sido otorgado y mantenido de forma regular, y que cumpla con el requisito enunciado en el artículo 2, tercero, de la Convención de La Habana, cuyo texto volvemos a transcribir:

El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona.

La Corte continuó explicando que aunque es una práctica común que el representante diplomático de un Estado que ha otorgado asilo solicite un salvoconducto al Estado territorial; esto normalmente sucede cuando existe un interés mutuo de ambos Estados en este sentido: el Estado otorgante no desea prolongar la permanencia del asilado en la embajada, y el Estado territorial desea que el oponente político abandone el territorio. La Corte subrayó que éste no era el caso en la situación de referencia, ya que Perú no había expresado el deseo de que Haya de la Torre saliera del país. Por lo tanto, la solicitud de Colombia carecía de fundamento.⁶⁷

B. Valoración de los argumentos presentados por el Perú

La Corte estudió en primer lugar el argumento relativo a las supuestas violaciones de la Convención de La Habana, ya que el segundo argumento únicamente debería ser considerado si el primero quedaba descartado.

⁶⁵ Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, p. 555.

⁶⁶ Goodwin-Gill, Guy S., “*Asylum Colombia v. Perú, 1949* and Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the *Asylum Case Colombia v. Perú, 1950*”, in Almeida, Paula Wojcikiewicz y Sorel, Jean-Marc, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁷ Colombia v. Perú, reconvención, fallo..., *cit.*, pp. 278 y 279.

Recordaremos que el Perú alegaba que el señor Haya de la Torre había cometido delitos comunes, y que por lo tanto el asilo había sido otorgado de forma irregular.

La Corte estuvo de acuerdo en encontrar que el señor Haya de la Torre era efectivamente un “acusado” en el sentido de la Convención de La Habana, a la luz de los documentos introducidos por el Perú. Sin embargo, aunque no entró al estudio de las diferencias que existen entre delitos comunes y delitos de orden político, encontró que los agentes de dicho Estado no habían logrado establecer que el delito de rebelión militar —único delito del cual estaba formalmente acusado Haya de la Torre— constituyera un delito *común*, aclarando que, de hecho, el artículo 249 del Código de Justicia del país apuntaba más bien a lo contrario.⁶⁸

Por otro lado, Perú alegaba que el carácter de urgencia no había sido considerado por Colombia al otorgar el asilo. La Corte respaldó esta apreciación, aclarando que durante el desarrollo del caso Colombia había intentado comprobar el peligro en el cual consideraba que el señor Haya de la Torre se encontraba, basado en parte en la supuesta subordinación del sistema judicial peruano al Poder Ejecutivo. Tomando en cuenta todos los elementos, la Corte determinó que el carácter de urgencia descrito por Colombia no se adecuaba al lenguaje de la Convención de La Habana, y que, por las razones ya mencionadas, ésta debía recibir una interpretación restrictiva; asimismo, la Corte no quedó convencida de que el sistema judicial peruano estuviera efectivamente corrompido.⁶⁹

Debido a que la Corte no rechazó el primer argumento de Perú, el segundo, relativo al mantenimiento del asilo, no fue estudiado.

En suma, la Corte ubicó su estudio en el marco tanto de la soberanía como de la competencia y de la no intervención, así como su premisa de que el asilo diplomático conlleva una derogación de la soberanía, por lo que, debido a este enfoque, cualquier argumento a favor de la existencia de excepciones tendría que ser interpretado de forma restrictiva.⁷⁰

En virtud del análisis que antecede, la decisión de la Corte llevaba prácticamente a un *impasse*: Colombia no podía exigir la emisión de un salvoconducto, y Perú la entrega del asilado.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 281 y 282.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 284. Cabe señalar que algunos comentaristas consideraron que el razonamiento de la Corte sobre este punto no era del todo convincente, ya que podría considerarse que la proclamación de un Estado de excepción establece una presunción a favor de la existencia de una situación de urgencia. Véase, en este sentido, Julliy, Laurent, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁰ Goodwin-Gill, Guy S., *op. cit.*, p. 174.

5. *Votos particulares*

Al final de la sentencia se incluyó una declaración, que enunciaba que el juez Zoricic no coincidía con la opinión mayoritaria acerca de un punto específico: para él, el asilo había sido otorgado en apego al artículo 2, párrafo 2 de la Convención de La Habana. En este sentido, aclaraba que compartía la argumentación desglosada por su colega, el juez Read.

La opinión disidente del juez Read se limitó a abordar el tema de la urgencia, ya que concurría generalmente con los demás puntos expresados en la sentencia. Al estudiar la naturaleza de la institución del asilo, el contexto y la economía de la Convención de La Habana, así como la interpretación de la misma por los Estados parte a la luz de sus acciones subsecuentes a la entrada en vigor del instrumento, el juez Read llegó a la conclusión de que la postura defendida por el Perú sobre el tema de la urgencia era inaceptable. En su estudio, hizo referencia a numerosas situaciones que involucraban 244 individuos y por lo menos diecisiete Estados latinoamericanos.⁷¹

El juez Badawi Pacha enfocó también su disidencia en el tema de la urgencia, considerando que, en vista de los acontecimientos ocurridos en el Perú, la decisión del embajador de Colombia en Lima, de otorgar el asilo a Haya de la Torre, había sido plenamente justificada. Por otro lado, reconoció que la institución del asilo tenía en América Latina una “fisionomía” específica que no era posible encontrar en otras partes del mundo.⁷²

En una opinión que se ha vuelto famosa,⁷³ el juez Álvarez afirmó que existía un derecho internacional americano, así como existían también un derecho internacional europeo y uno asiático, considerando que dichos derechos “no se encuentran en una situación de *subordinación* en relación con el derecho internacional universal, sino que en una situación de *correlación*”;⁷⁴ por lo tanto, para él, la interpretación del derecho convencional aplicable debió hacerse tomando en cuenta la naturaleza del asilo en Latinoamérica. Asimismo, identificó varias lagunas en la Convención de La Habana; en este sentido, consideró que la Corte debió asumir un papel más activo, de *creación* del derecho, por ejemplo, en relación con la cuestión del salvoconducto. Entre otros pronunciamientos, Álvarez también expresó, en sintonía

⁷¹ Colombia v. Perú..., *cit.*, opinión disidente del juez Read, pp. 321 y ss.

⁷² Colombia v. Perú..., *cit.*, opinión disidente del juez Badawi Pacha, particularmente pp. 309 y ss.

⁷³ Fassbender, Bardo y Peters, Anne, *op. cit.*, p. 558.

⁷⁴ Colombia v. Perú..., *cit.*, opinión disidente del juez Álvarez, p. 294.

con la opinión mayoritaria, que por un lado en su criterio Colombia no había logrado establecer la existencia de una costumbre, y por el otro, que el Estado que otorga el asilo debe gozar de un derecho de apreciación de la naturaleza del delito, pero que ésta no puede ser definitiva, y si el Estado territorial la impugna, corresponde a la autoridad judicial internacional tomar la decisión final; de esta suerte, para él, la sentencia debió referir con mayor claridad que Haya de la Torre había sido acusado de un delito político.⁷⁵

Por su lado, el juez Azevedo expuso su punto de vista personal acerca de distintos aspectos de la sentencia. Después de describir las características propias al asilo en Latinoamérica, presentó sus observaciones acerca de las actuaciones llevadas a cabo durante las distintas etapas del caso, y aclaró que las partes “no habían proporcionado a la Corte los medios necesarios para llegar a una solución independiente, como pudo haberlo hecho en términos del artículo 38, párrafo 2, del Estatuto (decisión *ex aequo et bono*)”.⁷⁶

El juez *ad hoc* Caicedo consideró que la sentencia no tomaba lo suficientemente en cuenta las características específicas de la institución del asilo en Latinoamérica; también coincidió con la postura del juez Álvarez acerca del derecho de calificación para el Estado que otorga el asilo. Para él, la sentencia imponía trabas importantes a la institución del asilo, que entorpecían así su correcta aplicación. El juez Caicedo también aseveró que, en su criterio, el asilo diplomático constituía una costumbre internacional de Latinoamérica, y presentó varios ejemplos en apoyo a esta aseveración. Con relación al otorgamiento del salvoconducto, se pronunció en contra de la interpretación de la Convención de La Habana dada por la Corte. Finalmente, insistió en que el requisito de urgencia se encontraba totalmente satisfecho a la luz de las pruebas presentadas, por lo que el mantenimiento del asilo por parte de Colombia se encontraba plenamente justificado.⁷⁷

Cabe apuntar que, como se advirtió, el juez Fabela no participó en el caso; sin embargo, con posterioridad escribió una carta a Haya de la Torre, expresándole que disentía del fallo emitido por la Corte, debido en parte a que éste no había considerado adecuadamente la naturaleza del derecho de asilo a la luz de la experiencia latinoamericana.⁷⁸

⁷⁵ *Ibidem*, en particular pp. 300 y 301.

⁷⁶ Colombia v. Perú..., *cit.*, opinión disidente del juez Azevedo, p. 357.

⁷⁷ Colombia v. Perú..., *cit.*, opinión disidente de M. Caicedo Castilla, *passim*.

⁷⁸ Guillén, Fedro, *op. cit.*, p. 54.

IV. PETICIÓN DE INTERPRETACIÓN DEL FALLO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1950 (FALLO DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 1950)

El día de la publicación de la sentencia, Colombia presentó una solicitud de interpretación del fallo, con base en el artículo 60 del Estatuto de la Corte, que reza: “...En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”. Cabe apuntar que para esta fase los Estados no presentaron memorias, sino que únicamente se dio un intercambio de correspondencia a través de la Secretaría de la Corte.⁷⁹

1. *Litis y argumentos de las partes*

En su solicitud, Colombia formuló tres preguntas con base en los artículos 60 del Estatuto y 79 y 80 del Reglamento de la Corte:⁸⁰

Primero. ¿Debe interpretarse el fallo del 20 de noviembre de 1950 en el sentido de que la calificación llevada a cabo por el Embajador de Colombia del delito atribuido al Sr. Haya de la Torre es correcta y, por consiguiente, deben reconocerse efectos legales a dicha calificación al haber sido confirmada por la Corte?

Segundo. ¿Debe interpretarse el fallo del 20 de noviembre de 1950 en el sentido de que el Gobierno del Perú no tiene derecho a exigir la entrega del refugiado político Sr. Haya de la Torre y que, por consiguiente, el Gobierno de Colombia no está obligado a entregarlo, aunque dicha entrega le fuera solicitada?

Tercero. ¿O, por lo contrario, la decisión tomada por la Corte en relación con la demanda reconvencional del Perú implica para Colombia la obligación de entregar al refugiado Víctor Raúl Haya de la Torre a las autoridades peruanas, aún si estas no lo exigen, y a pesar de tratarse de un delincuente político y no de un criminal de derecho común, y no obstante que la única

⁷⁹ Todos los documentos presentados por las partes y emitidos por la Corte en el marco del presente caso (*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*), y a los cuales se aludirá a lo largo de este apartado del artículo, han sido digitalizados y se encuentran disponibles como parte del expediente virtual del caso en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/13>.

⁸⁰ CIJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, solicitud de interpretación del fallo del 20 de noviembre de 1950, 20 de noviembre de 1950, pp. 468 y 469, para. 16, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/13/10819.pdf>.

convención aplicable en el presente caso no ordena la entrega de delincuentes políticos?

El 22 de noviembre, el delegado del Perú alegó que no tenía intención de contestar las argumentaciones de Colombia; sin embargo, realizó una declaración en cuatro puntos, que pueden ser resumidos de la siguiente manera:⁸¹

1. El fallo del 20 de noviembre es de una claridad evidente, “excepto para los que se hubiesen resuelto por antelación a no entenderlo”, y no requiere interpretación.

2. Resulta inadmisibile la solicitud colombiana desde el punto de vista jurídico, ya que: a) no se trata de una solicitud de interpretación, sino que un intento de colmar supuestas lagunas, buscando, por tanto, obtener una nueva sentencia que complemente la primera, y b) implica desconocimiento del artículo 60 del Estatuto de la Corte sobre la solicitud de interpretaciones, en virtud del cual los fallos de la Corte son definitivos e inapelables.

3. Colombia trata de desatender las consecuencias jurídicas que se desprenden de la sentencia.

4. Esta intención parece aún más verosímil si se considera que la solicitud colombiana se realizó pocas horas después de que se diera a conocer la sentencia.

Colombia fue notificada de dicha respuesta, y a su vez, el 24 de noviembre presentó una respuesta, en la que reiteraba que existía efectivamente una oposición acerca de la interpretación de la sentencia, ya que su gobierno no consideraba que la sentencia fuera “de una claridad evidente”.⁸²

2. Resolución

La Corte, que incluyó a los mismos jueces *ad hoc* que en la primera fase, consideró, por doce votos contra uno, que la solicitud era inadmisibile.

Para atender la solicitud de interpretación, la Corte estudió principalmente el artículo 60 de su Estatuto, así como el artículo 79, párrafo 2, de su Reglamento. El tribunal recordó los dos requisitos que deben satisfacerse para autorizar una solicitud de interpretación: en primer lugar, que el objeto de la interpretación tenga que ver con el sentido y alcance de lo que la

⁸¹ *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case*, fallo, 27 de noviembre de 1950, p. 400.

⁸² *Ibidem*, p. 401.

Corte haya decidido con fuerza vinculante a través de la sentencia, y, por otro lado, que exista un desacuerdo entre las partes acerca del significado y alcance de la decisión. Asimismo, recalcó que el artículo 79, párrafo 2, establece que una solicitud de interpretación debe especificar el punto o puntos precisos en controversia.⁸³

Aplicando estas reglas al caso concreto, en respuesta a la primera pregunta formulada por Colombia, la Corte recordó que ese país no le había sometido dicho punto como parte de sus conclusiones en el marco del proceso que llevó a la sentencia del 20 de noviembre de 1950, como tampoco le había solicitado que declarara que la valoración de su embajador en Lima había sido correcta. Agregó que al rechazar la demanda reconvencional del Perú según la cual el señor Haya de la Torre había cometido delitos comunes, la Corte se había limitado a observar que ese país no había aportado pruebas en ese sentido. Por lo anterior, la Corte no aceptó el primer argumento de Colombia.⁸⁴

En cuanto a la entrega de Haya de la Torre (preguntas 2 y 3), la Corte también rechazó los planteamientos colombianos, aclarando que no se había pronunciado acerca de dicha entrega con motivo de la sentencia original, debido a que el tema nunca había sido invocado durante el procedimiento.⁸⁵

La sentencia de la Corte termina por un *dictum*, en el que plasma que no se ha comprobado que existiera un desacuerdo entre las partes sobre el alcance de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, y que en vista de la fecha en la que se presentó la solicitud de interpretación, tal desacuerdo no puede siquiera haberse manifestado.⁸⁶ Coincidimos con la aseveración del profesor Jullý, quien subraya el carácter temerario de la solicitud presentada por los juristas encargados de defender los intereses colombianos, que pudo haber valido a sus autores hasta una sanción en varios sistemas judiciales nacionales.⁸⁷

3. *Votos particulares*

Se anexó a la sentencia una sucinta declaración del juez *ad hoc* Caicedo, en la que expresaba que consideraba que el artículo 60 podía recibir una

⁸³ *Ibidem*, p. 402.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 402 y 403.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 403.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Jullý, Laurent, *op. cit.*, p. 46.

interpretación menos restrictiva, siguiendo lo decidido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Planta de Chorzow*.⁸⁸

V. CASO DE HAYA DE LA TORRE (FALLO DEL 13 DE JUNIO DE 1951)

El 28 de noviembre de 1950, el ministro de Relaciones Exteriores y Culto del Perú contactó a la embajada de Colombia aseverando que la sentencia del 27 de noviembre había evidenciado que el asilo otorgado a Haya de la Torre era irregular, y por lo tanto el asilado debía ser entregado a las autoridades peruanas. El ministro de Relaciones Exteriores de Colombia rechazó dicha solicitud, argumentando que la entrega iría en contra de la sentencia mencionada, así como de la Convención de La Habana.⁸⁹

Ante las evidentes discrepancias relativas a los alcances de la sentencia, el 13 de diciembre de 1950, Colombia dirigió una comunicación al secretario de la Corte, en la que le compartía el desacuerdo existente entre los dos países, y solicitaba que, con base en el ya mencionado artículo 7 del Protocolo de Amistad y Cooperación de 1934, la Corte estableciera si existía una obligación para Colombia de entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas.⁹⁰

1. Competencia

De acuerdo con lo mencionado por la Corte, la conducta de las partes durante el procedimiento fue suficiente para establecer su competencia.⁹¹ Cabe recalcar que el tenor de la sentencia confirma que aun en el caso en que las partes reconocen la competencia de la Corte, y aunque no exista

⁸⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case*, fallo..., cit., p. 404.

⁸⁹ “Requête introductive d’instance”, anexos 2 y 3. Todos los documentos presentados por las partes y emitidos por la Corte en el marco del presente caso (*Haya de la Torre (Colombia v. Perú)*), y a los cuales se aludirá a lo largo de este apartado del artículo, han sido digitalizados y se encuentran disponibles como parte del expediente virtual del caso en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/14>.

⁹⁰ El mencionado artículo hace referencia a la posibilidad, para uno de los dos Estados, de iniciar procedimientos ante la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional, con base en el artículo 36 de su Estatuto (la transcripción del artículo puede consultarse en “Requête introductive d’instance”, anexo 1, p. 11).

⁹¹ CIJ, *Haya de la Torre (Colombia v. Perú)*, fallo, 13 de junio de 1951, p. 78.

objeción alguna sobre el tema, el tribunal evaluará de todas formas si considera que tiene competencia para oír el caso.⁹²

2. Aspectos procesales e intervención de Cuba

Las partes acordaron limitar sus actuaciones a la presentación de una memoria y una contramemoria; las fechas de entrega de los documentos fueron fijadas por la Corte al 7 de febrero y al 15 de marzo de 1951, respectivamente.⁹³ Se realizaron audiencias públicas del 15 al 17 de mayo, así como el 13 de junio de 1951.

Cabe aclarar que los jueces *ad hoc* nombrados para el primer asunto fueron ratificados en ese papel para el caso aquí reseñado, y que el juez Azevedo falleció el 7 de mayo de 1951. Tanto el Perú como Colombia designaron a nuevos agentes principales en esta fase final.

Desde antes que entregara su memoria, Colombia señaló que invocaba la Convención de La Habana y solicitaba al secretario de la Corte que diera curso a lo dispuesto en el artículo 63 del Estatuto de la Corte,⁹⁴ por lo que éste transmitió la solicitud presentada por Colombia a los Estados que habían participado en la Convención.⁹⁵

A través de una carta del 15 de febrero de 1951, el ministro de Estado de la República de Cuba presentó un escrito, en el que destacaba en primer lugar dos principios cardinales en materia de asilo: el derecho para el Estado otorgante de valorar la naturaleza del delito imputado al asilado, y la emisión de un salvoconducto como solución natural al asilo otorgado; relataba seguidamente la práctica cubana en materia de asilo, y en una tercera parte presentaba la interpretación de su país respecto de la Convención de La Habana, con base en los dos principios identificados inicialmente.⁹⁶

Es de subrayarse que Perú manifestó objeciones al documento, por considerarlo equiparable a una apelación de la sentencia del 20 de noviem-

⁹² Sandonato de León, Pablo, *op. cit.*, p. 161.

⁹³ Ordonnance du 3 janvier 1951, p. 6.

⁹⁴ “Artículo 63.

1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados.

2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él”.

⁹⁵ Jully, Laurent, *op. cit.*, p. 48. Para el texto de las comunicaciones enviadas, véase “Correspondance” (en particular, los documentos 10 y 11).

⁹⁶ “Declaration of Intervention by the Government of Cuba”, pp. 118-120.

bre de 1950 formulada por un tercer Estado, y de manera extemporánea.⁹⁷ Coincidimos con la postura esgrimida por el doctor Pablo Sandonato de León, según la cual —únicamente con base en el escrito— la intervención no debió autorizarse, dado que el documento cubano abordaba cuestiones ya tratadas en la sentencia original;⁹⁸ sin embargo, durante las audiencias, la representante de Cuba aclaró que ésta se basaba en un aspecto de la Convención que no había sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en la sentencia original, concretamente, la entrega del asilado.⁹⁹

En vista de lo anterior, el documento fue finalmente considerado como una declaración de intervención en el sentido del artículo 63 del Estatuto, y admitido por el tribunal, ya que cumplía con el requisito de que “estuviera relacionad[o] con el objeto del procedimiento en curso”;¹⁰⁰ se convirtió entonces en la primera declaración de esta índole presentada en el marco de un procedimiento incoado ante la Corte.

3. *Litis y argumentos de las partes*

En su memoria,¹⁰¹ Colombia comienza refiriéndose a un “nuevo diferendo” surgido entre las partes, con motivo de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, aclarando que ésta le impone dos obligaciones —no reclamar un derecho de calificación unilateral y definitiva del delito cometido por el señor Haya de la Torre, y no solicitar al Perú un salvoconducto— condiciones que está dispuesta a acatar, por lo que considera que ha dado cabal cumplimiento a la sentencia. Seguidamente, presenta argumentos tendientes a defender la postura según la cual no existe obligación alguna para ella de entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas, basados en parte en una práctica latinoamericana, que estima bien establecida, de no entregar a asilados acusados por delitos políticos, aseverando que hacerlo violentaría el “orden público internacional de Latinoamérica”.¹⁰²

Concretamente, Colombia solicitó a la Corte:¹⁰³

⁹⁷ Lettre de l’agent du Pérou au Greffier de la Cour.

⁹⁸ Sandonato de León, Pablo, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁹ En este sentido, el lector puede referirse a las observaciones formuladas por la señora Flora Díaz Parrado, agente de la República de Cuba: “Procès-verbal des séances tenues du 13 au 17 mai et le 13 juin 1951”, anexo 4, p. 150.

¹⁰⁰ *Haya de la Torre*, fallo..., *cit.*, pp. 76 y 77.

¹⁰¹ “Mémoire présenté au nom du Gouvernement de la République de Colombie”.

¹⁰² *Ibidem*, en particular, pp. 19 y 25 ss.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 32.

Que diga de qué manera el fallo del 20 de noviembre de 1950 debe ser ejecutado por Colombia y Perú, y que, además, declare y juzgue que Colombia no está obligada a entregar al Sr. Víctor Raúl Haya de la Torre en ejecución del mencionado fallo del 20 de noviembre de 1950.

En dado caso que la Corte no emita decisión en relación con la conclusión precedente, que declare y juzgue, en el ejercicio de su competencia ordinaria, que Colombia no está obligada a entregar al acusado político Sr. Víctor Raúl Haya de la Torre a las autoridades peruanas.

Por su lado, Perú, en su contramemoria,¹⁰⁴ observó que Colombia, de nuevo, buscaba obtener por parte de la Corte una declaración según la cual no estaría obligada a entregar a Haya de la Torre, siendo que la sentencia del 20 de noviembre de 1950 establece claramente que el Perú no tiene obligación alguna de emitir un salvoconducto que le permita salir del país. Evidenció también lo que consideró ser una contradicción: que Colombia pretenda haber cumplido con lo establecido en la sentencia original, y al mismo tiempo solicite a la Corte de qué manera debe ejecutarse esa misma sentencia.¹⁰⁵

Para el Perú, Colombia no podía haber ejecutado la sentencia, debido a que tal ejecución requería un acto positivo; Colombia se encontraba “en posesión del objeto del litigio y tenía en sus manos la eficacia de la decisión”. Por ello, Colombia no buscaba la manera de ejecutar la sentencia, sino la mejor forma de sustraerse a su ejecución, manteniendo así el *statu quo* y la ilegalidad.¹⁰⁶

En la contramemoria, Perú rechazó también la interpretación de Colombia, tendiente a afirmar que la Corte habría reconocido que Haya de la Torre era un acusado político.¹⁰⁷

En la última parte del documento, Perú cita a varios autores que abordan la temática de la ejecución de sentencias internacionales, recalcando la importancia no sólo de su ejecución formal, sino también de su realización efectiva a través de los actos indispensables para lograrlo,¹⁰⁸ antes de pedir a la Corte:¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Haya de la Torre*, contramemoria presentada por el gobierno de la República del Perú, 15 de marzo de 1951.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 88, 94 y 95.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 92 y 93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 98.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 101.

I. Declarar de qué manera Colombia debe ejecutar el fallo del 20 de noviembre de 1950;

II. Desestimar las conclusiones de Colombia que buscan que la Corte declare, sin más, que Colombia no está obligada a entregar a Víctor Raúl Haya de la Torre a las autoridades peruanas.

III. En el caso en que la Corte no se pronuncie sobre la conclusión no. I, declare y juzgue que el asilo otorgado al Sr. Víctor Raúl Haya de la Torre el 3 de enero de 1949 y mantenido hasta la fecha, habiendo sido considerado en violación del artículo 2, párrafo 2, del Tratado de La Habana de 1928, debió haber cesado inmediatamente después de que se dictara el fallo de la Corte del 20 de noviembre de 1950 y debe cesar ya sin dilación, a efectos de que la justicia peruana pueda reanudar su actuación, actualmente interrumpida.

4. Resolución

En relación con la principal conclusión de Colombia y la primera del Perú, la Corte decidió por unanimidad que no podía darles efecto, por lo que las rechazaba. Asimismo, por trece votos contra uno, determinó que Colombia no estaba obligada a entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas. Finalmente, de forma unánime, estableció que el asilo, que debió darse por concluido a raíz de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, tenía que cesar.

Después de presentar su análisis sobre la intervención de Cuba, el tribunal comenzó por aclarar que en su sentencia del 20 de noviembre de 1950 se había limitado a definir las relaciones jurídicas que la Convención de La Habana había establecido entre las partes, y no había determinado ninguna manera específica de poner fin al asilo; agregó que no se encontraba en posibilidades de identificar una solución específica a la situación, ya que ello no cabía dentro de la función judicial que le incumbe.¹¹⁰ Sobre este punto, el doctor Jully apunta atinadamente que la sentencia original era en efecto una sentencia declaratoria, que constataba un derecho, y no un fallo susceptible de ejecución material.¹¹¹

Atendiendo la segunda parte de la petición principal de Colombia, la Corte opinó que no podía pronunciarse sobre la obligación para ese país de entregar o no al asilado *en ejecución* de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, ya que ese tema no había sido sometido a la Corte durante el procedimiento que llevó al fallo aludido, y por lo tanto tampoco había sido decidido

¹¹⁰ Haya de la Torre, fallo..., *cit.*, p. 79.

¹¹¹ Jully, Laurent, *op. cit.*, p. 51.

por ella, volviendo entonces imposible deducir cualquier conclusión relativa a la existencia o ausencia de la obligación de entregar al asilado.¹¹²

Por lo que atañe a la segunda solicitud de Colombia, el tribunal recalcó que aunque la Convención de La Habana establece que el asilo debe ser una situación provisional, y que no resulta deseable que se prolongue por tiempo indeterminado, no define dicho periodo. La Corte recordó que en el caso de personas que han cometido delitos de carácter político, la Convención indica que para poner fin al asilo se emitirá un salvoconducto que les permita abandonar el país; pero de conformidad con la parte conducente de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, dicho salvoconducto resulta exigible únicamente si el asilo ha sido concedido y mantenido de acuerdo con las reglas, y si el Estado territorial ha solicitado que el asilado abandone el país. Fuera de estos supuestos, la Convención no prevé manera específica de poner fin al asilo, por lo que la Corte afirmó que no podía interpretarse este silencio como estableciendo una obligación de entregar al asilado, en el caso de un asilo considerado irregular, ya que ello iría en contra de la tradición latinoamericana existente en materia de asilo político, que plantea que en tales situaciones los asilados no deben ser entregados. Agregó que la ausencia de una regla jurídica sobre el tema reflejaba una postura adoptada por las partes en la Convención, que indicaban de esa manera el deseo de mantener la discusión en la esfera política.¹¹³ Esta referencia de la Corte a una tradición latinoamericana que hubiera inspirado la Convención parecía confirmar que una práctica preexistente podía ser un elemento a considerar para interpretar las disposiciones de un tratado subsecuente.¹¹⁴

En otro apartado de su sentencia, la Corte enfatizó también que, aunque había encontrado en su sentencia del 20 de noviembre de 1950 que el asilo no debería ser utilizado para obstaculizar la acción de la justicia, ello no significaba que el Estado que ha otorgado un asilo de manera irregular a un individuo que ha cometido un delito político debería necesariamente entregar al asilado a las autoridades locales, en vista de que la Convención no contenía una disposición explícita en este sentido.¹¹⁵

En cuanto al estatus de Haya de la Torre, la Corte recalcó que éste debería ser considerado como acusado de un delito político, recordando que en su sentencia original había encontrado que el Perú no había probado que los

¹¹² Haya de la Torre, fallo..., *cit.*, p. 79.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 80 y 81

¹¹⁴ Sandomato de León, Pablo, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁵ Haya de la Torre, fallo..., *cit.*, p. 81.

hechos que se reprochaban al asilado constituían delitos comunes, y que el asilo no había sido otorgado en apego a la Convención.¹¹⁶

Por lo que corresponde a la tercera conclusión del Perú, la Corte también determinó que las palabras “a efectos de que la justicia peruana pueda reanudar su actuación”, incluidas al final de la misma conclusión, resultaban inadmisibles, dado que parecían indicar una solicitud indirecta de entrega del asilado.¹¹⁷

Finalmente, la Corte concluyó que el asilo debía terminarse, pero que Colombia no estaba obligada a cumplir con este mandamiento a través de la entrega de Haya de la Torre a las autoridades peruanas, ya que existían otras opciones para poner fin al asilo, y que correspondía a los Estados involucrados determinar qué solución práctica sería la más conveniente para lograr dicho fin.¹¹⁸

5. *Votos particulares*

En anexo a la sentencia, se incluyó un párrafo en el que se hacía constar que el juez *ad hoc* Alayza y Paz Soldán hubiera suscrito en su totalidad el texto adoptado por sus colegas si éste hubiera indicado que Colombia no estaba obligada a entregar al refugiado como única forma para dar cumplimiento a la sentencia; el juez decidió emitir esta declaración en vista de la posible confusión que pudiera generarse, a su criterio, sobre este punto.¹¹⁹

6. *Cumplimiento*

El desenlace de la situación no fue inmediato: pasaron casi tres años desde que se pronunció la última sentencia hasta que el 22 de marzo de 1954, los dos países firmaron un acuerdo con base en el cual la embajada colombiana se comprometía a entregar a Víctor Raúl Haya de la Torre a las autoridades del Perú para su posterior expulsión del país. El 6 de abril, Colombia puso fin al asilo, y Haya de la Torre salió del territorio peruano en un vuelo rumbo a México.¹²⁰

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 82.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 84.

¹²⁰ Sepúlveda Amor, Bernardo y Villarino Villa, Cristina, *op. cit.*, p. 46.

VI. CONCLUSIÓN

Fueron entonces necesarios un total de cinco años y cuatro meses, así como tres sentencias de la Corte, para que el señora Haya de la Torre pudiera abandonar el recinto diplomático. Dichas decisiones han sido objeto de múltiples comentarios doctrinales, que expresan a veces posturas encontradas.

La sentencia emanada de la Corte en el primer caso constituye una importante contribución a la doctrina del derecho internacional, y sigue siendo ampliamente citada, particularmente en lo que atañe a los criterios de comprobación de la existencia de una costumbre. Sin embargo, varios autores han criticado ese primer fallo debido a la incapacidad de la Corte de apreciar adecuadamente el significado de la expresión “derecho internacional americano”. Como se apuntó con anterioridad, la opinión disidente del juez Álvarez recibió también mucha atención en los círculos académicos.

Por su parte, el fallo emitido en respuesta a la solicitud de interpretación de la primera decisión asentó un precedente importante en cuanto a los parámetros aplicables a peticiones de ese tipo, y la imposibilidad de requerir la interpretación de elementos que rebasen los límites de la *res judicata* de la sentencia original.¹²¹

En cuanto a la decisión correspondiente a la última fase de la trilogía, ha sido una de las más criticadas en la historia de la Corte.¹²² Algunos autores han opinado que los jueces debieron decidir que Colombia tenía la obligación de poner término al asilo y entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas, en vista de la irregularidad del asilo;¹²³ también llamó la atención de algunos comentaristas que para este tercer fallo, la Corte respaldara aparentemente la utilidad normativa de la práctica regional para la interpretación de la Convención de La Habana.¹²⁴ Sin embargo, el reconocimiento que realizó la Corte acerca del principio de *non-refoulement* —no devolución— sigue considerado de suma importancia hasta la fecha.¹²⁵

De manera más general, la Corte fue criticada por haber emitido *decisiones* en lugar de *soluciones*, lo que ha sido calificado en algunos círculos como equiparable a un *non liquet*.¹²⁶ Para el Profesor Gonidec, al confinarse

¹²¹ Kolb, Robert, *The International Court of Justice*, Londres, Hart Publishing, 2013, p. 790.

¹²² Sandomato de León, Pablo, *op. cit.*, p. 160.

¹²³ Véase en este sentido Barcia Trelles, Camilo, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁴ Por ejemplo, Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, p. 574, y Sandomato de León, Pablo, *op. cit.*, p. 164.

¹²⁵ Goodwin-Gill, Guy S., *op. cit.*, p. 180.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 172.

en su papel meramente judicial, la Corte optó por no colmar las lagunas de la Convención de La Habana, adoptando un método de interpretación restrictiva que aplicó a las pretensiones tanto de Colombia como de Perú, a pesar de que la tradición latinoamericana pudo haberle permitido interpretar el instrumento en un sentido conforme a la intención de las partes; ello tuvo como consecuencia una desnaturalización de la concepción clásica del asilo, al eliminar la distinción entre los autores de delitos políticos y los autores de derecho común.¹²⁷ Otros estudiosos opinaron que la tramitación del asunto por la Corte fue la correcta, considerando que éste no se prestaba fácilmente a un arreglo judicial, con base en la *lex lata* —la Convención de La Habana—, y que también hubiera sido criticable que actuara *ultra legem* —asumiendo prácticamente el papel de un “legislador judicial”—, por lo que hubiera sido preferible que se sometiera a una comisión de conciliación o a un árbitro dotado de poderes amplios y habilitado para emitir una decisión en equidad.¹²⁸

Independientemente de lo anterior, la trilogía de decisiones pronunciadas por la Corte significó sin duda un punto de inflexión en el abordaje del tema del asilo, e impulsó un desarrollo normativo destacable en la materia, que permitió atender algunas de las inconformidades expresadas en varios círculos a raíz de los fallos. Por ejemplo, en 1954 se firmaron dos nuevos instrumentos en el marco de la X Conferencia Panamericana celebrada en Caracas. La Convención sobre Asilo Territorial¹²⁹ establece en su artículo I que todo Estado “tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente”, y el artículo III, que ningún Estado “está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos”. Por su lado, la Convención sobre Asilo Diplomático¹³⁰ reza que “[t]odo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega” (artículo II), y posteriormente enlista disposiciones que van en el sentido de los pronunciamientos efectuados por la Corte en las sentencias aquí reseñadas, estableciendo que la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución corresponde al Estado asilante (artículo IV); los casos de urgencia abarcarán aquellos en que el individuo

¹²⁷ Gonidec, Pierre-François, *op. cit.*, pp. 591 y 574.

¹²⁸ Jullý, Laurent, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

¹²⁹ Convención sobre Asilo Territorial, firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-47.html>.

¹³⁰ Convención sobre Asilo Diplomático, firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp.

sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política (artículo VI), y que el Estado asilante determinará si existe urgencia (artículo VII), y que el Estado asilante podrá pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial estará obligado a otorgar inmediatamente, con excepción de casos de fuerza mayor, las garantías necesarias y el correspondiente salvoconducto (artículo XII).¹³¹

En las décadas de los 1950 y 1960, el tema del asilo fue también ampliamente discutido en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como en la Comisión de Derecho Internacional, entre otros foros.¹³²

A pesar de los adelantos aquí mencionados, es preciso reconocer que aunque la noción de asilo diplomático corresponde al ámbito jurídico, la decisión de otorgarlo o no sigue a menudo obedeciendo a motivaciones políticas, al igual que la forma en la que aquél debe concluirse. De esta suerte, como lo han puesto en evidencia episodios recientes y lo expresó en su momento el profesor Hersch Lauterpacht, los asilados se encuentran en un estado de incertidumbre y suspenso, que puede a veces ser prolongado, ubicándolos así en una situación que resulta incompatible con la idea de dignidad humana,¹³³ y haciéndoles anhelar soluciones que el derecho aún no puede proporcionar.¹³⁴

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz *et al.*, *A Latin American Guide to the International Court of Justice Case Law*, Londres, Cambridge Scholars Publishing, 2016.

BARCIA TRELLES, Camilo, “El derecho de asilo diplomático y el caso *Haya de la Torre*. Glosas a una sentencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, núm. 1, 1951.

BARCIA TRELLES, Camilo, “El derecho de asilo diplomático y el caso *Haya de la Torre*. Glosas a una sentencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. III, núm. 3, 1950.

¹³¹ Cabe aclarar que ninguno de los dos tratados ha logrado alcanzar una unanimidad de ratificaciones entre los países de América Latina.

¹³² Goodwin-Gill, Guy S., *op. cit.*, p. 180.

¹³³ *Ibidem*, p. 181.

¹³⁴ *Idem*.

- FASSBENDER, Bardo y PETERS, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GONIDEC, Pierre-François, “L’affaire du droit d’asile”, *Revue générale de droit international public*, vol. 55, 1951.
- GOODWIN-GILL, Guy S., “*Asylum Colombia v. Perú, 1949* and Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the *Asylum Case Colombia v. Perú, 1950*”, en ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz y SOREL, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*, Londres, Routledge, 2017.
- GUILLÉN, Fedro, *Una revolución: añoranzas, fantasmas, realidades*, México, UNAM, 1993.
- JULLY, Laurent, “L’asile diplomatique devant la Cour internationale de Justice”, *Die Friedens-Warte*, vol. 51, 1951/53.
- KOLB, Robert, *The International Court of Justice*, Londres, Hart Publishing, 2013.
- KOUASSI KANGA, Bertin, *Précis de jurisprudence de la Cour internationale de justice*, París, Publibook, 2004.
- SANDONATO DE LEÓN, Pablo, “*Haya de la Torre Colombia v. Perú, 1950*”, en ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz y SOREL, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*, Londres, Routledge, 2017.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo y VILLARINO VILLA, Cristina, *La práctica latinoamericana ante la Corte Internacional de Justicia*, serie Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, núm. 1, 2011.
- URSÚA, Francisco A., *El asilo diplomático. Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del asilo concedido en la Embajada de Colombia en Lima al Dr. Víctor Raúl Haya de la Torre*, México, Cultura, 1952.

Decisiones de cortes y tribunales internacionales

- CIJ, *Asylum (Colombia v. Peru)*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/7>.
- CIJ, *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/14>.
- CIJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/13>.

COMENTARIO DEL CASO *HAYA DE LA TORRE* DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance de la función judicial de la Corte en materia de asilo diplomático: una sorprendente autolimitación por motivos políticos*. III. *La permanencia de la incertidumbre jurídica en materia de asilo diplomático, a 69 años del caso Haya de la Torre*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los casos *Haya de la Torre*¹ y *Derecho de Asilo*² son las dos únicas sentencias en que la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) se ha pronunciado sobre los temas y problemas jurídicos que surgen en torno a una práctica muy controvertida en el ámbito de las relaciones internacionales: la de otorgar “asilo diplomático”.

Ambos casos tratan de hechos, originados en la inestable vida política peruana de inicios del siglo XX. De igual modo, el protagonista de los dos asuntos es el ya difunto líder de APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana), Víctor Raúl Haya de la Torre.

Víctor Raúl Haya de la Torre era un líder político peruano, participante en la coalición que trajo a la presidencia de Perú a José Luis Bustamante y Rivero. Después de un golpe de Estado en contra de Bustamante, el nuevo presidente, Manuel A. Odria, impuso una dictadura militar e inició una persecución política en contra de los líderes de APRA, incluyendo a Víctor Raúl Haya de la Torre. Pocos meses después de haber desaparecido, Haya de la Torre se presentó en la embajada de Colombia en Lima para solicitar asilo diplomático. El jefe de la misión diplomática colombiana se lo otorgó

¹ CIJ, *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)*, fallo, 13 de junio de 1951.

² CIJ, *Asylum (Colombia v. Peru)*, reconvención, fallo, 20 de noviembre de 1950.

el 3 de enero de 1949 y, posteriormente, se comunicó con el gobierno de Perú para demandar la concesión de un “salvoconducto” que permitiera a Haya de la Torre abandonar el territorio peruano sin ser detenido. Ante la negativa de Perú de otorgar dicho salvoconducto y la ausencia de un arreglo diplomático de la controversia, Colombia y Perú decidieron someter su resolución a la CIJ.

En el caso *Derecho de asilo*, Colombia alegó que el asilo diplomático otorgado a Haya de la Torre era conforme con las reglas del “derecho internacional americano” y de una “costumbre regional o local, propia a los Estados latinoamericanos”. Por su parte, Perú demandaba a la Corte, reconocer el carácter irregular del asilo diplomático, que, según la postura oficial de su gobierno, violaba varias normas convencionales del derecho internacional. En lo particular, Perú alegaba que Colombia había incumplido con sus obligaciones internacionales en materia de asilo diplomático, porque en varias normas de derecho internacional, aplicables en las relaciones entre los dos países, se establecía que dicho asilo sólo podía ser acordado a personas inculpadas de “delitos políticos”. Según la posición peruana, Haya de la Torre era un “delincuente”, perseguido en Perú, por delitos del orden común. Por su parte, Colombia estimaba que la calificación de la naturaleza del delito por el cual está inculpado un individuo que solicita asilo diplomático sólo le corresponde al Estado que decide si lo otorga o no; en este caso, Colombia.

En su sentencia en el caso *Derecho de asilo*, la Corte rechazó los argumentos de Colombia, y consideró que este Estado estaba facultado para determinar la naturaleza del delito sólo en forma provisional, y que la calificación así realizada no era vinculante para Perú. No obstante, la Corte consideró que Perú no había comprobado que el delito del cual era inculpado Haya de la Torre constituía efectivamente un “delito común”. La Corte enfatizó, además, que no existía una costumbre regional latinoamericana en materia de asilo diplomático, por lo que su regulación debía apegarse a las reglas escritas, contenidas en los tratados internacionales vigentes entre las partes en la controversia. En este sentido, la Corte afirmó que ninguno de dichos acuerdos establecía una obligación para el Estado territorial de otorgar un salvoconducto cada vez que éste le sea solicitado por el Estado otorgante del asilo diplomático. Finalmente, la Corte consideró que la concesión del asilo a Haya de la Torre no era conforme con las disposiciones de uno de estos acuerdos: la Convención de La Habana sobre el Asilo Diplomático.³ Por lo

³ En efecto, en virtud de las disposiciones de la Convención, el asilo sólo puede ser otorgado en circunstancias de “urgencia”, que no se presentaban en el presente caso, porque

tanto, Colombia tenía la obligación de poner fin al asilo diplomático indebidamente otorgado a Haya de la Torre, en violación de normas de derecho internacional, de naturaleza convencional.

Así motivada, la sentencia de la CIJ en el caso *Derecho de asilo* planteaba un vacío jurídico con importantes implicaciones prácticas. ¿Qué debía pasar con Haya de la Torre, que a la fecha de la adopción de la sentencia permanecía recluido en la embajada de Colombia en Perú? ¿Cómo debía Colombia poner fin al asilo diplomático indebidamente otorgado a Haya de la Torre? ¿Tenía Colombia la obligación de entregarlo a las autoridades peruanas para que éste, efectivamente, fuera sometido a un proceso judicial o, al contrario, le incumbía el deber de mantenerlo a salvo en su embajada hasta no obtener, por parte de Perú, garantías respecto a su seguridad e integridad personal?

Aunque estas preguntas resultaban obvias, ninguna de las dos partes las había incluido en sus alegatos escritos ante la Corte, y ésta había preferido guardar silencio al respecto. Colombia intentó obtener respuestas a las mismas a través de una demanda de interpretación del fallo *Derecho de asilo*, presentada con base en el artículo 60 del Estatuto de la CIJ.⁴ La Corte rechazó dicha demanda, porque versaba sobre un aspecto nuevo, no incluido en la sentencia, cuya interpretación se solicitaba. Consecuentemente, Colombia y Perú tuvieron que iniciar un nuevo caso contencioso ante la CIJ.

Así, el asunto *Haya de la Torre* se originó en una demanda, presentada por el gobierno de Colombia, el 13 de diciembre de 1950. En dicha demanda, Colombia solicitaba a la CIJ, determinar los efectos de su anterior sentencia *Derecho de asilo*. En particular, Colombia solicitaba a la Corte aclarar, en virtud del “derecho internacional americano”, si este Estado estaba obligado a entregar a Víctor Raúl Haya de la Torre a Perú. Por su parte, en sus alegatos, Perú demandaba a la Corte, en primer lugar, determinar los efectos de lo resuelto en el fallo *Derecho de asilo* y, en segundo lugar, reconocer que Colombia estaba en la obligación de poner fin al asilo diplomático indebidamente otorgado a Haya de la Torre, en forma “inmediata”, “para

habían pasado tres meses desde que Haya de la Torre había sido inculcado de delito por la justicia peruana y la fecha en la que se presentó en la embajada colombiana para solicitar asilo diplomático. Según la Corte, no se trataba de proteger a Haya de la Torre, “por razones humanitarias, de la acción violenta y desordenada de elementos irresponsables de la población”, ya que el único peligro que enfrentaba este político era el de ser sometido a un proceso judicial (*Asylum...*, cit., p. 282).

⁴ En virtud de dicha disposición: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

que la justicia peruana pudiera retomar el curso suspendido de su ejercicio normal”.⁵

Como uno de los tratados internacionales invocados por las partes en el caso *Derecho de asilo* era la Convención sobre el Asilo Diplomático, firmada en La Habana, el gobierno de Cuba presentó comunicaciones escritas en el procedimiento iniciado ante la Corte, en virtud del artículo 63 de su Estatuto.⁶ La intervención de Cuba fue finalmente admitida por la CIJ, pero con otra base —la del artículo 66 del Estatuto—. ⁷

Como lo señaló la propia Corte, tanto Colombia como Perú habían aceptado su competencia para pronunciarse en el presente caso, y no habían objetado, en forma alguna, a su jurisdicción para resolver el fondo de la controversia.

Es de señalarse que dicha controversia presentaba aspectos políticos muy complejos, que en sí caracterizan a la práctica, incluso actual, de los Estados en materia de asilo diplomático. La complejidad del asunto contrasta con la argumentación particularmente lacónica que desarrolló la CIJ en el caso *Haya de la Torre*. En efecto, la Corte dedicó únicamente cinco páginas, en total, al análisis del fondo de la controversia. Este sintetismo extremo de la CIJ es de resaltarse, si se le compara con el volumen vertiginoso de algunas de sus sentencias más recientes (entre cincuenta y cien páginas, en promedio). Es de estimarse que este carácter sintético demuestra el malestar, incluso discursivo de la Corte, ante la necesidad de definir reglas jurídicas precisas que regulen la práctica del asilo diplomático en el derecho internacional.

En este sentido, la resolución del caso *Haya de la Torre* manifiesta una sorprendente autolimitación de la función judicial de la CIJ en materia de asilo diplomático (I). Dicha autolimitación obedece a criterios políticos, y no ha hecho más que aumentar la falta de certeza respecto al régimen jurídico del asilo diplomático en el derecho internacional contemporáneo. Aun así, es de constatar que a 69 años de su adopción, la incertidumbre jurídica que generó la sentencia *Haya de la Torre* en torno al asilo diplomático conserva plena vigencia (II).

⁵ *Haya de la Torre...*, cit., p. 8.

⁶ En virtud de dicha disposición: “1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados. 2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él”.

⁷ *Haya de la Torre...*, cit., p. 10.

II. EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE EN MATERIA DE ASILO DIPLOMÁTICO: UNA SORPRENDENTE AUTOLIMITACIÓN POR MOTIVOS POLÍTICOS

1. *La negativa de la CIJ de pronunciarse sobre las consecuencias del otorgamiento indebido del asilo diplomático a Haya de la Torre*

En su resolución del caso *Haya de la Torre*, la CIJ señaló que las conclusiones de ambas partes tienden a obtener de la Corte una decisión sobre la manera en la que debe ponerse fin al asilo diplomático otorgado a Haya de la Torre, en violación de normas internacionales de naturaleza convencional.⁸ En este sentido, la CIJ recordó que su sentencia anterior en el asunto *Derecho de asilo* se había limitado a definir las relaciones de derecho (*les rapports de droit*, en la versión en francés de la sentencia) entre las partes, en virtud de dichas normas (en particular, las contenidos en la Convención de La Habana sobre el Asilo Diplomático). Dicho fallo no comportaba, por lo tanto, ningún mandato para las partes, y solamente implicaba su obligación de respetarlo. Según la Corte,⁹ la forma interrogativa de sus alegatos en el presente caso demuestra que las partes esperaban que la CIJ escogiera entre las distintas vías, a través de las cuales se puede dar término al asilo diplomático. No obstante, en términos de la Corte, dichas vías son condicionadas por elementos fácticos y por posibilidades, que en gran medida sólo pueden ser apreciadas por las partes. La elección de una de estas vías no podría realizarse conforme a criterios jurídicos, sino solamente por consideraciones de naturaleza política o de oportunidad política. Por lo tanto, la realización de dicha elección no entraba dentro de la función judicial de la Corte.¹⁰ Al final de la sentencia, la Corte volvió a precisar que “no puede dar ningún consejo práctico respecto a las vías que deberían ser seguidas” por los Estados para poner término al asilo, porque si hiciera eso “se saldría del marco de su función judicial”.¹¹

A través de estos considerandos, la Corte confirmó lo establecido en el caso *Derecho de asilo*. En dicho asunto, la CIJ estimó que no era posible alegar un derecho de asilo diplomático sin que existiera una base jurídica sólida (de carácter convencional o consuetudinario) para su invocación en el derecho internacional. De igual modo, en el presente caso, la Corte consideró

⁸ *Haya de la Torre*..., cit., p. 11.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Haya de la Torre*..., cit., p. 83.

que no existen en el derecho internacional, criterios jurídicos relativos a la manera en la que debe terminarse un asilo indebidamente otorgado, y, por lo tanto, no le corresponde a la Corte, como órgano judicial, pronunciarse sobre este punto. En segundo lugar, según la CIJ, dicho término sólo obedece a criterios políticos y/o de conveniencia política, que no entran en la función judicial que le compete ejercer, en su cualidad de “principal órgano judicial de la ONU”. Ambas afirmaciones necesitan ser precisadas, en la medida en la que constituyen una sorprendente autolimitación de la función judicial de la Corte ante una institución como la del asilo diplomático, que históricamente carece de una regulación jurídica sólida en el derecho internacional, y, efectivamente, obedece a criterios más bien políticos que jurídicos.

La negativa de la Corte de determinar la manera en la que debe terminarse un asilo diplomático otorgado en violación de normas internacionales convencionales se explica por la ausencia de reglas jurídicas, de aplicación universal, que determinen las condiciones relativas al otorgamiento o al cese del mismo.

El asilo diplomático constituye un asilo no territorial,¹² y permite a un individuo refugiarse en los locales de una misión diplomática y/o en la residencia oficial del jefe de dicha misión. Se trata de una práctica muy antigua de la historia de la humanidad que ha evolucionado a lo largo de los siglos.¹³ El asilo diplomático se produce cuando el Estado que ha enviado la misión diplomática permanente (“Estado acreditante”, según los términos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas) se niega a entregar un individuo a las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentra la misión diplomática (“Estado receptor”, en el texto de la Convención de Viena), como consecuencia de la imposibilidad para los agentes de dicho

¹² Es posible distinguir el asilo territorial del asilo no territorial. Como su nombre lo indica, el asilo territorial es el que otorga el Estado en su propio territorio, y el no territorial es el que el Estado concede en el territorio de otro Estado (por ejemplo, a bordo de buques o aeronaves, y en los locales de las misiones diplomáticas y/o oficinas consulares que se encuentren en el exterior).

¹³ En las civilizaciones antiguas, las personas que eran perseguidas en aplicación de la Ley del Tali3n podrían refugiarse en algunos lugares (en particular, templos), considerados como “sagrados”. De igual modo, en la Biblia se narra la historia de las “ciudades santuario”, en las que podrían refugiarse los individuos que habían cometido un crimen, para evitar que los familiares de sus víctimas les reclamaran la “sangre derramada”. Con el desarrollo de la diplomacia permanente en el siglo XVI, el asilo diplomático comenzó a otorgarse en las misiones diplomáticas permanentes y en las residencias oficiales de los jefes de la misi3n diplomática. (Sinha, Prakash, *Asylum and International Law*, The Hague, Martinus Neijhoff, 1927).

Estado de entrar en el interior de los locales de la misión.¹⁴ En efecto, la misión diplomática goza de una serie de privilegios e inmunidades, reconocidos en el derecho internacional consuetudinario desde tiempos inmemorables y codificados en los artículos de la Convención de Viena, con el fin de garantizar, entre otros, la inviolabilidad de la misión diplomática.¹⁵ Es, por lo tanto, este principio de inviolabilidad de la misión diplomática, una base normativa en el derecho internacional que posibilita, en los hechos, el otorgamiento del asilo diplomático.

No obstante, existen otras normas y principios, tanto convencionales como consuetudinarios, que limitan e incluso parecen prohibir la concesión del asilo diplomático. A diferencia del asilo territorial, que se basa en el principio de soberanía territorial del Estado, el asilo diplomático constituye una excepción, o inclusive una violación de dicho principio.¹⁶ En particular, el asilo diplomático viola el principio de plenitud y exclusividad de la competencia territorial del Estado.¹⁷ Como lo señaló el árbitro Max Huber en la famosa sentencia “Isla de Palmas”, “La soberanía en las relaciones interestatales equivale a independencia. La independencia respecto a una parte del globo (terrestre) es el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado”.¹⁸ El asilo diplomático afecta precisamente esta independencia en el ejercicio de las funciones estatales, porque permite a un Estado, exentar a un individuo de la aplicación

¹⁴ En virtud del artículo 1 i) de la CVRD, “por «locales de la misión», se entiende los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos”.

¹⁵ En este sentido, el artículo 22 de dicho tratado establece que “1. Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión. 2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad. 3. Los locales de la misión..., no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”. De igual modo, el artículo 30-1 de la Convención de Viena prevé que “1. La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión”.

¹⁶ Dupuy, Pierre-Marie, “La position française en matière d’asile diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 22, p. 744.

¹⁷ El Estado tiene competencias territoriales plenas en el sentido de que pueda adoptar cualquier tipo de medidas (legislativas, administrativas o judiciales) respecto a las personas y objetos que se sitúan en su territorio. Por su parte, la exclusividad de la competencia territorial impide a un Estado ejercer actos de autoridad sobre el territorio de otro(s) Estado(s) (Carreau, Dominique, *Droit international public*, Pédone, 2015).

¹⁸ *Caso de la Isla de Palmas*, Estados Unidos vs. Países Bajos, CPA, 1928.

de las normas jurídicas, adoptadas por otro Estado en su propio territorio; asimismo, el asilo diplomático es una institución que sustrae a un individuo del ejercicio de la competencia normal de los tribunales internos del Estado territorial. La propia CIJ se refirió a esta problemática en su sentencia en el asunto *Derecho de asilo*.¹⁹

Es de señalarse que históricamente existía un intento doctrinal por evitar estas contradicciones, al demostrar que las misiones diplomáticas permanentes no forman parte del territorio del Estado receptor, sino que constituyen una especie de extensión territorial del Estado acreditante. No obstante, esta teoría de la extraterritorialidad ha sido rechazada, y actualmente no encuentra aplicación en el derecho internacional.

El asilo diplomático va en contra de otro principio bien establecido en el derecho internacional: el de no injerencia en los asuntos internos. Como lo establece el artículo 2o., párrafo 7o., de la Carta de las Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...”. En el ámbito del derecho diplomático y consular, el principio de no intervención se ve reflejado en disposiciones específicas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En primer lugar, en virtud del artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas: “1. Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligados a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado...”. En segundo lugar, según la misma disposición: “3. Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están enunciadas en la presente Convención, en otras normas del derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor”. El asilo diplomático suele otorgarse en contextos de inestabilidad política interna en el Estado acreditante, y, como fue señalado anteriormente, tiene por consecuencia la sustracción de un individuo de la aplicación y del respeto “de las leyes

¹⁹ En particular, la Corte señaló que en el caso del asilo diplomático, el asilado se encuentra en el Estado, en cuyo territorio ha cometido un delito. En términos de la Corte, la decisión de otorgar el asilo diplomático constituye una derogación a la soberanía de este Estado. Dicha decisión sustrae al delincuente a la justicia y constituye una intervención en un dominio, reservado exclusivamente a la competencia del Estado territorial. Esta derogación a la soberanía territorial no podría ser admitida, al menos que su fundamento jurídico sea establecido en cada caso particular (*Asylum...*, *cit.*, pp. 274 y 275).

y reglamentos del Estado receptor”. El otorgamiento de asilo diplomático no figura entre las funciones diplomáticas expresamente reguladas en el artículo 3 la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.²⁰ Por lo tanto, existen argumentos jurídicos para considerar que al conceder asilo diplomático a un individuo el Estado acreditante y los miembros de su misión diplomática permanente en el Estado receptor cometen una injerencia indebida en los asuntos internos de este Estado y utilizan los locales de la misión diplomática para fines incompatibles con el ejercicio de sus funciones diplomáticas.

Cabe señalar que en la perspectiva de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados el otorgamiento del asilo diplomático presenta aspectos prácticos que no pueden ser soslayados de los fallidos intentos de regularlo jurídicamente en el derecho internacional. En efecto, la concesión del asilo es de naturaleza tal que pone en peligro no sólo la inviolabilidad de la misión diplomática, sino también la seguridad, e incluso la vida de los propios agentes diplomáticos. Así, por ejemplo, la concesión de asilo diplomático en un consulado de Francia, en un contexto político inestable en Haití en 1915, le costó la vida a un agente diplomático francés, asesinado por una multitud de personas que penetraron los locales de la oficina consular en búsqueda de *vendetta* por el otorgamiento de dicho asilo.²¹

Por otra parte, existen en el derecho internacional, principios y normas que abogan en favor del otorgamiento del asilo diplomático. En general, se considera que el asilo constituye un medio para brindar protección internacional a un individuo por motivos humanitarios. Por ejemplo, en una resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1950,²² retomada casi literalmente por la CIJ en el caso *Derecho de asilo*, se menciona que “el asilo puede ser acordado a todo individuo amenazado en su vida, su integridad

²⁰ En virtud de dicha disposición, “1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor. 2. Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática”.

²¹ Dupuy-Pierre, Marie, *op. cit.*, p. 745.

²² *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol. 43, tome II, p. 377; Travaux préparatoires de la session de Bath de 1950 concernant l'asile en droit international public, *Annuaire de l'Institut de droit international*, pp. 133 y ss.

corporal o su libertad por violencia, emanada de las autoridades locales, de la cual no pueden, manifiestamente, defenderse...”. En la misma resolución se agrega que “en el caso en el que el funcionamiento de los poderes públicos se encuentra manifiestamente desorganizado..., al punto de ya no ofrecer a los particulares garantías suficientes por su seguridad o su vida..., los agentes diplomáticos pueden otorgar o mantener el asilo”, incluso en contra de las demandas de las autoridades locales.

En la doctrina del derecho internacional también se ha considerado que el fundamento del asilo diplomático lo constituye una “práctica humanitaria” o una práctica que se encuentra justificada en “razones humanitarias”.²³ Así, por ejemplo, durante el *apartheid* en Sudáfrica, muchos autores argumentaron que el asilo diplomático debía ser acordado a distintas personas, por “motivos humanitarios”.²⁴ En el fondo se trataría de garantizar la “seguridad humana” de los individuos, por utilizar un término más moderno del derecho internacional, y proteger sus derechos humanos en contra del actuar del Estado nacional. La soberanía territorial de los Estados debería ser complementada de su deber de proteger, por encima de todo, la vida de los individuos y su bienestar. Cuando un Estado falla a ese cometido, otro Estado podría ofrecer protección al individuo, a través del mecanismo del asilo diplomático.

El asilo diplomático da lugar así a un conflicto entre distintas normas y principios, bien arraigados en el derecho internacional. Este aparente conflicto, señalado en el propio caso *Derecho de asilo*, fue repetido y enfatizado en la sentencia *Haya de la Torre* en los siguientes términos:

...en principio el asilo no puede ser opuesto a la acción de la justicia. La seguridad derivada del asilo no podrá entenderse como una protección contra la aplicación regular (entiéndase territorial) de las leyes y la competencia de los tribunales, constituidos con base a derecho. Una protección así entendida autorizaría al agente diplomático a obstaculizar la aplicación de las leyes internas del Estado, cuando, en realidad tienen la obligación de respetarlas...

Existen otros ejemplos en los que instituciones y mecanismos desarrollados en la práctica política de los Estados causan conflictos entre varias normas y principios del derecho internacional. Por ejemplo, la secesión como mecanismo para la creación de nuevos Estados da lugar a un choque normativo entre el principio de integridad territorial del Estado y el principio

²³ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 748.

²⁴ Riveles, Susanne, “Diplomatic Asylum as a Human Right: The Case of the Durban Six”, *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989, p. 143.

de autodeterminación de los pueblos.²⁵ La “responsabilidad de proteger” también da lugar a un *clash* entre varias normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. ¿Cuál de estos principios en conflicto debe prevalecer? En general, la respuesta del derecho internacional ha consistido en “desregular” jurídicamente dichas instituciones y permitir a los actores de las relaciones internacionales, forjar su significado a través de su propia práctica política. Ante cuestiones políticamente muy complejas y sensibles, el derecho internacional suele abdicar de su función reguladora de las relaciones internacionales y dejar los asuntos en manos de la política internacional. En este sentido, tanto la secesión como la responsabilidad de proteger encuentran una raquítica e incierta regulación jurídica en el derecho internacional. Lo mismo ocurre con el asilo diplomático.

La ausencia de reglas jurídicas claras que gobiernen a la institución del asilo diplomático en el derecho internacional es patente.

Han existido varias iniciativas de someter el asilo diplomático a reglas jurídicas vinculantes de derecho internacional, de aplicación universal. Dicha cuestión fue discutida desde 1936 en el Consejo de la entonces Sociedad de Naciones. Posteriormente, la posibilidad de iniciar un proceso de codificación de las normas aplicables al asilo territorial y diplomático fue discutida en la Comisión de Derecho Internacional en 1948.²⁶ Bolivia y Ecuador propusieron, sin éxito, que disposiciones sobre el asilo diplomático fueran incluidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el mismo año.²⁷ Adicionalmente, la inclusión de dicha institución en instrumentos jurídicos de aceptación universal se discutió en los trabajos preparatorios de la adopción de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Posteriormente, en 1975, Australia propuso incluir en el orden del día de la Asamblea General de la ONU un debate relativo a la cuestión del asilo diplomático, pero su propuesta no

²⁵ En efecto, si, en virtud del derecho internacional, los pueblos tienen el derecho a la libre autodeterminación, entonces, cualquier pueblo del mundo podría hacer secesión, proclamar su independencia y crear un nuevo Estado, en violación a la integridad y la unidad territorial del Estado territorial (Tomuschat, Christian, “Secession and Self-determination”, en Kohen, Marcelo (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2006).

²⁶ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 751.

²⁷ UN Doc. A/C.3/227 (1948); UN Doc. A/C.3/268 (1948); UN Doc. A/C.3/SR.122 (1948).

fue aceptada.²⁸ De tal modo que a 69 años de la adopción de la sentencia *Haya de la Torre* no existe en el derecho internacional convencional una norma de aplicación universal que precise el régimen jurídico aplicable al asilo diplomático.

No obstante, en el plano regional latinoamericano sí existen normas vinculantes, contenidas en varios tratados multilaterales, que tratan de dicho asilo. Estas convenciones fueron adoptadas, en su mayoría, desde principios del siglo XX, periodo histórico que en América Latina se caracteriza por momentos prolongados de inestabilidad política, dictaduras y frecuentes golpes de Estado. Este contexto explica el gran número de perseguidos políticos y el desarrollo de una amplia práctica de los Estados latinoamericanos en esta materia, que terminó por reflejarse en la adopción de varios acuerdos internacionales vinculantes. No obstante, el ámbito de aplicación territorial de dichos tratados era y sigue circunscrito únicamente al ámbito geográfico latinoamericano.

En cuanto a la existencia de normas consuetudinarias relativas al asilo diplomático, como fue señalado anteriormente, en el caso *Derecho de asilo*, la Corte negó la existencia de una costumbre internacional, de carácter regional en la materia, debido a la ausencia de la *consuetudo*, ya que, según la apreciación de la Corte, la práctica de los Estados latinoamericanos no era constante ni uniforme. Tampoco se ha podido desarrollar, hasta ahora y *a fortiori*, una costumbre internacional de aplicación universal respecto al régimen del asilo diplomático.

Es precisamente este silencio del derecho internacional y la desregulación jurídica del asilo diplomático los que explican la negativa de la Corte de determinar, *motu proprio*, cómo debía ponerse fin al asilo indebidamente otorgado a Víctor Raúl Haya de la Torre. En este sentido, se entiende fácilmente que la Corte haya subrayado que no existen normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes que permitan determinar la manera en la que el asilo podría tomar fin. Consecuentemente, “La elección de una de estas vías no podría realizarse conforme a criterios jurídicos, sino solamente por consideraciones de naturaleza política o de oportunidad política”.

Ante el silencio del derecho internacional en materia de asilo diplomático, la Corte, cuya función judicial en sus primeros años de funcionamiento se limitaba a interpretar y aplicar las normas internacionales vigentes a los hechos de los casos contenciosos que se le sometían, decidió guardar una

²⁸ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, pp. 750 y ss.

postura sumamente prudente de “jueza de las soberanías”.²⁹ En este sentido, el caso *Haya de la Torre* es particularmente emblemático de la función inicial de la *World Court* en la resolución pacífica de las controversias que oponen a Estados soberanos.

2. *La negativa de la Corte de “legislar” para establecer “limitaciones a la soberanía de los Estados” en el ámbito del asilo diplomático*

La insistencia de la CIJ en mostrar que no hay reglas en el derecho internacional escrito y no escrito que permitan dar respuesta a los problemas planteados por Perú y Colombia en el caso *Haya de la Torre* es particularmente visible. En un deseo, tal vez, de “escondarse detrás de las palabras”, la Corte expresó esta misma observación en prácticamente cada una de las cinco páginas que contienen la resolución del caso.

En primer lugar, la Corte señaló que la respuesta a los problemas no era contenida en su sentencia en el asunto *Derecho de asilo*. Por lo tanto, estimó que “no era posible deducir de la sentencia de 20 noviembre, cualquier tipo de conclusión respecto a la existencia o inexistencia de una obligación de entregar al asilado”. Consecuentemente, la Corte estimó que “no estaba en condiciones, sobre la sola base” de dicha sentencia de decir si Colombia estaba o no obligada de entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas.³⁰ En la página siguiente del fallo, la Corte estimó que la Convención de La Habana “no aporta una respuesta completa a la cuestión de saber de qué manera debe tomar fin el asilo”. En efecto, dicha Convención sí establecía la manera en la que el asilo debía tomar fin, siempre que se tratara de asilados por “delitos políticos”, y siempre que dicho asilo era otorgado regularmente.³¹ No obstante, como lo enfatizó la CIJ, dicha Convención “no establecía nada” respecto a los casos, como el de *Haya de la Torre*, en el que el asilo ha sido indebidamente otorgado, y que, además, el Estado territorial no haya solicitado que el asilado salga de su territorio.³² De igual modo, la

²⁹ Bennouna, Mohammed, *La Cour internationale de justice: juge des souverainetés*, disponible en: <http://webtv.un.org/d/watch/juge-bennouna-cij-la-cij-juge-des-souverainetés%C3%A9s-2600818145001/?term=&lan=original>.

³⁰ *Haya de la Torre*..., cit., p. 79.

³¹ En particular, en virtud de la Convención, el Estado receptor debía otorgar el salvoconducto —es decir, permitir que el asilado salga de su territorio sin ningún impedimento— siempre que el propio Estado receptor haya solicitado al acreditante que el asilado se retire de su territorio.

³² *Haya de la Torre*..., cit., p. 80.

Corte notó que el artículo 1o. de la Convención de La Habana prescribía la entrega de los refugiados a las autoridades del Estado receptor, pero no establecía nada respecto a los asilados, inculpadados de delitos políticos, como Víctor Raúl Haya de la Torre. Más adelante en la sentencia, la Corte repitió una vez más que la Convención de La Habana no “autoriza” (el uso de este término es muy significativo) admitir que la obligación de poner fin al asilo, indebidamente otorgado por un Estado a un “criminal político”, supone el deber de entregar a dicho individuo a las autoridades del Estado receptor.³³ En la misma página, la Corte utilizó dos veces el término “silencio” para referirse a la ausencia de disposiciones expresas en la Convención de La Habana respecto a la manera en la que un asilo indebidamente otorgado debía tomar fin.

En el caso *Haya de la Torre* la Corte no fue confrontada solamente a la imprecisión del régimen jurídico del asilo diplomático en el derecho internacional, sino también al silencio de las normas convencionales, aplicables en las relaciones entre las partes, respecto al problema jurídico que éstas le planteaban. ¿Qué puede y/o debe hacer un juez internacional, en el ejercicio normal de su función judicial, cuando existe un “silencio” en el derecho internacional respecto al problema que le plantean las partes en la controversia? ¿Qué alcances tiene la función judicial internacional, en particular la de la CIJ, frente a lagunas en el derecho internacional?

En el caso *Pesquerías del Atlántico*, la CIJ consideró que “...la Corte, como Tribunal, no podrá pronunciar una sentencia *sub specie legis ferendae* ni enunciar el Derecho antes de que el legislador lo haya adoptado”.³⁴ En el mismo sentido, en su opinión consultativa *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, la CIJ señaló que “Está claro que la Corte no puede legislar...”. Su “función judicial normal” consiste en “determinar la existencia... de principios y normas jurídicas...”.³⁵ Las mismas consideraciones fueron expresadas por varios jueces de la CIJ en sus respectivas opiniones separadas y/o disidentes. En la opinión de Gilbert Guillaume, “la función del juez no consiste en ocupar el lugar del legislador”. El juez “debe limitarse a recordar el estado del Derecho sin poder sustituir sus afirmaciones a la voluntad de los Estados soberanos”.³⁶

³³ *Haya de la Torre*..., cit., p. 81.

³⁴ CIJ, *Fisheries Jurisdiction United Kingdom v. Iceland*, fondo, fallo, 25 de julio de 1974, para. 53, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>.

³⁵ CIJ, *Legality on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultativa, 8 de julio de 1996, para. 18, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.

³⁶ *Ibidem*, opinión separada del juez Guillaume, p. 293. En otros asuntos, varios jueces de la CIJ se han pronunciado en el mismo sentido. Por ejemplo, el juez Weiss en el caso CPJI,

El alcance de la función judicial de la CIJ es fijado en varios artículos de su propio Estatuto. En primer lugar, en virtud del artículo 38 del Estatuto:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

La cuestión de la función judicial del principal órgano judicial de la ONU fue discutida desde la adopción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Durante los *travaux préparatoires*, Lapradelle declaró ante el Comité de Juristas responsable de la adopción del Estatuto, que sería útil especificar que la “Corte no podría actuar como legislador”, y lord Phillimore añadió que “las sentencias judiciales declaran, pero no crean el derecho”.³⁷

Podemos considerar que la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ se inscribe en la cultura jurídica romano-germánica al excluir a la jurisprudencia de las fuentes formales del derecho internacional.³⁸ En esta cultura, la función de un juez, interno o internacional, consiste únicamente en aplicar el derecho a los hechos de un caso concreto a través de la lógica formal del silogismo jurídico. En esta tarea, el juez debe descubrir o determinar el derecho aplicable al caso, aclarar su significado, si es necesario, y deducir una serie de consecuencias de su aplicación, con el objetivo de resolver el litigio que se le somete. Según la CIJ, en el ejercicio “normal” de su función judicial, un juez “debe determinar la existencia de principios o reglas jurídicos”,³⁹ aplicables a un problema jurídico y/o fáctico particular.

En esta visión, la función del juez es, principalmente, una función cognitiva, que consiste en “descubrir” o determinar el derecho existente

S.S. Lotus, 7 de septiembre de 1927 o el juez Krylov en el caso CIJ, *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations*, opinión consultiva, 11 de abril de 1949, p. 219.

³⁷ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee, June 16th – July 24th, 1920, with Annexes* (1920), p. 584.

³⁸ Barberis, Julio, “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut, vol. 31, 1971, p. 643.

³⁹ *Legality on the Threat or Use of Nuclear Weapons...*, cit., párr. 18.

y, posteriormente, justificar el carácter correcto de este acto cognitivo.⁴⁰ Dicho en otros términos, las sentencias judiciales tenderían a verificar o comprobar el estado del derecho internacional.⁴¹ La sentencia judicial es entonces presentada como una extensión deductiva evidente del derecho preexistente.⁴² El descubrimiento del “derecho” en la decisión del juez se asemejaría a un verdadero “hallazgo arqueológico”.⁴³ Al interpretar y aplicar las normas y principios jurídicos internacionales, los jueces expresarían el derecho ya existente, pero no crearían un nuevo derecho.⁴⁴ Como lo señaló la CIJ en el caso *Interpretación de los Tratados de paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*, “el deber de la Corte consiste en interpretar los tratados y no en revisarlos”.

La idea de que en el ejercicio de su función judicial los tribunales internacionales no crean derecho, sino que se limitan a aplicar un derecho internacional preexistente, se basa en la presunción de que este derecho es creado por alguien más.⁴⁵ Desde esta perspectiva, podemos considerar que la principal oposición por considerar a la jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente autónoma del derecho internacional es teóricamente fundada en la doctrina del positivismo jurídico, que en el ámbito internacional se relaciona estrechamente con las teorías soberanistas o consensualistas de este último.⁴⁶ Como lo enfatiza Velázquez, “la visión positivista pretende reducir las fuentes del derecho internacional a aquellas en las cuales participa directamente la voluntad de los Estados y se debe a la reticencia, falta de voluntad política y deseo de oponerse —aunque sea de restringir— cualquier tendencia de fijar límites jurídicos a la voluntad

⁴⁰ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2012, p. 984.

⁴¹ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, fifth edition, Oxford, Clarendon Press, 1998, p.19.

⁴² Shapiro, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, p. 125; Stone Sweet, Alec, “Judicial Authority and Market Integration in Europe”, en Ginsburg, Tom y Kagan, Robert (eds.), *Institutions and Public law. Comparative Approaches*, Peter Lang, 2005, pp. 93-99.

⁴³ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Venzke, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011, p. 8.

⁴⁶ Las teorías soberanistas del derecho internacional tienen dos principales expresiones: el positivismo jurídico y la concepción del Estado como entidad de valor jurídico y moral absoluto. (Fabián, Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff, p. 65).

de acción de los Estados...”.⁴⁷ En la visión del positivismo, las únicas normas internacionales válidas son las que expresan la voluntad de los Estados como sujetos soberanos del orden jurídico internacional. Consecuentemente, las únicas fuentes formales del derecho internacional son las expresadas en los primeros apartados del artículo 38 del Estatuto de la CIJ: los tratados y la costumbre.⁴⁸

En cuanto a la jurisprudencia, el consentimiento de los Estados a la creación de derecho internacional por las sentencias de los jueces internacionales es claramente ausente. *A fortiori*, con la redacción de los artículos 38 y 59 del Estatuto de la CIJ, los Estados parecen haber negado explícitamente cualquier voluntad por considerar que las sentencias de los tribunales internacionales, al menos en el caso de la CIJ, sean susceptibles de crear normas jurídicas que los vincularían con la misma fuerza que los tratados o la costumbre. Como en los órdenes jurídicos internos, sólo una voluntad (popular) legitimada a crear derecho puede vincular jurídicamente a toda la comunidad, de manera generalizada. En los sistemas jurídicos internos, la voluntad “suprema” es personalizada por el “legislador electo”, investido democráticamente para adoptar leyes en nombre de todos. En el orden jurídico internacional, de acuerdo con la visión positivista, la única voluntad general y legítima para crear derecho es la expresada por los Estados miembros de la comunidad internacional y la plasmada en las fuentes formales del derecho internacional, establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

⁴⁷ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012, p. 419.

⁴⁸ En los dos primeros casos, el consentimiento de los Estados al valor creador de las fuentes del derecho internacional es más fácil de comprobar. Los tratados son la expresión directa de la voluntad de los sujetos del orden jurídico internacional a vincularse jurídicamente y a crear una norma jurídica convencional, de carácter obligatorio, que establezca derechos y obligaciones recíprocos para sus partes. La analogía de los tratados con los contratos de derecho privado y su carácter de actos de voluntad, de naturaleza legislativa no han sido contestados. El consentimiento estatal también es presente, aunque de manera más indirecta, en la creación de derecho por parte de la costumbre: segunda fuente formal del derecho internacional según el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. En virtud de esta disposición, la costumbre se constituye por una práctica generalizada de los Estados, aceptada por ellos como derecho. Dicho en otros términos, para la formación válida de la costumbre se requiere un consentimiento, expresado en una práctica común de los Estados y en una aceptación del carácter jurídicamente vinculante de dicha práctica. (Cheng, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1951, p. 1).

El caso *Haya de la Torre* se ubica plenamente en la concepción positivista y soberanista del derecho internacional y de la función judicial internacional. Estamos en los primeros años de funcionamiento de la CIJ, a poco tiempo del término de la Segunda Guerra Mundial y de la creación de la ONU en un sistema liberal, construido sobre la base del derecho internacional, para promover la coexistencia pacífica de los Estados. Habían pasado apenas 27 años desde la adopción de la famosa sentencia *Lotus* de la CPJI,⁴⁹ que resume la concepción del primer tribunal internacional permanente, con competencia universal, respecto al alcance de la función judicial internacional. En dicho asunto, la CPJI consideró que su función consistía en “resolver si existe alguna regla de derecho internacional que haya sido violada” en las relaciones entre las partes. Para poder ejercer dicha función en el caso concreto, la Corte tuvo que precisar “la naturaleza misma y las condiciones actuales del derecho internacional”. En este sentido, la CPJI determinó que el derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados soberanos. Según la Corte, “las reglas del derecho que obligan a los Estados emanan... de su propia voluntad, libremente expresada en las convenciones... Por lo tanto, no se pueden presumir limitaciones a la soberanía de los Estados”.

En clara continuidad con la jurisprudencia *Lotus* de su ancestro —la CPJI— en el caso *Haya de la Torre*, la CIJ consideró que no se puede crear una obligación al cargo de los Estados (la de poner término a un asilo indebidamente otorgado mediante la entrega del asilado a las autoridades internas del Estado receptor) “a falta de disposiciones expresas en la Convención” que la establezcan.⁵⁰ La creación de esta obligación por parte de la Corte iría más allá del alcance de su función judicial y crearía una limitación a la soberanía de los Estados que no se puede presumir. El “silencio” del derecho internacional (en particular, de la Convención de La Habana) “implicaba que se había querido arreglar dicha situación por consideraciones de conveniencia o de simple oportunidad política”.⁵¹ La resolución de dicha solución le corresponde solamente a los Estados, y un órgano judicial internacional, como la CIJ, no puede “legislar”.

Por supuesto que la Corte hubiera podido resolver de otra forma el silencio de los tratados y del derecho internacional respecto a las condiciones en las que debía tomar fin el asilo indebidamente otorgado a Haya de la Torre. En particular, la Corte hubiera podido interpretar el derecho inter-

⁴⁹ Disponible en: <https://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>.

⁵⁰ *Haya de la Torre...*, cit., p. 81.

⁵¹ *Idem*.

nacional existente en América Latina en materia de asilo diplomático para buscar en él la intención de las partes respecto a la regulación de dicha cuestión. En particular, la Corte hubiera podido realizar una interpretación “activista” del derecho internacional aplicable al caso, a través, por ejemplo, del artículo 31-3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵² En tiempos más recientes, el silencio de su propio Estatuto no impidió a la Corte interpretarlo, conforme con el artículo 31-3, para “presumir limitaciones a la soberanía” de los Estados que lo han ratificado. Así, por ejemplo, la CIJ utilizó el método teleológico para establecer solemnemente que los Estados tienen la obligación de respetar las medidas cautelares, pronunciadas por este órgano judicial, sin que esto fuera expresamente previsto en dicho acuerdo internacional.⁵³ No obstante, tal vez era demasiado esperar una interpretación semejante en el caso *Haya de la Torre* resuelto por una “joven” Corte Internacional, guardiana estricta de la soberanía de los Estados en la resolución de los conflictos internacionales, bajo los auspicios de una recién creada ONU, cuyo objetivo primordial tendía más a preservar la paz que a garantizar la justicia en el ámbito de las relaciones internacionales.

En un párrafo pequeño de la sentencia *Haya de la Torre*, la Corte sí interpretó las disposiciones de la Convención de La Habana en lo relativo al asilo diplomático. La CIJ consideró que el silencio de dicho acuerdo respecto a la obligación de poner fin a un asilo diplomático indebidamente otorgado a través de la entrega de un asilado a las autoridades del Estado receptor no podría interpretarse como estableciendo tal obligación. En términos de la Corte, “una interpretación así iría en contra del espíritu que anima a la Convención, conforme con a la tradición latinoamericana en materia de asilo, según la cual un asilado político no debe ser entregado. Dicha tradición no hace aparecer una excepción para los casos en los que el asilo haya sido indebidamente otorgado”: para romper con dicha tradición, hubiera hecho falta una disposición expresa que no figuraba en la Convención.

Esta parte de la sentencia rompe visiblemente con la lógica anterior de la Corte y con su solución final, y hace entrever que a pesar de su prudencia

⁵² En efecto, el artículo 31 de la Convención establece que un tratado debe interpretarse de acuerdo con su contexto y teniendo en cuenta a su objeto y fin (método teleológico). El método teleológico es utilizado, en la actualidad, por los tribunales internacionales para interpretar de manera extensiva las normas internacionales.

⁵³ En particular, la Corte proclamó el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el controvertido caso *LaGrand*. En dicha sentencia, la Corte afirmó que el carácter obligatorio de las medidas cautelares resulta del objeto y del fin de su Estatuto, así como de una interpretación de su artículo 41 en su contexto. La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena*.

y de su deseo de no crear nuevas obligaciones vinculantes para los Estados en ausencia de reglas permisivas del derecho internacional; en este sentido, la Corte, a través de la interpretación, sí intentó derivar de la práctica latinoamericana en materia de asilo una obligación de no entregar a Haya de la Torre a Perú. La contradicción entre esta parte interpretativa de la sentencia *Haya de la Torre* y sus considerandos finales es enorme.⁵⁴ Se trata de una contradicción tan patente que incluso la propia CIJ se sintió obligada a incluir en su sentencia el siguiente desafortunado párrafo: “La Corte llega a la conclusión que el asilo debe tomar fin, pero que el Gobierno de Colombia no está obligado a cumplir con este deber, entregando al asilado a las autoridades peruanas. No existe contradicción entre estas dos proposiciones, porque la entrega no es la única manera de poner fin al asilo”.⁵⁵

En la parte final de la sentencia *Haya de la Torre*, la Corte expresó su confianza en que los Estados iban a poder resolver todos los problemas derivados del asilo diplomático en su práctica política. En particular, la Corte señaló que “las partes estarán en medida de encontrar una solución práctica satisfactoria, inspirándose de consideraciones de cortesía y buena vecindad que, en materia de asilo” siempre han imperado en las relaciones entre las repúblicas de América Latina. Dichas repúblicas aceptaron plenamente esta invitación de la Corte y, efectivamente, “legislaron” por la vía convencional, para convenir en aquello que la Corte se negó a resolver en los casos *Derecho de asilo* y *Haya de la Torre*.⁵⁶

La consecuencia humana más directa de la sentencia *Haya de la Torre* fue el hecho de que el asilado tuvo que pasar más de cinco años recluso en la

⁵⁴ En la parte interpretativa, la Corte admite que en la práctica latinoamericana sí existe una obligación de no entregar los asilados políticos a las autoridades locales del Estado receptor; pero en los considerandos decide, por trece votos contra uno, “que Colombia no está obligada a entregar a Haya de la Torre a las autoridades colombianas”. Dicho en otros términos, en la práctica de los Estados sí existe la obligación de no entregar a un asilado político a las autoridades del Estado receptor, aun en casos de asilo indebidamente otorgado; pero en el derecho internacional, no. La Corte, cuya función judicial consiste sólo en aplicar el derecho internacional existente, no puede establecer *motu proprio* dicha obligación en el derecho internacional, aun si ésta puede derivarse de la práctica de los Estados.

⁵⁵ *Haya de la Torre...*, cit., p. 82.

⁵⁶ En 1954, dichos Estados adoptaron, en Caracas, la Convención sobre Asilo Diplomático. El contenido de este tratado contradijo lo decidido por la Corte en el caso *Derecho de asilo*, al establecer expresamente que el Estado receptor tiene el derecho de calificar unilateralmente el carácter del delito imputado al asilado. De igual manera, frente a las contradicciones de la CIJ en el caso *Haya de la Torre*, los Estados sí previeron un medio específico por el cual debe ponerse fin al asilo. La Convención reconoció al Estado acreditante el derecho de solicitar al Estado receptor el salvoconducto en favor del asilado; asimismo, se afirmó la obligación para el Estado territorial de concederlo.

embajada de Colombia en Lima. No fue sino hasta abril de 1954 cuando Colombia puso fin (¡por fin!) al asilo diplomático y entregó a Haya de la Torre a las autoridades peruanas, pero sólo para que éstas lo expulsaran del país con destino a México.⁵⁷

La consecuencia más directa de la sentencia *Haya de la Torre* en el derecho internacional fue consolidar la desregulación jurídica del asilo diplomático y su abandono por completo a las soluciones resultantes de la práctica política de los Estados. La “abdicación” por parte de la CIJ de su función judicial creó consecuencias muy negativas para la certeza jurídica, que se siguen percibiendo en el ámbito del asilo diplomático hasta el día de hoy.

III. LA PERMANENCIA DE LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN MATERIA DE ASILO DIPLOMÁTICO, A 69 AÑOS DEL CASO *HAYA DE LA TORRE*

1. *El legado de Haya de la Torre a Julian Assange*

A pesar de la raquítica regulación jurídica del asilo diplomático en el derecho internacional y en la práctica de la CIJ, los casos de otorgamiento de asilo diplomático en la práctica política de los Estados han proliferado.

Así, por ejemplo, en medio de la guerra civil española, varios países latinoamericanos y europeos otorgaron el asilo diplomático a numerosos solicitantes.⁵⁸ De manera similar, después del golpe de Estado de Augusto Pinochet en Chile, alrededor de cinco mil personas solicitaron asilo y fueron recibidas en las misiones diplomáticas de países europeos y latinoamericanos (incluyendo a México) en Santiago, que, en los hechos, se convirtieron en “extensos dormitorios”.⁵⁹ La misma situación sucedió en Managua, Nicaragua, entre 1977 y 1979: miles de personas buscaron asilo en representaciones diplomáticas de Costa Rica, Colombia, México, Panamá y Venezuela. En el contexto de dicha crisis, México concedió más de setecientos asilos políticos.⁶⁰ Otro caso famoso de asilo diplomático fue el otorgado en la embajada de Estados Unidos en Budapest, en 1956, al cardenal József

⁵⁷ Sepúlveda Amor, Bernardo y Villarino Villa, Cristina, “La práctica latinoamericana ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 56.

⁵⁸ Dupuy, Pierre-Marie, *op. cit.*, p. 746.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Imaz, Cecilia, “El asilo diplomático en la política exterior de México”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 40-41, p. 60.

Mindszenty, un líder anticomunista y oponente del gobierno húngaro.⁶¹ El caso es famoso porque el asilado vivió cerca de cincuenta años en el interior de la embajada estadounidense, hasta que por fin se fue a vivir a Londres. Entre los casos más recientes de asilo diplomático en la práctica latinoamericana cabe destacar los siguientes: en 2006, la embajada de Costa Rica en Caracas concedió asilo diplomático al presidente de la Confederación de Trabajadores de Venezuela; en 2005, el presidente ecuatoriano Lucio Gutiérrez solicitó el asilo diplomático al embajador brasileño en Quito; y, en 2009, el destituido presidente de Honduras, Manuel Zelaya, solicitó y recibió asilo en la embajada de Brasil en Tegucigalpa.⁶²

En fechas aún más recientes, el asilo diplomático volvió a posicionarse en el centro del debate en el mundo de las relaciones internacionales con dos casos emblemáticos: el de Chen Guangcheng,⁶³ que en 2012 recibió asilo diplomático en la embajada de Estados Unidos en Pekín, y el de Julian Assange, que se asiló en la misión diplomática permanente de Ecuador en Londres. Ambos casos permiten ilustrar la complejidad de la práctica política de los Estados y los incidentes internacionales a los que ésta puede llevar, debido a su incierta regulación jurídica en el derecho internacional y en la jurisprudencia de la CIJ. Chen Guangcheng permaneció en la embajada de Estados Unidos en Pekín por seis días, y después de arduas negociaciones políticas entre China y Estados Unidos se le permitió abandonar el país, a bordo de un avión con destino a Estados Unidos.⁶⁴ El caso de Julian Assange sigue sin resolverse, y ha dado lugar a un *imbroglio* jurídico y político más complejo.

En efecto, Julian Assange cumple ya seis años en la pequeña embajada de Ecuador en Londres, tiempo que supera por un año la reclusión de Víctor Raúl Haya de la Torre en la embajada colombiana en Lima. El fundador de Wikileaks fue culpado por delitos sexuales en Suecia, y este país solicitó, mediante una orden de arresto europeo, su extradición del Reino Unido. Assange solicitó asilo diplomático no por miedo a la justicia sueca, sino porque se esperaba que Suecia podría, por su parte, entregarlo al gobierno de

⁶¹ Chisholm, John, “Chen Guangcheng and Julian Assange: The Normative Impact of International Incidents on Diplomatic Asylum Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, p. 536.

⁶² Arredondo, Ricardo, “Wikileaks, Assange y el futuro del asilo diplomático”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, 2017, pp. 119-144.

⁶³ Chen Guangcheng fue un disidente que se opuso a las drásticas medidas de control de la natalidad, promovidas por el gobierno chino, que implicaban, entre otros, abortos y esterilizaciones forzadas (Chisholm, John, *op. cit.*, p. 543).

⁶⁴ *Idem*.

Estados Unidos. De ser extraditado a Estados Unidos, Assange enfrentaría acusaciones muy graves por crímenes cibernéticos y espionaje. En 2012, el presidente de Ecuador —Rafael Correa— otorgó el asilo diplomático a Assange en la embajada ecuatoriana en Londres y solicitó al Reino Unido un salvoconducto, que permitiera al asilado salir de su territorio. El Reino Unido se negó a conceder el salvoconducto e incluso invocó una legislación interna, que permitía al Estado receptor no respetar la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática en los casos en los que éstos fueran usados para fines incompatibles con el ejercicio de las funciones diplomáticas.⁶⁵

El Reino Unido forma parte de un grupo de países europeos que rechazan la institución del asilo diplomático.⁶⁶ Por su parte, Ecuador es miembro de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, que establece la posibilidad para sus miembros de otorgar el asilo diplomático, y, como fue señalado anteriormente, también exige del Estado receptor otorgar el salvoconducto al asilado cuando éste le es solicitado por el Estado acreditante. El Reino Unido manifestó que no es miembro de dicho acuerdo y que, además, no existe base legal, en el derecho internacional general, que lo obligue a respetar el asilo diplomático otorgado por Ecuador y a conceder el salvoconducto a Assange.⁶⁷

De esta forma, el Reino Unido se refirió, al menos implícitamente, a lo establecido por la CIJ en el caso *Haya de la Torre*. En primer lugar, el Reino Unido enfatizó la ausencia de un tratado internacional de aplicación universal que regule expresamente la manera en la que un Estado debe poner fin al asilo, sin importar si éste haya sido regularmente otorgado o no. Asimismo, la postura del Reino Unido subraya que no existe costumbre internacional en materia de asilo diplomático, y las limitaciones a la soberanía territorial de este Estado no pueden presumirse. Aunque Ecuador sea parte a la Convención de Caracas, en virtud del principio bien establecido de *pacta tertiis*, este acuerdo no produce efectos jurídicos vinculantes para terceros Estados que no lo han ratificado. La obligación para el Estado receptor de otorgar el salvoconducto cuando éste le es solicitado por el Estado acreditante no es, por ende, exigible al Reino Unido. De la misma manera que en el caso *Haya de la Torre*, la única vía disponible para determinar cómo debe y si debe tomar fin el asilo diplomático de Julian Assange son las negocia-

⁶⁵ Chisholm, John, *op. cit.*, p. 545.

⁶⁶ Francia y Suiza son otros países europeos tradicionalmente reticentes ante el posible otorgamiento de asilo diplomático.

⁶⁷ Happold, Mathiew, “Julian Assange and Diplomatic Asylum”, *EJIL Talk*, 24 de junio de 2012, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/julian-assange-and-diplomatic-asylum/>.

ciones políticas entre Ecuador y el Reino Unido. Hasta la fecha, dichas negociaciones no han logrado un consenso sobre el posible fin de la reclusión de Assange en la embajada ecuatoriana, a pesar de que ha habido varios desenlaces jurídicos de la situación.

En 2016, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detenciones Arbitrarias anunció que Assange ha “estado detenido” arbitrariamente en el Reino Unido.⁶⁸ En particular, el Grupo de Trabajo manifestó que “la privación de libertad de Julian Assange es arbitraria, porque contraviene los artículos 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 7, 9, párrafos 1, 3 y 4, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”; asimismo, solicitó a “los Gobiernos de Suecia y el Reino Unido que evalúen la situación de Assange, garanticen su seguridad y su integridad física, faciliten el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación de manera oportuna y velen por que disfrute plenamente de los derechos que le garantizan las normas internacionales en materia de reclusión”.⁶⁹ En mayo de 2017, la Fiscalía de Suecia decidió suspender el juicio por delitos sexuales que había iniciado contra Julian Assange.⁷⁰ No obstante, hasta la fecha Assange permanece en la embajada ecuatoriana, y las perspectivas para su liberación y su salvoconducto del Reino Unido son poco alentadoras.

Existían grandes expectativas de que el caso Assange llegara a la CIJ⁷¹ y que éste le brindara una nueva oportunidad de llenar las lagunas que dejó su sentencia en el asunto *Haya de la Torre*. La Corte es el foro predilecto para la resolución de los temas y problemas relativos al asilo diplomático de Assange, por varias razones. En primer lugar, la Corte tiene competencia universal, y tanto el Reino Unido como Ecuador han aceptado su competencia. En segundo lugar, como fue señalado anteriormente, desde la adopción de la sentencia *Haya de la Torre*, la CIJ no ha tenido otra oportunidad de pronunciarse sobre el régimen jurídico del asilo diplomático en el derecho internacional. Sería de esperarse que la práctica política de los Estados haya

⁶⁸ *WikiLeaks*: la ONU falla que la detención de Julian Assange es arbitraria, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160203_internacional_assange_anuncia_posible_entrega_lf.

⁶⁹ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *opinión núm. 54/2015 relativa a Julian Assange*, 6 de abril de 2016, p. 18.

⁷⁰ “No perdono ni olvido”: la desafiante respuesta de Julian Assange, fundador de Wikileaks, tras la decisión de la fiscalía sueca de suspender investigación en su contra, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39974478>.

⁷¹ Lavender, Thomas, “Using the Julian Assange Dispute to Address International Law’s failure to Address the Right of Diplomatic Asylum”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, 2014, p. 475.

evolucionado, y que la apreciación de la existencia de una costumbre internacional en materia de asilo diplomático haya cambiado en los 69 años que han transcurrido entre el caso *Haya de la Torre* y el de Julian Assange.

Ecuador hubiera podido demandar al Reino Unido por su negativa de otorgar el salvoconducto a Assange, y el Reino Unido hubiera podido demandar a Ecuador por presuntas violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Australia también hubiera sido competente para someter el caso a la Corte, al iniciar procedimientos en contra del Reino Unido, en el ejercicio de la protección diplomática de Assange. Ninguno de los tres supuestos se ha cumplido hasta la fecha. No obstante, a través de una vía judicial indirecta, el caso Assange llegó a otro tribunal internacional competente en materia de derechos humanos, y a pesar de las diferencias en su cometido, este tribunal no hizo más que consolidar la jurisprudencia desarrollada por la CIJ en los casos *Derecho de asilo* y *Haya de la Torre*.

2. *El reloaded de Haya de la Torre en la Opinión Consultativa OC-25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

En 2016, Ecuador presentó una solicitud de opinión consultativa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sobre la relación que guarda el asilo diplomático con varias normas internacionales protectoras de los derechos humanos. El 30 de mayo de 2018, la CIDH pronunció su Opinión Consultativa OC-25/18 sobre el reconocimiento del asilo diplomático como derecho humano.⁷²

En dicha opinión, la Corte manifestó que el término general “asilo” se refiere a “la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual”.⁷³ En el mismo sentido, la Corte

...consideró que la figura del asilo en sentido amplio descansa sobre un núcleo duro que se relaciona, por un lado, con la protección que un Estado ofrece a una persona que no es de su nacionalidad o que no reside habitualmente en el territorio del mismo y, por el otro, con no entregar a esa persona a un Estado donde su vida, seguridad, libertad y/o integridad se encuentran o podrían encontrarse en peligro...

⁷² CIDH, Opinión consultativa OC-25/18, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf.

⁷³ *Ibidem*, párr. 65.

La modalidad especial del asilo diplomático fue definida en los siguientes términos:

...la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.⁷⁴

Retomando en forma casi expresa la jurisprudencia *Haya de la Torre* de la CIJ, la CIDH recalcó que el asilo diplomático viola el principio de soberanía territorial y no injerencia en los asuntos internos del Estado receptor; asimismo, recordó los considerandos de *Haya de la Torre* respecto a la relación que éste guarda con las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en lo relativo a las obligaciones de los agentes diplomáticos de no inmiscuirse en asuntos internos del Estado receptor y de no utilizar los locales de la misión diplomático para fines incompatibles con el ejercicio de las funciones diplomáticas.⁷⁵

La CIDH tajantemente reconoció algo que la CIJ no mencionó en el caso *Haya de la Torre*, pero que podía deducirse de su razonamiento: no hay y nunca ha habido un derecho individual al asilo diplomático. El derecho de otorgar o no el asilo diplomático corresponde al Estado acreditante, y constituye una prerrogativa discrecional para este último. Ningún individuo, ni siquiera un nacional de los Estados pertenecientes al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, puede reclamar a un Estado el cumplimiento o no cumplimiento de una obligación correlativa al supuesto “derecho de asilo”.

La CIDH sorprendentemente coincidió con la CIJ y con sus fallos en los casos *Derecho de asilo* y *Haya de la Torre* al negar la existencia de una costumbre internacional en materia de asilo diplomático. En efecto, la CIDH afirmó que la práctica de los Estados en este ámbito no ha evolucionado mucho desde los años 1950, fecha en la que se adoptó la sentencia *Haya de la Torre*. La Corte sostuvo la vigencia de dicha jurisprudencia en los siguientes términos:

...a pesar de que en la práctica algunos Estados continúan otorgando el asilo diplomático en casos concretos, dicha protección responde a las mismas situaciones por las cuales se adoptaron las convenciones latinoamericanas sobre

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 67.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 105 y ss.

asilo de vieja data y no ha ocurrido ningún desarrollo en el derecho internacional al respecto con posterioridad al año 1954. Es decir, que ni la figura del asilo diplomático, ni los motivos de su codificación, han evolucionado.⁷⁶

Esta lealtad de la CIDH a la CIJ en su apreciación del estado de la costumbre internacional en materia de asilo diplomático fue un preludio para su negativa de considerar el asilo diplomático como un derecho humano en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La CIDH se pronunció en los siguientes términos:

De lo anterior es claro que la voluntad de los Estados al redactar la Declaración Americana —e incluso puede afirmarse que mantuvieron dicha postura al redactar la Convención Americana toda vez que se mantuvo la redacción del artículo XXVII de la Declaración—, fue la de excluir a la figura del asilo diplomático como una modalidad protegida bajo dichas normas internacionales, manteniendo la regulación de esta figura conforme a las convenciones latinoamericanas sobre asilo, esto es, en el entendido de que constituye una prerrogativa estatal.

Más adelante, la Corte añadió que

...la expresa intención de no incluir al asilo diplomático dentro de la esfera del sistema interamericano de derechos humanos pudo deberse a la voluntad, expresada aún en el marco de este procedimiento... de concebir el asilo diplomático como un derecho del Estado, o en otros términos como una prerrogativa estatal, y así conservar la potestad discrecional para su otorgamiento o denegación en situaciones concretas.⁷⁷

⁷⁶ La Corte se pronunció en los siguientes términos: “Adicionalmente, la Corte nota que resulta un aspecto controvertido si el asilo diplomático da lugar a una obligación del Estado acreditante de otorgarlo, sobre todo porque conforme a las convenciones latinoamericanas, adoptadas en su momento bajo una visión interestatal, los Estados siguen considerando que la potestad de otorgar el asilo a personas perseguidas por delitos o motivos políticos constituye una de sus prerrogativas. Los propios Estados, que participaron enviando observaciones a la Corte en el marco de la presente opinión consultiva, coincidieron en afirmar que el asilo diplomático no constituía un derecho individual de la persona, sino una prerrogativa estatal, que podría ser otorgada por los Estados en virtud de sus obligaciones derivadas de las convenciones sobre asilo diplomático o en virtud de decisiones de protección de contenido humanitario y/o políticas adoptadas caso por caso. La decisión de otorgar el asilo político, en estos supuestos, depende generalmente del Poder Ejecutivo en una decisión unilateral sin mayor participación del solicitante ni especificación de las garantías mínimas debidas en un procedimiento justo y eficiente, conforme a los artículos 8 y 25 de la Convención” (CIDH, OC-25/18, *cit.*, párr. 108 y ss.).

⁷⁷ CIDH, OC-25/18..., *cit.*, párr. 153 y 154.

La CIDH siguió, al estilo *Haya de la Torre*, señalando que

...como se mencionó con anterioridad, conforme al derecho internacional público no existe acuerdo universal respecto a la existencia de un derecho individual a recibir asilo diplomático, a pesar de que esta figura podría constituir un mecanismo efectivo para proteger a los individuos ante circunstancias que tornan difícil la vida democrática en un país determinado. Esta falta de consenso internacional no implica desconocer que, a veces, el recurso al asilo diplomático no puede ser totalmente descartado, ya que los Estados conservan la facultad de otorgarlo, al constituir una potestad soberana de los mismos...⁷⁸

En conclusión, la Corte consideró que el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo las normas aplicables en el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos.⁷⁹

La falta de acuerdo “en el derecho internacional público” respecto a la existencia de un derecho de asilo diplomático y/o respecto a su régimen jurídico particular llevó a la CIDH a replicar la prudencia de la CIJ en el caso *Haya de la Torre*. En el caso *Haya de la Torre*, la CIJ consideró que el limitado alcance de su función judicial no le permitía aclarar y/o crear *motu proprio* nuevas reglas de derecho internacional público aplicables al asilo diplomático. La opinión consultiva de la CIDH se basa en esta imprecisión del régimen jurídico del asilo diplomático en el derecho internacional público para considerar que sería demasiado arriesgado incluirlo en las categorías propias del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta prudencia tanto de la CIJ como de la CIDH respecto al asilo diplomático se entiende particularmente bien si se toman en cuenta las consecuencias prácticas de una precisión del régimen jurídico del asilo diplomático en el derecho internacional público y de su inclusión en la protección internacional que ofrecen a los individuos las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Imaginemos por un momento que la CIJ y la CIDH hubieran reconocido la existencia de una costumbre internacional en materia de asilo diplomático. Esto significaría que todos los Estados miembros de la comunidad internacional, sin importar a qué región geográfica pertenezcan, tendrían que respetar reglas vinculantes en materia de asilo diplomático, en todos los casos que se les presentaran. De igual modo, imaginemos que la CIDH, en su opinión consultiva de 2018, hubiera reconocido el asi-

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 155.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 156.

lo diplomático como un derecho humano en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esto implicaría que los Estados miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos tendrían una obligación positiva de admitir cualquier solicitante de asilo diplomático en cualquiera de sus embajadas. Asimismo, esto permitiría a los individuos, demandar a los Estados por su negativa de acceder a sus peticiones de asilo diplomático.

En ambos casos, dos tribunales internacionales impondrían a los Estados soberanos reglas jurídicas demasiado rígidas y vinculantes, que no se adaptan bien con la naturaleza altamente política del asilo diplomático.

En el caso *Haya de la Torre*, la CIJ manifestó que el otorgamiento y la manera de poner fin al asilo diplomático se basan esencialmente en consideraciones de “oportunidad política”. La CIDH se adhirió a este razonamiento, y estimó que el asilo diplomático es, siempre, una “prerrogativa estatal” que forma parte de las competencias soberanas de los Estados. Según ambas jurisdicciones, la decisión de otorgar o no el asilo diplomático debe depender únicamente de la discreción estatal para salvaguardar así el margen de maniobra que requieren los Estados en la materia. Cada solicitud de asilo diplomático se presenta en contextos políticos diferentes, y no es posible fijar hacia el futuro criterios jurídicos rígidos y predeterminados que gobiernen este complejo ámbito de las relaciones internacionales entre Estados. Parece poco deseable fijar dichos criterios en el derecho internacional convencional y consuetudinario de aplicación universal, y, *a fortiori*, resulta imposible establecerlos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. El asilo diplomático es, desde la perspectiva de la CIJ, en 1950, y, desde la de la CIDH, en 2018, un asunto eminentemente político, que no puede y no debe ser sometido a “disciplinas jurídicas”, ni en el derecho internacional general ni en el derecho internacional de los derechos humanos.

IV. CONCLUSIÓN

La ambigüedad de la noción misma de asilo diplomático y su contrariedad con varias normas y principios bien arraigados del derecho internacional impiden precisar con exactitud los contornos de su régimen jurídico. La decisión de otorgarlo o no, y la determinación de la manera en la que éste debe tomar fin, depende de las circunstancias particulares de cada solicitante y del “clima general” de las relaciones políticas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

Esto explica la diversidad de la práctica de los Estados en la materia. Las circunstancias diversas en las que se encuentra inmersa la práctica política del asilo diplomático impiden definir “casos típicos y reiterados” que permitan dar origen al consenso internacional, necesario para que se adopte un tratado internacional de aplicación universal; por su parte, las divergencias de la práctica estatal no logran constituir la *consuetudo* requerida para la formación de una costumbre internacional. En suma, el asilo diplomático parece cumplir con todos los supuestos indicados para escapar a la aplicación de normas jurídicas de derecho internacional (y de todo derecho), que por definición son generales, abstractas y disponen hacia el futuro.

No sumiso a reglas jurídicas claras, el asilo diplomático sigue formando parte del llamado *domaine réservé* de los Estados: un conjunto de materias tan profundamente ubicadas en el núcleo duro de su soberanía, en medio de las prerrogativas estatales plenamente discrecionales, que escapan a la regulación del derecho internacional, y, por ende, a la competencia de los tribunales internacionales. En el derecho internacional convencional, un reconocimiento de este dominio reservado se encuentra en el artículo 2-7 de la Carta de la ONU.⁸⁰ En la jurisprudencia internacional en materia de asilo diplomático, dicho reconocimiento figura en la sentencia *Haya de la Torre*, cuyos considerandos centrales han sobrevivido la supuesta relativización del concepto de soberanía estatal, y, como lo demuestra la opinión consultativa de la CIDH, siguen perdurando en la actualidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARREDONDO, Ricardo, “Wikileaks, Assange y el futuro del asilo diplomático”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, 2017.
- BARBERIS, Julio, “La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la Corte de La Haya”, en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Max-Planck-Institut, vol. 31, 1971.
- BOGDANDY, Armin von y VENZKE, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, *German Law Journal*, vol. 12, 2012.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, fifth edition, Oxford, Clarendon Press, 1998.

⁸⁰ En virtud de dicha disposición: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...”.

- CARREAU, Dominique, *Droit international public*, Pédone, 2015.
- CHENG, Bin, *General Principles of International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1st ed. 1951.
- CHISHOLM, John, “Chen Guangcheng and Julian Assange: The Normative Impact of International Incidents on Diplomatic Asylum Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 82, 2014.
- DUPUY, Pierre-Marie, “La position française en matière d’asile diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 22.
- FABIÁN, Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff, 2008.
- IMAZ, Cecilia, “El asilo diplomático en la política exterior de México”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 40-41.
- LAVENDER, Thomas, “Using the Julian Assange Dispute to Address International Law’s failure to Address the Right of Diplomatic Asylum”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, 2014.
- RIVELES, Susanne, “Diplomatic Asylum as a Human Right: The Case of the Durban Six”, *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo y VILLARINO VILLA, Cristina, “La práctica latinoamericana ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Tecnos, 2011.
- SHAPIRO, Martin, “A Theory of Stare Decisis”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.
- SINHA, Prakash, *Asylum and International Law*, The Hague, Martinus Neijhoff, 1927.
- STONE SWEET, Alec, “Judicial Authority and Market Integration in Europe”, en GINSBURG, Tom y KAGAN, Robert (eds.), *Institutions and Public law. Comparative approaches*, Peter Lang, 2005.
- TOMUSCHAT, Christian, “Secession and Self-determination”, en COHEN, Marcelo (ed.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge University Press, 2006.
- VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012.
- VENZKE, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011.

EL CASO *NOTTEBOHM* (LIECHTENSTEIN V. GUATEMALA). SU INTERPRETACIÓN EN EL SIGLO XXI*

Iliana RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Argumentos*.
IV. *Resolución*. V. *Votos disidentes*. VI. *Cumplimiento*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso *Nottebohm*,¹ entre Liechtenstein y Guatemala, fue resuelto mediante sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 6 de abril de 1955. Es piedra angular del derecho internacional público, al establecer la protección internacional de los principios fundamentales sobre la nacionalidad de los individuos.

El derecho a una nacionalidad es determinado de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado facultado para otorgarla. Algunos países aceptan doble o múltiple nacionalidad, teniendo como requisito que las personas renuncien a alguna, para poder otorgar la suya; otros países la otorgan por haber nacido en su territorio (*jus soli*), como México, Estados Unidos, o Alemania, o por ser descendiente de uno de sus nacionales (*jus sanguinis*), como México, Alemania y Francia.² Los requisitos para la natura-

* Esta investigación se inició durante el XXXVI Congreso Internacional Latin American Studies in a Globalized World, de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), en temas de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). 23 de mayo 2018, Barcelona, España.

¹ CIJ, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, segunda fase, fallo, 6 de abril de 1955.

² Desde Roma se consideraba el vínculo jurídico para determinar su lugar en la sociedad. Algunos de estos vinculantes son: el *jus soli*, nacionalidad adquirida por el lugar de nacimiento; *jus sanguinis* de nacionalidad adquirida por la nacionalidad de los padres; *jus optandi* o nacionalidad adquirida por el derecho a escoger una nacionalidad, y el *jus domicili* o nacionalidad adquirida por residir en el territorio.

lización en estos casos, en la mayoría de Estados implica una edad determinada (dieciséis, dieciocho o veintiuno, según el país) la antigüedad de la residencia en el territorio, no tener antecedentes criminales, entre otros.³ El individuo, con la naturalización, adquiere derechos y obligaciones de todo ciudadano, pero no por partida doble;⁴ es decir, que éstos sólo se realizan o son efectivos dentro del territorio que la otorga aun cuando sea el caso de

³ Con relación a las convenciones internacionales sobre la nacionalidad, los gobiernos representados en la Séptima Conferencia Internacional Americana, con motivo de concertar un convenio acerca de la nacionalidad, nombran plenipotenciarios las siguientes naciones: Honduras, Estados Unidos, El Salvador, República Dominicana, Haití, Argentina, Venezuela, Uruguay, Paraguay, México, Panamá, Bolivia, Guatemala, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Colombia, Chile, Perú y Cuba, acordaron once artículos; entre los más importantes se encuentran: 1. Naturalización ante las autoridades competentes de los países implicados y la pérdida de la nacionalidad originaria... 4. En caso de transferencia, de una porción de territorio de parte de uno de los Estados signatarios a otro de ellos, los habitantes del territorio transferido no deben considerarse como nacionales del Estado al que se transfiere, a no ser que opten expresamente por cambiar su nacionalidad originaria... 6. Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos.

La Constitución de Guatemala establece respecto de la naturalización, en su artículo 146, que son guatemaltecos quienes obtengan su naturalización, de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece su Constitución. En este artículo no se observa nada respecto al vínculo que alega en este caso Guatemala ante la CIJ. La interpretación es doctrinaria, y la doctrina no es fuente autónoma. Alemania, por su parte, en el capítulo I, de los derechos fundamentales, encuentra como primer acercamiento al concepto de nacionalidad el artículo 16, que dice que: 1) no se podrá privar a nadie de la nacionalidad alemana, cuya pérdida sólo podrá producirse en virtud de una ley y contra la voluntad del interesado, cuando éste no se convierta en apátrida como consecuencia de esta medida, es decir, el contexto cambió tras la IIGM, y 2) ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional, en la medida en que se respeten los principios de derecho fundamental. En el capítulo XI, sobre las disposiciones transitorias y finales, se encuentra el artículo 116, el cual dice que: 1. Son alemanes en el sentido de la presente Ley Fundamental, salvo los preceptos legales que dispongan otra cosa, quienes posean la nacionalidad alemana o hayan obtenido acogida como refugiados o expulsados de pertenencia étnica alemana o como cónyuges o descendientes de aquellos en el territorio del Reich alemán con sus límites del 31 de diciembre de 1937. Los antiguos súbditos alemanes a quienes se haya privado de su ciudadanía entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 por motivos políticos, raciales o religiosos, y sus descendientes, recuperarán la nacionalidad alemana si así lo solicitan. No se considerará que hayan perdido dicha nacionalidad si con posterioridad al 8 de mayo de 1945 hubieran establecido su residencia en Alemania y no hubieran manifestado su voluntad en contrario.

⁴ González Martín, Nuria, "Ley de Nacionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 98, disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2000.98>, consultado el 23 de mayo 2018.

la doble o múltiple nacionalidad. El caso Nottebohm no sólo consideró a la norma jurídica para establecer un concepto de nacionalidad con esta eficacia, sino que también desentrañó el estándar valorativo social y cultural, para demostrar la necesidad de la existencia de vínculos efectivos y genuinos para el reconocimiento de la nacionalidad de forma efectiva.

En este caso se plantea el significado de la nacionalidad que perduraba hasta el siglo XX, pero que en el siglo XXI no puede ser acotada de la misma forma en que la sentencia dispuso. Si bien es cierto que uno de los elementos constitutivos del Estado es su población y su característica de permanente, donde los vínculos que se requieren para ser concebido como nacional de un Estado son relevantes, también es cierto que en la actualidad existen Estados con poblaciones nómadas⁵ que carecen de esta posibilidad de permanencia y el cuestionamiento de la formación del vínculo que crea la nacionalidad.⁶ El planteamiento de si una decisión emanada de un tribunal internacional debe prevalecer sobre la decisión de un órgano o tribunal local o nacional queda a discusión. En todo caso la hipótesis es que dado el devenir histórico de los pueblos, y la movilidad que promueven las relaciones internacionales entre éstos, el concepto de nacionalidad ya no se reduce a una visión exclusivamente sociológica de la formación del vínculo cultural, social y político con el Estado que la otorga, sino que obedece más a un reconocimiento jurídico a partir del principio *pro persona*, que parte de aquel derecho que más favorezca a la persona para el desarrollo pleno de sus derechos humanos.

El caso Nottebohm es relevante para interpretar situaciones como la que se presentó en la Unión Europea respecto del caso contra el fundador de la organización WikiLeaks,⁷ Julian Assange, quien enfrentaba una denuncia de violación por un tribunal de Suecia, y cargos por espionaje y conspiración en

⁵ Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo núm. 9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf, Recuperado el 25 de mayo del 2019.

⁶ No debe soslayarse el impacto de la nacionalidad como un derecho humano. La nacionalidad como derecho inherente a todos los seres humanos, sin distinción alguna. Los derechos humanos siguen la tendencia de ser reconocidos y no otorgados; esto desde una visión iusnaturalista, que luego se ha reconocido como derecho positivo en varias legislaciones del mundo, y específicamente en los países parte en este caso, aun cuando la comunidad política está obligada a reconocerlos con base en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, pues la nacionalidad se atribuye a la naturaleza de la persona humana.

⁷ Wikileaks es una organización privada, que pública y masivamente analiza los documentos secretos (*Leaks*), preservando el anonimato de sus fuentes, disponible en: <https://wikileaks.org/wiki/Wikileaks/es>.

Estados Unidos por infiltrarse en bases gubernamentales.⁸ Assange se encontraba desde 2012 y hasta 2019, bajo el estatus de refugiado en la embajada de Ecuador en Londres, por lo que la orden de arresto no podía ejecutarse. Él solicitó la naturalización al gobierno ecuatoriano el 16 de septiembre de 2017, y le fue otorgada el 12 de diciembre del mismo año⁹ bajo las consideraciones de la Constitución¹⁰ y la Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador.¹¹ El 20 de diciembre, la cancillería ecuatoriana solicitó al Reino Unido que le reconocieran el estatus de agente diplomático en la embajada en Londres, una estrategia que le permitiría abandonar su encierro como refugiado, y luego con el reconocimiento de agente diplomático, tuviera inmunidad y abandonar la embajada ecuatoriana en ese país, sin ser detenido. Sin embargo, el Reino Unido le negó dicho estatus, y Assange tuvo que permanecer en la embajada para evitar su detención y atracción a la jurisdicción de Estados Unidos.

En la Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, publicada el 6 de febrero de 2017, el artículo 2o. señala principios inherentes a los nacionales o naturalizados, como el de “ciudadanía universal”, por el que para movilizarse libremente se le reconoce a las personas la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, inclusive de la condición de extranjero,¹² y bajo el principio de “Protección de las personas ecuatorianas en el exterior” el Estado ecuatoriano garantizará a las personas ecuatorianas en el exterior “el efectivo reconocimiento y respeto de los derechos humanos, independientemente de su condición migratoria”.¹³ Con esto, el Estado es garante

⁸ *El Mundo*, “EE. UU. anuncia 17 nuevos cargos contra Julian Assange”, disponible en: <https://www.dw.com/es/ee-uu-anuncia-17-nuevos-cargos-contra-julian-assange/a-4885452>, recuperado el 23 de mayo del 2019.

⁹ *El Comercio*, “Julián Assange fue naturalizado ecuatoriano el 12 de diciembre del 2017”, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/cancilleria-naturalizacion-julianassange-wikileaks-ecuador.html>, recuperado el 4 de mayo del 2020.

¹⁰ El artículo 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 señala que “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad”. Obsérvese la mención al vínculo jurídico-político con el Estado; queda a criterio de interpretación, evidentemente de órganos jurisdiccionales; no se alude a ningún componente de los señalados en la sentencia del caso *Nottebohm*.

¹¹ Ley de Movilidad Humana, publicada el 6 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10973.pdf>, recuperada el 2 de mayo del 2020.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

del “respeto y reconocimiento de los derechos humanos de la comunidad ecuatoriana en el exterior, mediante acciones diplomáticas ante otros Estados”. Estos principios se articulan con el principio “Pro persona en movilidad humana”¹⁴ que establece que las normas de esa ley se interpretarán de modo que favorezcan más a las personas en movilidad humana, y aquí viene lo más interesante; es con la finalidad de que los requisitos o procedimientos “no impidan u obstaculicen el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado ecuatoriano”.¹⁵ En este sentido, pese a que el artículo 71 indica que para tener la naturalización se requiere haber residido de forma regular y continua al menos tres años en el Ecuador,¹⁶ a Assange se le otorgó estando en la sede diplomática de Ecuador en el Reino Unido, interpretación contradictoria al caso *Nottebohm*. La discusión del vínculo cultural, social y político del concepto de nacionalidad, del caso *Nottebohm*, en el caso Assange adquiere una nueva interpretación en el siglo XXI, que permitirá en futuros casos una visión más inclusiva de los individuos como sujetos¹⁷ del derecho internacional, en una sociedad más globalizada y acorde a la progresividad de los derechos humanos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El caso conocido como *Nottebohm* estableció un procedimiento en contra de Guatemala¹⁸ por el principado de Liechtenstein,¹⁹ que buscaba medidas de reparación que protegieran a uno de sus ciudadanos, el señor Friedrich Nottebohm, quien fue expulsado y sus bienes incautados por el gobierno de Guatemala durante la Segunda Guerra Mundial, por ser de origen alemán. Alemania en ese momento era considerado un Estado enemigo para los países aliados, donde destacaban los Cuatro Grandes; el Reino Unido de

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹⁸ La República de Guatemala es un Estado en América central, que guarda frontera con México, Belice, el mar Caribe, la República de Honduras, El Salvador y el océano Pacífico.

¹⁹ Liechtenstein es un principado que para efectos del derecho internacional público tiene capacidad de celebrar tratados, poseer inmunidad diplomática y realizar reclamos en el plano internacional, por lo que un sujeto legal de este derecho. Se ubica en Europa central, y guarda frontera con Suiza y Austria.

la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la entonces Unión Soviética, Estados Unidos y China. Guatemala pertenecía a la esfera de los aliados.

El caso se presenta cuando Friedrich Nottebohm, nacido en Hamburgo el 16 de septiembre de 1881, ciudadano alemán por nacimiento, se traslada a Guatemala en 1905 y funda, con sus hermanos, una de las más grandes comercializadoras de materias primas en ese país, llegando a tener influencia en el sector financiero de aquella época. Como se demuestra en el caso, su domicilio y residencia principal estaban en Guatemala.

Tras el estallido de la IIGM, el 9 de octubre de 1939, Nottebohm solicitó su naturalización²⁰ al principado de Liechtenstein, y la obtuvo el 13 del mismo mes y año, es decir, cuatro días después de iniciado el proceso.

²⁰ Molina Orantes, Antonio, “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nottebohm de abril 6, 1955”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, época V, núm. 2, enero-junio de 1955, pp. 22 y 23, destaca de esta traducción la cita a la Ley de Liechtenstein del 4 de enero de 1934 y sus requisitos para la naturalización de extranjeros, así como las pruebas requeridas. En esta ley se exigen, entre otros requisitos, que el candidato a la naturalización pruebe: “1o. Que la vecindad de una comuna de Liechtenstein le ha sido prometida para el caso de que adquiera la nacionalidad liechtensteiniana. 2o. Que perdería su antigua nacionalidad por el hecho de su naturalización, aunque esta exigencia puede ser objeto de dispensa bajo ciertas condiciones. Pone igualmente como condición la exigencia de un domicilio legal en el territorio del Principado por lo menos de tres años, agregando que «en casos particulares dignos de interés y a título excepcional, esta condición puede no exigirse». Además, el candidato a la naturalización debe presentar cierto número de documentos, entre otros: el atestado de un domicilio legal en el territorio del principado, un certificado de buena conducta extendido por la autoridad competente del lugar del domicilio, documentos concernientes a su fortuna o ingresos y si no tiene domicilio legal en el Principado, la prueba de que ha celebrado un convenio con la Administración de Contribuciones Públicas, con noticias de la Comisión Fiscal de su presunta comuna de origen. La ley, asimismo, establece el pago, por parte del candidato, de una tasa de naturalización cuyo monto es fijado por el Gobierno del Principado y que se eleva como mínimo, a la mitad de la tasa pagada por la adquisición de la vecindad de una comuna del Principado, constituyendo la promesa de esta adquisición, según la ley, una condición para el otorgamiento de la naturalización. La ley manifiesta la preocupación de que la naturalización únicamente debe otorgarse cuando se sometan a examen las relaciones del candidato con el país de origen, así como su situación personal y familiar, agregando que la —naturalización queda excluida si las relaciones y su situación son de tal índole que den lugar a temer cualesquiera inconvenientes para el Estado por el hecho de esta naturalización—. En cuanto al examen de la solicitud por los órganos competentes y al procedimiento a seguir por esos, la ley dispone que el Gobierno, después de haber examinado la solicitud y los documentos anexos y, después de haber recibido información favorable respecto del candidato, someterá la petición a la Dieta. Si esta aprueba la solicitud, el Gobierno presenta una proposición en este sentido al Príncipe Reinante, quien es el único competente para conferir la nacionalidad de Liechtenstein. Finalmente, la ley autoriza al Gobierno del Principado, durante los cinco años posteriores a la naturalización, a retirar la nacionalidad de Liechtenstein a quien la hubiere adquirido si se establece que las condiciones exigidas, según los términos de la ley,

Sin embargo, regresó a Guatemala, donde vivió hasta 1943, año en que fue expulsado del país, como ya se ha señalado, por ser considerado alemán y, como parte de las medidas de guerra, enemigo de Estados Unidos y sus aliados, entre ellos Guatemala.

Se le expropiaron todos sus bienes sin ninguna clase de indemnización o reparación de daño, con base en su estatus de nacional de una potencia beligerante, y se le llevó al campo militar estadounidense en la ciudad de Guatemala, antes de ser enviado al campo Kennedy, en Texas, en diciembre de 1943. Cuando este campo cerró sus puertas, fue enviado al Fuerte Lincoln, en Dakota del Norte, donde permaneció hasta el 22 de enero de 1946. En ese mismo año, el señor Nottebohm apeló esta decisión ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala en Nueva Orleans, señalando que se le negaba la nacionalidad adquirida de Liechtenstein. En 1951, Liechtenstein realizó un reclamo contra Guatemala ante la CIJ argumentando la negación de sus derechos como ciudadano de este país.

Guatemala en un inicio presentó una excepción preliminar, por la que establecía la falta de validez de su aceptación para obligarse a las resoluciones de la CIJ. El 15 de enero de 1953, la CIJ rechazó el argumento presentado por el gobierno de Guatemala al respecto. La aceptación inicial de Guatemala a la jurisdicción de esta Corte estaba contenida en la declaración del 27 enero de 1947, y contaba con una validez de cinco años y expiraba un par de semanas después del reclamo presentado por Liechtenstein el 17 de diciembre de 1951. Guatemala estableció que la sentencia que dictara la CIJ sería extemporánea, y por lo tanto no sería obligatoria.

En la actualidad, las excepciones preliminares quedaron consagradas en el Reglamento de la CIJ adoptado el 14 de abril de 1978, y que entró en vigor el 1 de julio de 1978, y es en la subsección 2 de excepciones preliminares, artículo 79 (enmendado el 1 de febrero de 2001), donde se establece:

1. Cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá ser presentada por escrito lo antes posible, y a más tardar en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la memoria... 8. A fin de que la Corte pueda pronunciarse sobre su competencia en la fase preliminar del procedimiento, la Corte podrá, cuando sea necesario, invitar a las partes a debatir todo punto de hecho y de derecho y a producir todo medio de prueba que se relacione con la cuestión. 9. La Corte, oídas las partes, decidirá por medio

no han sido cumplidas; prevé, asimismo, que el Gobierno puede cancelar la nacionalidad en todo tiempo si la naturalización ha sido adquirida fraudulentamente”.

de un fallo, en el que aceptará o rechazará la excepción o declarará que la excepción no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar. Si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento. 10. La Corte dará efecto a todo acuerdo entre las partes encaminado a que una excepción planteada en virtud del párrafo 1 de este artículo sea resuelta al examinar el fondo.²¹

Otra forma de lograr excepción a la competencia de la CIJ es por el artículo 79, párrafo 10, por el que las partes en el caso puedan acordar entre ellas que cualquier excepción sea oída y resuelta por la Corte junto con el fondo del asunto.²² Otras excepciones pueden formularse durante la fase de fondo mediante la figura de *plea in bar*, por la que un tribunal, en este caso la CIJ, formula una excepción de jurisdicción, por razones especiales por las cuales un juicio no puede continuar. Es la súplica de absolución. En el caso *Nottebohm* fue rechazada por la Corte mediante un procedimiento incidental, aunque Guatemala luego presentó una nueva excepción de admisibilidad, que quedó registrada en el caso, pero que no obtuvo pronunciamiento de la Corte. Esto debido a que la CIJ fundó su derecho de admisibilidad tomando en cuenta el caso del canal de Corfú, sustentado en

²¹ Reglamento de la CIJ, adoptado el 14 de abril de 1978, y que entró en vigor el 1.º de julio de 1978 (enmendado el 1 de febrero de 2001), disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CI2.pdf>, recuperado el 20 de enero del 2018.

²² Caso *Norwegian Loans (France v. Norway)* de 1957, como antecedente. “Algunos préstamos noruegos se habían negociado en Francia entre 1885 y 1909. Las obligaciones que los garantizaban indicaban el importe de la obligación en oro, o en moneda convertible en oro, así como en diversas monedas nacionales. Desde el momento en que Noruega suspendió la convertibilidad de su moneda en oro —en varias ocasiones después de 1914— los préstamos habían sido servidos en coronas noruegas. El Gobierno francés, defendiendo la causa de los obligacionistas franceses, presentó un recurso solicitando al Tribunal de Justicia que declarara que la deuda debía ser liberada mediante el pago del valor en oro de los cupones de los bonos en la fecha de pago y del valor en oro de los bonos amortizados en la fecha de reembolso. El Gobierno noruego planteó una serie de excepciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal y, en la sentencia que dictó el 6 de julio de 1957, el Tribunal consideró que no era competente para pronunciarse sobre el litigio. En efecto, la Corte sostuvo que, dado que su competencia dependía de las dos declaraciones unilaterales hechas por las Partes, sólo se le confería competencia en la medida en que esas declaraciones coincidían en conferirla. El Gobierno noruego, que había considerado que el litigio se hallaba enteramente dentro de su jurisdicción nacional, tenía por tanto derecho, en virtud de la condición de reciprocidad, a invocar a su favor, y en las mismas condiciones, la reserva contenida en la declaración francesa que excluía de la jurisdicción del Tribunal las diferencias relativas a cuestiones que se encontraban “esencialmente dentro de la jurisdicción nacional, tal como la entendía el Gobierno de la República Francesa”. CIJ, *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/29> (traducción de los autores).

las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, en sus artículos 48 y 73, por los que la Corte estaba autorizada para determinar sobre su competencia bajo el compromiso adquirido y los tratados que podían ser invocados en la materia; esto aplicando los principios del derecho internacional. Guatemala era parte de dichas convenciones de La Haya, y por lo tanto la admisibilidad se observó a la luz de esta obligación.

Otro aspecto para obligarse a la jurisdicción de la CIJ, más allá de la excepción preliminar del gobierno de Guatemala, fue que éste establecía la jurisdicción en analogía al poder de administrar justicia²³ esperando o confundiendo con ello la espera de una sentencia favorecedora. Adicionalmente, la CIJ, facultada por su estatuto en el artículo 36, párrafo 6, resolvió que “En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción la Corte, decidirá”.²⁴ Con este argumento, la CIJ señaló que su jurisdicción no podía ser discutida con motivos de la terminación de una declaración determinada, porque el proceso había comenzado antes de su término.

En esta fase, tanto el gobierno de Liechtenstein como el de Guatemala nombraron a sus respectivos jueces *ad hoc*; se nombró por parte del principado de Liechtenstein al señor Paul Guggenheim, profesor del Instituto de Estudios Internacionales en Ginebra y miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, y de parte de Guatemala, al señor Carlos García Bauer, profesor de la Universidad de San Carlos y miembro de la delegación permanente de Guatemala ante las Naciones Unidas.²⁵

III. ARGUMENTOS

El gobierno de Liechtenstein solicitó a la Corte, juzgar y declarar que el gobierno de Guatemala había violado el derecho internacional al detener, expulsar y no volver a admitir al señor Nottebohm, además de confiscarle sus propiedades sin compensación alguna. Por estas acciones, el gobierno de Liechtenstein pedía la suma de veinte mil francos suizos por daños especiales y 645,000 francos suizos por daños generales. Exigía además el pago de las ganancias que las propiedades del señor Nottebohm hubieran acumulado con el tiempo desde que le fueron arrebatados, pagando el equivalente en francos suizos y con un interés del 6%. Además de trescientos mil francos suizos anuales, que en opinión de la Corte hubieran generado dichas pro-

²³ (*Liechtenstein v. Guatemala*), segunda fase, fallo..., *cit.*, p. 14.

²⁴ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: *statute-of-the-court-es.pdf*.

²⁵ Molina Orantes, Antonio, *op. cit.*, p. 1.

piedades de haber seguido bajo la administración del señor Nottebohm.²⁶ Solicitó además la devolución inmediata de las propiedades y el pago de la depreciación del que hubieran sido objeto las propiedades durante el tiempo que permanecieron confiscadas, al igual que una suma compensatoria de 6.510,596 francos suizos al gobierno de Liechtenstein, que representaba el valor estimado de mercado de la propiedad confiscada si hubiera permanecido en su condición original.²⁷

Se alegó si la aceptación de la nacionalización del señor Nottebohm había ocurrido conforme al derecho interno e internacional y que no se tomara en cuenta el alegato de que Nottebohm no había agotado todos los recursos a su disposición, pues, dada la postura de Guatemala en la IIGM, aquéllos no hubieran prosperado.

Por otra parte, el gobierno de Guatemala pedía a la CIJ, considerar el reclamo de Liechtenstein como inadmisible por no haber agotado todos los recursos de mediación de conflictos entre ellos y por no haber probado que Nottebohm cuenta con la nacionalidad de acuerdo con las leyes del principado, e invita a dicho gobierno a presentar los papeles que comprueben la naturalización. Además, niega que se hayan infligido daños tales como para que el principado reclame compensación alguna. En este punto, se afirma que no puede haber compensación por daño, pues se actuó conforme a la Ley de la Reforma Agraria contenida en su Decreto 900.²⁸

La Corte decidió establecer ciertas prioridades para resolver el caso, siendo la cuestión de la nacionalidad de Nottebohm la de mayor importancia, pues, al ser la naturalización un acto de jurisdicción interna de un país, se discutía si la naturalización por parte de Liechtenstein obligaba a Guatemala a reconocer a Nottebohm como ciudadano de dicho país, a la vez que le permitiría establecer si el principado de Liechtenstein tenía la capacidad o no de realizar el reclamo ante la CIJ en contra de Guatemala.

Guatemala defendió su acusación con base en un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que estableció que “es el lazo de nacionalidad entre un Estado y el individuo lo que le confiere en el Estado el derecho de protección diplomática”.²⁹ Se basaba en el hecho de que no fue sino hasta después del inicio de la Segunda Guerra Mundial (IIGM) cuando el señor Nottebohm pidió la nacionalidad a Liechtenstein. Este acto denota que la intención de Friedrich por naturalizarse responde más a una cues-

²⁶ (*Liechtenstein v. Guatemala*), segunda fase, fallo..., *cit.*, p. 7.

²⁷ *Ibidem*, p. 26.

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ *Ibidem*, p. 13.

tión de interés personal, no pertenecer a una potencia beligerante, que a un nexo sentimental especial con el principado. Además, el gobierno de Guatemala establecía que la nacionalidad había sido concedida ilegalmente.

En este punto es necesario comentar las reglas de la Ley de Liechtenstein, del 4 de enero de 1934, para poder reclamar nacionalización. Requiere, fundamentalmente: 1) que se demuestre la voluntad del individuo de regirse por las leyes de dicho país; 2) haber vivido en el territorio por los últimos tres años cuando mínimo o presentar un argumento para una consideración especial; 3) la aceptación del individuo por parte de una comuna, y 4) la solicitud debe ser aceptada por el parlamento y posteriormente por el príncipe, quien dará o no el visto bueno a la solicitud de nacionalidad.³⁰

En los hechos, Nottebohm tenía la aceptación de la comuna tras haber pagado alrededor de veinticinco mil francos suizos a la comuna y doce mil quinientos al Estado por concepto de los costos de procedimiento, además de una suma anual por impuesto de naturalización de mil dólares, que cesarían de ser pagados al momento de aceptarse su naturalización, cuando pasaría a pagar impuestos como cualquier otro ciudadano. Él pasó todos los requisitos, pero no presentó argumentos para el hecho de no haber vivido los tres años anteriores en dicho país. Sin considerar esto, el 13 de octubre de 1939, por medio de una resolución suprema del príncipe, le fue concedida la nacionalidad a Nottebohm; el proceso finalizó el 20 de octubre. Recibió su pasaporte y éste fue visado para entrar a Guatemala el 1o. de diciembre de 1940.³¹

De la sentencia se observa que no importa cómo se haya realizado este proceso; el señor Nottebohm pasó por uno para recibir la nacionalidad, y éste fue aceptado por los diferentes órganos del principado. Guatemala no podía haber argumentado la ilegalidad como base para desechar el caso. No podía tampoco haber presentado un argumento sobre la doble nacionalidad del individuo, porque Nottebohm, de acuerdo con las leyes de la nacionalidad de 1913, aplicables en ese entonces en Alemania, había perdido, por el simple hecho de haber adquirido la otra nacionalidad, el reconocimiento como ciudadano alemán.

Guatemala no presentó objeción alguna cuando el 20 de enero de 1940 Nottebohm informó al ministro de Asuntos Exteriores de su naturalización y pedía que se cambiara su nacionalidad en los registros previos, siendo esta petición aceptada el 31 de enero. De igual forma, el 9 de febrero tales cambios fueron también hechos en sus documentos de identidad, y se le

³⁰ Molina Orantes, Antonio, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

³¹ (*Liechtenstein v. Guatemala*), segunda fase, fallo..., *cit.*, p. 15.

concedió un certificado oficial del Registro Civil de Guatemala el 1o. de julio de 1940. Estos procesos demuestran que el gobierno no sólo no estaba en contra de la naturalización, sino que incluso concedió el permiso para la visa en 1940, y no hubo problemas para el señor Nottebohm hasta 1943.

La Corte no tomó en cuenta la validez del proceso de naturalización, pues respetó un acto soberano de Liechtenstein. Esto evidenció una contradicción en el caso, y fue que la Corte trató al señor Nottebohm como sujeto de dos nacionalidades, pese a que Nottebohm, por las razones mencionadas, había perdido ya la nacionalidad alemana y había sido certificada por el Senado de Hamburgo el 15 de junio de 1954, según lo estipula el juez Klaestad en su opinión disidente.³²

Sin tomar en cuenta esto, la CIJ continuó con el proceso bajo este criterio, en donde no se puede decidir cuál de los dos Estados (Alemania o Liechtenstein) le ha conferido o no protección al individuo, porque eso es asunto interno, pero el tercer Estado sí puede decidir en caso de conflicto cuál de los dos compromisos le competen a él, y si puede o no aceptar el asunto presentado ante él, en este caso el de la ciudadanía del principado de Liechtenstein por parte de Nottebohm. La Corte resuelve también usando principios usados en cortes de arbitraje internacionales en asuntos similares, donde un tercer país, en este caso Guatemala, puede decidir qué nacionalidad invocada ante él debe reconocer como válida, dando preferencia a la nacionalidad real y efectiva.

El artículo 3o, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, fundamenta lo anterior, al señalar que “Toda persona que para ser elegida miembro de la Corte pudiera ser tenida por nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza ordinariamente sus derechos civiles y políticos”.³³ Esto implica que ante el choque de dos nacionalidades, una tendrá mayor peso de acuerdo con los vínculos o nexos de nacionalidad, ya sea por razones familiares en el lugar, o vínculos sanguíneos, o porque hay pruebas de su deseo de pertenecer a esa comunidad, y conserva en ese sitio sus principales intereses. Por lo anterior, la CIJ estimó que el señor Nottebohm, al visitar la ciudad de Hamburgo en vacaciones y días festivos y por tener a su familia en ese lugar, Guatemala debía considerar como nacional alemán al señor Nottebohm. La CIJ descartó la violación de los derechos de Nottebohm. Con once votos a favor y tres en contra, la Corte decidió que el reclamo de Liechtenstein era inadmisibile. Este caso generó un precedente respecto a la naturalización y el dilema de dos nacionalidades, y demostró

³² (*Liechtenstein v. Guatemala*), excepciones preliminares, fallo, 18 de noviembre de 1953.

³³ Estatuto ICJ, *op. cit.*, p. 1.

el valor del derecho internacional público, en una interpretación que superó a la norma local. La nacionalidad otorgada por Liechtenstein no fue reconocida.

IV. RESOLUCIÓN

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia finalmente fue emitida el 6 de abril de 1955. El jurado estuvo compuesto por catorce miembros y un juez *ad hoc*, siendo estos: el presidente de la Corte, Hackworth; el vicepresidente Badawi; los jueces Basdevat, Zoricic, Klaestad, Read, Hsu Mo, Armand Ugon, Kojevnikov, sir Muhammad Zafrulla Khan, Moreno Quintana, Cordova; M. Guggenheim; M. García Bauer y el juez *ad hoc* López Olivan.**

Para la CIJ, la importancia de la naturalización radicó en que aparentando ser un problema común, sus implicaciones eran relevantes, ya que implicaba romper con un lazo de fidelidad con un Estado para establecer obligaciones con otros. La decisión de la Corte estableció que el señor Frederick Nottebohm, en todo momento mantuvo sus conexiones familiares y de negocios con su país natal, Alemania, y aunque adquirió la nacionalidad de Liechtenstein, eso no implicaba que quisiera romper los vínculos con su país. Además de su nacionalidad legal, por negocios, permaneció por 34 años en Guatemala, país del que tuvo que retirarse por motivos de guerra (IIGM) impedido para volver por la alianza de Guatemala con Estados Unidos, uno de los principales países de los aliados en esta guerra. En contraste, su relación con Liechtenstein era muy débil, pues no fue hasta 1946 cuando acudió a aquel país, pues no se le permitió su ingreso a Guatemala.

La Corte no encontró una relación real y efectiva con Liechtenstein, mientras que con Guatemala su relación era efectiva y antigua. La naturalización otorgada al señor Nottebohm por parte del principado de Liechtenstein no se fundaba en una conexión real, pues al ser concedida con tanta rapidez y bajo excepciones, no alteró o cambió su forma de vida. A ese lazo le hacía falta un elemento esencial: la efectividad del vínculo de nacionalidad, que indica una lealtad al Estado, amor a la patria, pues fue otorgada sin tomarse en cuenta que la nacionalidad implica una relación verdadera y eficaz. La solicitud de naturalización del señor Nottebohm, únicamente obedecía a intereses económicos, de ser un ciudadano de un país neutral y

** Esta sección de la investigación se desarrolló con la asistencia en investigación, por parte de la alumna de derecho del Tec de Monterrey campus Ciudad de México, Ana María Morales Prado.

no de uno beligerante, pero sin ninguna intención, deseo o convicción de adquirir los intereses, tradiciones, cultura y obligaciones del principado de Liechtenstein.³⁴

De esta manera, la Corte finalmente decidió que la petición por parte del principado de Liechtenstein era inadmisibles, pues la nacionalidad no se basaba en un lazo real, efectivo y duradero con la intención de ser parte de dicha nación. En primer lugar, la sentencia de la CIJ expuso todo lo relativo a los argumentos y contrargumentos presentados por ambas partes para que se tuviera en claro cuáles eran sus pretensiones y hasta dónde la Corte podía intervenir. Una vez que se trataron dichos argumentos, la Corte procedió a analizar los hechos materia de la litis, para posteriormente llevar a cabo su análisis, y con ello emitir una resolución acorde a derecho, pero siempre tomando en cuenta los verdaderos sucesos.

De esta manera, una vez que la Corte determinó la materia de la litis, es decir, que quedaron establecidos las pretensiones y argumentos de las partes, así como los hechos que dieron origen a la controversia, continuó sobre la base de las pretensiones finales. Como consecuencia de lo anterior, lo que las partes solicitaron que resolviera la Corte fue lo siguiente:

- 1) La solicitud por parte de Liechtenstein, que estaba encaminada a que la Corte declarara que la naturalización del señor Frederich Nottebohm, del 13 de octubre de 1939, no era contraria a la ley internacional; y, en segundo lugar, que la reclamación por parte del principado de Liechtenstein en nombre del señor Frederich Nottebohm era admisible por la Corte.
- 2) La petición por parte de la República de Guatemala era que la Corte emitiera un fallo en el que estableciera que la declaración por parte de Liechtenstein no era admisible.

La función de la Corte Internacional de Justicia era juzgar sobre la admisibilidad de la reclamación hecha por el principado de Liechtenstein en nombre del señor Frederich Nottebohm.

Para cumplir con el objetivo anterior, lo primero era establecer si la naturalización concedida al reclamante podía ser válidamente invocada en contra de Guatemala; aunado a ello y como consecuencia, si en efecto el principado de Liechtenstein tenía la facultad de interponer una reclamación en nombre del señor Nottebohm. Una vez que se estableció lo que la

³⁴ *Ibidem*, p. 25.

Corte debía resolver, señaló de manera tajante que no iría más allá de las cuestiones que le habían sido consultadas.³⁵

Liechtenstein argumentaba que Guatemala había reconocido la naturalización de Frederick Nottebohm, pues con anterioridad el cónsul de Guatemala había firmado en Zurich el pasaporte del señor Nottebohm, gracias al cual pudo volver en un primer momento a Guatemala. La Corte debía resolver si de la actitud de Guatemala era posible concluir que de manera tácita había reconocido al señor Nottebohm como nacional de Liechtenstein. En este asunto se decidió que, después de analizar la conducta de Guatemala, no era posible asegurar que dicho Estado hubiera reconocido la nacionalidad, ya que el cónsul general sólo había visado el pasaporte para efectos de control de los extranjeros en dicho país, y si bien eso podría ser una presunción legal de reconocimiento de la nacionalidad, dicha presunción aceptaba prueba en contrario. Finalmente, en relación con este punto, la Corte decidió que Guatemala no había reconocido la nacionalidad, y, por tanto, la protección que Liechtenstein pudo haber proporcionado al señor Nottebohm.³⁶

Resuelto lo anterior, la Corte pasó al análisis de si la nacionalidad otorgada por Liechtenstein al señor Nottebohm obligaba a Guatemala a reconocer sus efectos. En este punto la Corte destacó que la cuestión sería examinada sin considerar la validez de la naturalización de conformidad con las leyes internas de Liechtenstein; es decir, si ese acto unilateral de otorgamiento del principado de Liechtenstein podía ser usado en contra de Guatemala para el ejercicio de la protección del señor Nottebohm.³⁷

La Corte inicia su razonamiento estableciendo que la nacionalidad corresponde a la jurisdicción interna de cada Estado; por lo tanto, la regulación de la nacionalidad corresponde a las leyes internas. La cuestión para dirimir por parte de la Corte no trata sobre el orden jurídico de Liechtenstein, sino que, al proteger a sus nacionales, los Estados se colocan en la esfera del derecho internacional. La Corte señaló que algunos actos realizados por los Estados en su jurisdicción interna no siempre tienen efectos internacionales. En aquellos casos donde dos Estados otorgan su nacionalidad a un mismo individuo, el asunto ya no puede permanecer únicamente en el derecho interno de cada uno, sino que más bien pasa a formar parte del derecho internacional, por lo cual no es posible que cualquier individuo (por ejemplo, un Estado) se mantenga en la idea de que la nacionalidad debe

³⁵ *Ibidem*, p. 26.

³⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

³⁷ *Ibidem*, p. 20.

permanecer exclusivamente en el derecho interno de los Estados, pues de suceder así resultaría imposible terminar con la controversia.

Si lo que se pretende es dar por terminada la disputa, lo que se debe hacer es determinar si el otorgamiento de la nacionalidad por parte del Estado demandante se llevó a cabo en un contexto que obligara al Estado demandado a admitir las consecuencias que contrae la nacionalidad. Los árbitros internacionales han tenido que resolver cuestiones de esta naturaleza, es decir, de doble nacionalidad en relación con el ejercicio de la protección. En general, los jueces han dado su preferencia a la nacionalidad verdadera y eficaz, la que concuerda con los hechos, la que se basa en los lazos más fuertes entre el afectado y uno de los Estados que ha otorgado su nacionalidad.³⁸

En casos de doble nacionalidad, se han tenido presentes diferentes razones, tales como la residencia habitual del individuo, el centro principal de sus intereses, sus lazos de familia, su participación en la vida pública, la cercanía con su país, así como la cultura vinculada a sus hijos, etcétera. Además, cuando se deben desentrañar cuestiones de este tipo, los tribunales también toman en cuenta otros factores para dar solución al conflicto, entre los que se encuentran los criterios internacionales, criterios donde el factor predominante es la nacionalidad verdadera y eficaz. Esta misma tendencia es la que prevalece entre los juristas y en la práctica internacional. Incluso esto también puede leerse en el artículo 3o., 2o. párrafo, del Estatuto de la Corte. Aunado a lo anterior, las leyes internas de los Estados muestran la misma inclinación, pues la naturalización depende de condiciones tales que implican un eslabón verdadero, que puede variar de Estado a Estado, pero manteniendo siempre la esencia de una relación cierta.³⁹

En la práctica, algunos Estados evitan ejercer la protección de una persona naturalizada cuando se han ausentado de éste de manera prolongada, y, por lo tanto, únicamente se trata de una nacionalidad nominal (de nombre, pero no efectiva); de esta manera, se puede decir que para la invocación de la protección sólo reconoce una nacionalidad que corresponda con los Estados.

Resulta importante señalar que la regulación de la nacionalidad queda delegada a cada Estado como soberano dentro de su jurisdicción interna. De acuerdo con la Corte, la razón de una regulación local se halla en que diversas condiciones que resultan ser diferentes en los Estados, tales como la demografía, han impedido llegar a un acuerdo general apto para todos los Estados; por tanto, no ha quedado otra opción que dejar la cuestión

³⁸ *Ibidem*, p. 22.

³⁹ *Idem*.

de la nacionalidad en manos de cada nación. Si bien la regulación de la nacionalidad para fines prácticos ha quedado en manos de cada país, esto de ninguna manera implica que la regulación adoptada por éste imponga obligaciones al resto de los Estados, cuando dichos ordenamientos no han procurado estar de conformidad con la costumbre internacional y con los principios generalmente aceptados sobre nacionalidad.

Asimismo, el criterio de la nacionalidad efectiva se encuentra replicado en la práctica general en las decisiones arbitrales y judiciales, que consideran como elemento sustancial una relación genuina que importe derechos y obligaciones recíprocos. Además, de acuerdo con la Corte, la nacionalidad representa el hecho de que una persona se encuentra más cercana a determinado Estado que a cualquier otro, de tal manera que el único efecto de la nacionalidad es otorgar a un Estado el derecho de proteger a una persona frente a otro Estado.⁴⁰

Una vez establecido cuáles son los criterios predominantes en el tema de la nacionalidad y la verdadera implicación de ésta, la tarea de la Corte quedó reducida a conocer si tanto en el periodo previo como en el posterior al de su naturalización, el señor Nottebohm tenía una conexión real con Liechtenstein más que con cualquier otro Estado.

Finalmente, la CIJ, por once votos contra tres, declaró inadmisibile la demanda interpuesta por el gobierno del principado de Liechtenstein.⁴¹

V. VOTOS DISIDENTES

El fallo fue dictado por once votos a favor y tres en contra. Los jueces Klaestad, Read y Guggenheim, magistrado *ad hoc*, añadieron al fallo las exposiciones de sus opiniones disidentes.

El juez Klaestad consideró que el caso debió ser diferido. Se basó en ello a través de una de las tres excepciones que en la segunda fase del procedimiento fueron invocadas por el gobierno de Guatemala. La excepción revisada líneas arriba es sobre la naturalización concedida por Liechtenstein al señor Nottebohm, y que se considera como no válida, por ser inconsistente con el derecho interno de Liechtenstein y con el derecho internacional, aquella que refiere que él no había adquirido válidamente la nacionalidad de Liechtenstein conforme a la ley del principado. Consideró que la Corte Permanente de Justicia Internacional, en diversas oportunidades asumió

⁴⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁴¹ *Ibidem*, p. 26.

indebidamente una postura respecto de la ley nacional de los Estados, excediendo la participación de la Corte en aspectos propios de las autoridades competentes de Liechtenstein.⁴²

En este sentido, el juez Klaestad hereda una reflexión intrínseca: la capacidad soberana del Estado, de sancionar o reponer un proceso de forma libre en su territorio, e impedir la intervención de la Corte en temas de carácter interno que no le competían. En la actualidad, y con otras construcciones legales, se justificaría esto, pero en 1955 se observa el influjo de la política en este caso por el entorno de la guerra. El juez Klaestad defiende el derecho interno de Liechtenstein, de no aplicar su propia Ley sobre Nacionalidad, del 4 de enero de 1934, y de la inobservancia de sus disposiciones.

El voto disidente del juez Read contrario al fallo de la Corte, por el cual se sostiene que la reclamación presentada por el principado de Liechtenstein es inadmisibile, estableció que la Corte debió examinar algunos de los argumentos y sus resultados, que fueron invocados por los consejeros en el procedimiento y durante el proceso oral, pero que no fueron adoptados como bases del juicio. Criticó dar más peso a fundamentos legales que a los hechos.⁴³

El voto del juez *ad hoc* Guggenheim, de los más extensos, defiende al sistema legal de cada Estado y establece las condiciones requeridas para la validez de los actos jurídicos internos; le concede parcialmente razón a la Corte respecto al derecho de examinar, pero hasta cierto punto, si los hechos expuestos corresponden a la realidad y a la efectividad; es decir, si la naturalización es real y efectiva, desde el punto de vista del derecho nacional. Se enfoca en la protección diplomática como parte del otorgamiento de la nacionalidad liechtensteniana y en si es oponible a Guatemala mediante reglas generales de derecho internacional.

VI. CUMPLIMIENTO

La sentencia del 6 de abril de 1955, donde la CIJ declaró que la reclamación de Liechtenstein era improcedente, dio por terminado el caso *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala). La protección diplomática no fue suficiente para el señor Friederich Nottebohm, pues si bien es cierto que las circunstancias en medio de la IIGM politizaban su caso, al ser en principio nacional de

⁴² (*Liechtenstein v. Guatemala*), segunda fase, fallo..., *cit.*, opinión disidente del juez Klaestad.

⁴³ (*Liechtenstein v. Guatemala*), segunda fase, fallo..., *cit.*, opinión disidente del juez Read, pp. 34-49.

Alemania, y posteriormente adquirir la naturalización de Liechtenstein, sin haber podido acreditarse el vínculo de la nacionalidad con éste, también es cierto que este aspecto entabló más reflexiones propias de la sociología que del derecho.

Ciertamente, la sociología, como ciencia auxiliar del derecho, es muy importante. Sin embargo, se obvió por varios jueces (once) de la CIJ, que las normas se construyen a partir de valoraciones éticas, sociales, culturales, políticas y normativas, que pueden reproducir más que normas nominativas, normativas, capaces de prevenir situaciones o resolverlas.

Las deficiencias del derecho al interior de cada Estado al emitir sus normas son en principio su responsabilidad, sean en favor o no para sus ciudadanos. En todo caso, las cortes internacionales deben revisar si estas deficiencias generan o no responsabilidad internacional por violaciones a fuentes del derecho internacional público, sean convencionales o consuetudinarias. El señor Nottebohm se veía favorecido por la interpretación del Estado al que le pidió la naturalización, Liechtenstein, y que enarboló su causa de forma fallida contra Guatemala, por la interpretación tan extraordinaria que realizó la CIJ respecto al significado de la nacionalidad, justo durante la conflagración de la IIGM.

El caso Nottebohm ha sido muy valioso para el derecho internacional público, con relación al concepto de nacionalidad; sin embargo, en la actualidad se presentan retos, como el incremento de conflictos armados, el cambio climático, el crecimiento de las ciudades, la mala distribución de alimentos y la presencia de pandemias, como el Covid-19, entre otros fenómenos, que fomentan los flujos migratorios, y que difícilmente podrían acreditar vínculos como los que se esperaban con el caso Nottebohm, posibles de adquirir a plenitud, sólo tras una estancia e inmersión efectiva del individuo en un territorio específico.

En este caso la justicia internacional tuvo un buen papel para América Latina, pero la interpretación de un caso debe ser abierta y evolutiva a los cambios que la humanidad está viviendo aceleradamente.

VII. FUENTES DE CONSULTA

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Certain Norwegian Loans (France v. Norway), disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/29>.

Dissenting Opinion Of Judge Klaestad, disponible en DOI: *018-19550406-JUD-01-01-EN.pdf*, recuperado el 12 de febrero del 2019.

Dissenting Opinion of Judge Read, disponible en: *018-19550406-JUD-01-02-EN.pdf*, recuperado el 12 de febrero del 2019.

“EE. UU. anuncia 17 nuevos cargos contra Julian Assange”, *El Mundo*, disponible en: <https://www.dw.com/es/ee-uu-anuncia-17-nuevos-cargos-contrajulian-assange/a-48854520>.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponible en: *statute-of-the-court-es.pdf*.

GONZÁLEZ M., N., “Ley de Nacionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 98, disponible en: DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2000.98>.

“Julián Assange fue naturalizado ecuatoriano el 12 de diciembre del 2017”, *El Comercio*, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/cancilleria-naturalizacion-julianassange-wikileaks-ecuador.html>.

Ley de Movilidad Humana, publicada el 6 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10973.pdf>.

Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, folleto informativo núm. 9/Rev. 2, Nueva York y Ginebra, 2013, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf.

MOLINA ORANTES, Antonio, trad. de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* de abril 6, 1955, reproducción tomada de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, núm. 2, época V, enero-junio de 1955, 1603B-1m.-10-55, impreso núm. 444.

EL PROCESO Y EL LEGADO DEL CASO AVENA

Luis Gabriel FERRER ORTEGA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Apuntes sobre la pena de muerte*. III. *La práctica consular mexicana*. IV. *Interpretaciones judiciales del artículo 36 de la CVRC*. V. *El proceso y sentencia de la CIJ*. VI. *Procesos posteriores*. VII. *Instrumentos para el cumplimiento de la CVRC*. VIII. *Expectativas de cumplimiento del caso Avena*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (en adelante caso *Avena*) ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es un litigio internacional entre México y Estados Unidos (en adelante EUA), derivado de una controversia sobre ciertos aspectos de la protección consular de mexicanos, con base en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC), en el que puede verse una muestra de madurez de México, visto en comparación con los arbitrajes y litigios en los que ha participado históricamente. Aparejado a esta evolución, el sistema legal internacional también ha desarrollado instituciones sólidas para dar cauce a las controversias internacionales, y, como consecuencia, se ha desarrollado un *corpus* jurisprudencial trascendental para el desarrollo del derecho internacional.

Cada controversia que México ha sometido, ya sea a un tribunal arbitral, a un árbitro único o a dos cortes internacionales (sin contar a las comisiones mixtas y los arbitrajes comerciales), ha dejado una marca en la historia de las relaciones bilaterales mexicanas, y, en buena medida, algunas de las resoluciones también han impreso una huella para que ciertas instituciones legales puedan proseguir la marcha de su evolución jurídica.

* Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente la postura de las instituciones a las que pertenece.

Se advierte entonces que el caso *Avena* no fue la primera experiencia litigiosa internacional, aunque sí, en un sentido formal, la más afortunada.

A vuelapluma reseñamos los casos históricos para dar un preámbulo a esta reseña legal. El primero de ellos trató sobre el Fondo Piadoso de las Californias, creado por donaciones de individuos y corporaciones religiosas en 1697 para el trabajo pastoral de los misioneros jesuitas en la península de Baja California, de la que en aquellos años no se tenía noticia cierta si era un conjunto de islas o si se trataba de un apéndice del territorio de la entonces Nueva España. A México y a EUA les correspondería estrenar la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), cuya misión fue dilucidar si una resolución de la funesta Comisión Mixta de Reclamaciones, que otorgaba el beneficio del fondo a los demandantes religiosos estadounidenses, constituía *res iudicata*. Por la exigencia y ambición del obispado de California (donde no habían llegado los jesuitas) y una mala estrategia legal, México quedó obligado, de acuerdo con el laudo de la CPA, a pagar “a perpetuidad” una renta anual a los prelados estadounidenses, obligación que felizmente fue cesada años más tarde.

No menos afortunado fue el segundo arbitraje sobre la propiedad de la isla Clipperton, litigio con Francia que fue sometido a un monarca europeo, el rey Víctor Manuel III de Italia. México perdió esta isla diminuta, también conocida como Médanos o Isla de La Pasión, ubicada a 1,100 kilómetros de Punta Tejupan en Michoacán, y a 6,625 kilómetros de la torre Eiffel, de la que Francia señalaría en su memoria defensiva en el litigio, que se trataba “de un pico volcánico perdido a la mitad de la nada, un islote minúsculo y desértico, incapaz por sí mismo, sin ayuda externa, para mantener habitación humana”.¹

El tercer litigio fue por El Chamizal, un territorio disputado entre México y EUA por la desviación hacia el sur del cauce del río Bravo. El tribunal arbitral dividió la porción entre ambos países en 1910, aunque no fue sino hasta 1963 cuando la disputa quedó finalmente resuelta.

Pues bien, después de muchos años de no someter controversias a cuerpos internacionales, sin contar las cuestiones de comercio y derechos humanos, México acudió en 2003 ante la CIJ a presentar un diferendo, que quedó etiquetado como *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*,² relativo a la aplicación y la interpretación de la CVRC de 1963.

¹ Ferrer Ortega, Luis Gabriel, “México ante los tribunales internacionales, ¿lecciones aprendidas?”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *El derecho en México: dos siglos (1910-2010). Derecho internacional*, México, UNAM-IJ-Porrúa, 2010, tomo II, p. 411, véase esta obra para éste y los arbitrajes históricos de México.

² Así fue registrado por la Corte Internacional de Justicia al tomar el apellido del primero de los casos de los mexicanos sentenciados a pena de muerte enlistados en la demanda de México, Carlos Avena Guillén.

Pueden advertirse, en nuestro criterio, dos antecedentes sin orden de prelación que llevaron a México a presentar el litigio ante la CIJ: i) una marcada postura mexicana contraria a la pena de muerte, y ii) la fuerte actividad de protección y asistencia consular de México.

La pena de muerte no es, ni cercanamente, el punto toral del proceso del caso *Avena*, como sí lo es la aplicación e interpretación de la CVRC. Sin embargo, algunos de los abogados que empujaron el tema de la violación del artículo 36 de la CVRC en EUA y, eventualmente, ante la CIJ, son especialistas en pena capital, cuestión importante, al haber mexicanos sentenciados a la máxima sanción en aquel país, empezando, por lo menos alfabéticamente, por Carlos Avena Guillén, a quien no se le informó el derecho que tenía a la asistencia consular (la oficina consular tuvo conocimiento del caso once años después de su detención),³ y a quien el 8 de agosto de 2019 la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito ordenó que se revisara la sentencia a la luz de la ineficiencia de su abogado durante la fase de sentencia y encontrando infundada la conclusión de la Corte Suprema de California, que señalaba que Avena hubiera sido condenado a la pena de muerte aun con evidencia mitigante.⁴

Creemos conveniente, entonces, hablar en este trabajo, sobre la pena de muerte, la asistencia consular, el proceso ante la CIJ y el legado del caso *Avena*. El análisis tiene distintos matices, desde la idiosincrasia mexicana sobre la pena de muerte, las diferencias entre los sistemas legales de ambos países, la intrincada forma en que EUA incorpora el régimen internacional en su legislación y práctica doméstica, la recepción del tema en el sistema interamericano de derechos humanos, y el derecho internacional propiamente.

Advertirá el lector que aunque recayó una decisión de la CIJ en el caso *Avena*, la ejecución de la sentencia no es un proceso acabado. Los titulares de periódicos y revistas siguen cubriéndose con noticias sobre mexicanos ejecutados en EUA, entre ellos los casos notorios de José Ernesto Medellín Rojas, Humberto Leal García, Edgar Tamayo Arias, Ramiro Hernández Llanas, Rubén Ramírez Cárdenas y Roberto Moreno Ramos en el estado de Texas, individuos mencionados en la demanda mexicana. El primero de ellos, el caso *Medellin vs. Texas* en los circuitos judiciales estadounidenses, dejó un mal sabor de boca a quienes, desde ambos bandos, buscaban el cumplimiento de la resolución de la CIJ. Todos ellos serían ejecutados sin contar con la revisión y reconsideración judicial de sus sentencias y veredictos de culpabilidad

³ CIJ, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, procedimientos instituidos, solicitud, 9 de enero de 2003, p. 15.

⁴ *Avena v. Chappell*, 14-99004.

ordenada por el tribunal internacional. Quedó el caso *Avena* también, como un notorio precedente judicial para que otros países accedan a la Corte Internacional de Justicia, como lo es el caso *Jadhav* (India v. Pakistan), respecto del cual, en julio de 2019, la CIJ encontró una violación al derecho a la notificación y acceso consular por parte de Pakistán en contra de un nacional indio sentenciado a muerte.

Además de la CIJ, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han incidido en la interpretación de la CVRC relacionada con la pena de muerte y tocado aspectos relevantes para la sustancia del caso *Avena*. De igual manera, en consecuencia, a los esfuerzos diplomáticos y las solicitudes a tribunales internacionales presentados por diversas naciones, el Ejecutivo estadounidense ha tenido iniciativas para acercarse al cumplimiento de la CVRC, como es el caso del Manual sobre Acceso y Notificaciones Consulares del Departamento de Estado, del cual México tiene su propia versión.⁵ A ello dedicaremos un apartado de los instrumentos que pueden constituirse como un legado del caso *Avena*.

II. APUNTES SOBRE LA PENA DE MUERTE

El litigio en el caso *Avena* y otros ante la CIJ tiene algunos antecedentes, que conviene repasar para entenderlo. Como hemos señalado, las vertientes son, por un lado, y tangencialmente, la postura tradicional de México contraria a la pena de muerte, y, por el otro, la puntual asistencia y protección de sus connacionales que viven fuera de sus fronteras. Ambos aspectos en el tema que nos ocupa están entrelazados, y, en algunos casos, difícilmente pueden separarse. Además de ello, podemos adelantar que si México no tuviera una postura abolicionista, difícilmente habiéramos acudido a la CoIDH y a la CIJ, último tribunal que solamente ha escuchado casos relativos al acceso consular de sentenciados a la pena de muerte.

1. *La pena de muerte en México*

Históricamente, México ha apuntado a la abolición de la pena de muerte, objetivo logrado en forma después de dos siglos de vida independien-

⁵ Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/documentos/manual-sobre-acceso-y-notificacion-consulares>.

te. Este ideario, llamémosle así, quedó plasmado desde la Constitución de 1857, que en su artículo 23 señalaba:

Para la abolición de la pena de muerte queda á cargo del poder administrativo el establecer, á la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse á otros casos más que al traidor á la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, á los delitos graves del orden militar y á los de piratería que definiere la ley.

A pesar de la encomienda del Constituyente de 1857 al poder administrativo para la instalación del régimen penitenciario, en aras de la abolición de la pena de muerte —con la indicación de que fuera “a la mayor brevedad”— el fin no fue logrado. El gran jurista Ignacio Vallarta, convencido de la injusticia esencial de la pena de muerte, a la que consideraba como altamente inmoral, que corrompe al Estado que la aplica, a los que la ponen en ejecución y a los que se solazan en su aparente carácter justo, no le quedó otra opción más que negar un amparo contra la pena de muerte, pues, en su carácter de magistrado, tuvo que reconocer que el régimen penitenciario, al que hacía alusión la Constitución de 1857, no se había integrado.⁶

Por su parte, la Constitución de 1917 repetiría, palabras más, palabras menos, los casos permitidos para la aplicación de la pena máxima:

Artículo 22. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

A pesar de que la Constitución permitía en los casos señalados la aplicación de la pena máxima, muchos de los cuales son anacrónicos, evidentemente, México estaba catalogado como un país abolicionista de facto. La razón de ello es, sin duda, el ayuno de la aplicación de la medida por más de ochenta años en lo que toca a ejecuciones del orden civil y más de cincuen-

⁶ Sobre este punto véase Vallarta, Ignacio L., *Ensayo sobre la justicia de la pena de muerte*, Guadalajara, tip. del Gob., a cargo de J. Santos Orosco, 1857; Madrazo, Jorge, “Ignacio Vallarta y la pena de muerte”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas: a cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, p. 134 y 135, y Ferrer Ortega, Luis Gabriel y Ferrer Ortega, Jesús Guillermo, *La pena de muerte en el sistema interamericano. Aproximación jurídica-filosófica*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

ta en el orden militar.⁷ Aunado a ello, es común encontrar en el discurso y en documentos oficiales el apoyo a una postura abolicionista,⁸ en los que se califica a la pena de muerte como un castigo cruel e inhumano, un acto irreversible, que también afecta a los familiares del condenado.⁹

Pues bien, además de que las entidades federativas erradicaron la pena de muerte en sus códigos penales, se hicieron ajustes similares en el propio Código de Justicia, hasta que en 2005 se prohibió la pena de muerte en México. Es así que a nivel constitucional, para dejar en claro de una vez por todas, el texto del artículo 22 constitucional señala:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Una vez prohibida en la ley fundamental, la pena de muerte quedó erradicada totalmente del orden jurídico mexicano. Además de esa enmienda, se dio un paso más en la esfera internacional, y México se sumó a otros países que se han obligado a la abolición vía los instrumentos que contemplan de igual manera su prohibición. Fue así que el 26 de septiembre de 2007, hace más de una década, México se adhirió al Segundo Protocolo

⁷ La última ejecución de un civil se llevó a cabo en 1937, y la última ejecución militar se realizó en 1961.

⁸ Sólo por mencionar un ejemplo, puede leerse de la intervención del 3 de marzo de 2014 del representante permanente de México en el evento paralelo “International Actions with the view to abolishing the death penalty” del Consejo de Derechos Humanos, embajador Jorge Lomónaco Tonda, en la que señaló que México busca persistentemente promover diálogos abiertos en foros internacionales que puedan llevar a la comunidad internacional a establecer una moratoria y, eventualmente, a la abolición universal de la pena de muerte. De igual manera, el 1 de octubre de 2015, en la intervención de México en el debate general sobre la resolución L.11/ rev.1. “La cuestión de la pena de muerte” del Consejo de Derechos Humanos, el representante mexicano señaló: “La pena de muerte es un castigo cruel e inhumano, no susceptible de revertir sus consecuencias ante el error, además de que es una práctica que conlleva a otras violaciones a los derechos del condenado y su familia”.

⁹ Véase por ejemplo el boletín “Reconocen labor de México en contra de la pena de muerte”, *Boletín de prensa de la SRE del 21 de enero de 2015*, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/reconocen-labor-de-mexico-en-contra-de-la-pena-de-muerte?idiom=hrugdfzjlnhoklx>, consultado el 25 de octubre de 2017. En dicho documento se señala: “Para México la pena de muerte implica la vulneración de múltiples derechos humanos al tratarse de una sanción cruel, inhumana y degradante que no sólo afecta a la persona sentenciada, sino que también afecta a sus familiares. Por ello, la abolición o en su caso la moratoria de la pena de muerte, es un asunto al que brinda la mayor importancia”.

Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte de 1989, y, de igual manera, el 28 de junio de 2007, al Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990.

Cabe preguntarse qué razón hay para adherirse a los instrumentos de abolición de la pena de muerte si el sistema legal mexicano la prohíbe. ¿Tendrá alguna consecuencia diferente a la ya marcada en la legislación interna?

Sobre este punto, habrá de pronunciarse en la utilidad que representa contar con una posición sólida, con base en principios, en la arena internacional; ello contribuye a la “personalidad” del Estado mexicano. Por otro lado, debe señalarse que sí existe una consecuencia legal: el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados que hayan abolido la pena de muerte no pueden restablecerla en el futuro. Por tanto, toda discusión sobre la aplicación o retorno de la pena capital en México resultaría vana y estéril, por lo menos, en el entendido del respeto a las obligaciones internacionales contraídas México.

2. *La pena de muerte en EUA*

Un caso contrario es el de los EUA, país que permite la aplicación de la pena máxima, aunque en algunos estados se encuentra abolida o en moratoria. Para dejarlo claro, la pena de muerte se permite tanto en el ámbito federal como en el local, con un recuento de veinticinco estados que la contemplan, veintiuno en los que ha sido abolida y cuatro en los que hay moratoria del Ejecutivo estatal.¹⁰

A pesar de contemplarse la pena de muerte, podría observarse una tendencia restrictiva, tanto en estados que han abolido la pena máxima (nueve más desde principios de este siglo) como en los casos en los que se considera cruel e inusitada a nivel federal, dando como resultado su inconstitucionalidad.

¹⁰ Existen numerosos estudios sobre la pena de muerte en EUA. De manera concisa puede verse un espectro sobre el tema en Death Penalty Information Center, *States With and Without the Death Penalty (as of May 30, 2019)*, recurso electrónico, disponible en: <https://deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>, último acceso el 6 de junio de 2019. La más reciente abolición corresponde a New Hampshire, que fue legislada por su Congreso el 30 de mayo, imponiéndose al veto del gobernador republicano Christopher T. Sununu. Para el infortunio del único sentenciado a la pena capital en dicho estado, la supresión del castigo no es retroactiva. Como una nota histórica, una de las ejecuciones más famosas o infames en ese estado fue la de la maestra Ruth Blay en 1768, sentenciada porque la ley establecía en ese tiempo que el ocultamiento de un hijo bastardo, sobreviviera o no al nacimiento, era un delito capital, punible con el ahorcamiento.

lidad. Particularmente, en 2002 se consideró un castigo cruel e inusual la pena de muerte a individuos con retraso mental,¹¹ y en 2005, a menores de edad.¹² Por otro lado, se especificó que la pena de muerte sólo puede operar cuando se trate de delitos con agravantes que resulten en la muerte de las víctimas.¹³

3. *El derecho internacional y la pena de muerte*

Por inusual que pareciera, la pena de muerte no está prohibida en el derecho internacional. A pesar de ello, vale la pena señalar que existen pronunciamientos en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas que apuntan hacia la abolición de la pena, entre ellos las siguientes resoluciones: i) 2857 (XXVI) del 20 de diciembre de 1971 “Pena Capital”, en la que se planteaba el objetivo de reducir progresivamente el número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países; ii) 62/149, “Moratoria del uso de la pena de muerte”, del 18 de diciembre de 2007,¹⁴ como un primer paso hacia la eventual abolición de la pena capital, cuyo uso “menoscaba la dignidad humana”, además de que se afirma en la resolución que “no hay pruebas concluyentes del valor de la pena de muerte como elemento disuasorio, y que todo error judicial o denegación de justicia en la ejecución de la pena de muerte es irreversible e irreparable”.

Sirva para este estudio señalar que además de la tendencia a la abolición, existen otros instrumentos que limitan su uso; un ejemplo de ello es el artículo 37 la Convención sobre los Derechos del Niño, que prohíbe la ejecución de menores, así como otros sin fuerza vinculatoria, como las normas mínimas establecidas por el Consejo Económico y Social,¹⁵ y más reciente-

¹¹ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

¹² *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Cabe señalar que la pena está prohibida por el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³ Ésa parece ser la tendencia, en *Kennedy v. Louisiana* (07-343) (2008) la Corte, al no considerar constitucional la pena de muerte por del delito de violación a un menor, consideró que ha habido distintas resoluciones que reservan la pena máxima a homicidios con agravantes: “principle requires that resort to capital punishment be restrained, limited in its instances of application, and reserved for the worst of crimes, those that, in the case of crimes against individuals, take the victim’s life”.

¹⁴ Aprobada por 104 votos a favor, 54 en contra y 29 abstenciones.

¹⁵ Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte, fueron aprobadas sin votación por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 39/118, del 14 de diciembre de 1984, además de disposiciones relativas

mente, la resolución (A/HRC/36/L.6) del Consejo de Derechos Humanos, que además de llamar a los Estados a adherirse al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, los exhorta a no condenar con este castigo a personas con discapacidad mental o intelectual, menores de dieciocho años al momento de la comisión del delito o contra mujeres embarazadas, y reprocha su uso como sanción por mantener relaciones homosexuales. Para este trabajo vale la pena destacar que la resolución “deplora” que las personas económicamente vulnerables y los extranjeros suelen ser condenados a muerte de manera desproporcionada, y que consigna el texto siguiente: “*Exhorta* a los Estados a que cumplan las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, e informen a los extranjeros de su derecho a ponerse en contacto con la oficina consular correspondiente”.

III. LA PRÁCTICA CONSULAR MEXICANA

El derecho consuetudinario internacional construyó un cuerpo robusto de normas consulares que fueron codificadas por la Comisión de Derecho Internacional, las cuales culminaron en 1963 con la CVRC.

La CVRC constituye un acuerdo que enmarca las funciones consulares y regula la actuación de los cónsules acreditados en el Estado receptor. Sin duda, una de las funciones principales es la de protección y asistencia de los nacionales del Estado que envía, señalada como primer inciso del artículo 5, que a la letra dice: “a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”.

Además de este convenio multilateral, no es extraño encontrar en la práctica de los países, distintos instrumentos bilaterales. Un ejemplo de ello es la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, de 1942, instrumento que resulta entendible ante la estrecha relación entre México y su vecino del norte, aunado a la gran afluencia de trabajadores migratorios agrícolas en los años cuarenta.¹⁶ A

a la aplicación de las directrices contenidas en las resoluciones del Consejo 1989/64, del 24 de mayo de 1989, y 1996/15, del 23 de julio de 1996.

¹⁶ La convención bilateral sanciona obligaciones en materia consular y confiere facultades a ambas partes en auxilio de sus nacionales, tales como dirigirse a las autoridades con objeto de proteger el goce de sus derechos pudiendo presentar quejas cuando se llegaran a infringir, entrevistar y comunicarse con sus nacionales, investigar incidentes, visitar encarce-

ello debe sumarse la práctica de los Estados, de la cual la jurisprudencia es muy valiosa; que puede ser tan “antigua” como el caso *The Bello Corrunes*, en el que la Corte Suprema de EUA reconocía la facultad de los cónsules para participar en reclamos para salvaguardar los intereses de sus nacionales.¹⁷

En México, el primer numeral del artículo 44 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano expresa con toda claridad la atribución a los jefes de oficinas consulares:

I. Proteger, en sus respectivas circunscripciones consulares, los intereses de México y los derechos de sus nacionales, de conformidad con el derecho internacional y mantener informada a la Secretaría de la condición en que se encuentran los nacionales mexicanos, particularmente en los casos en que proceda una protección especial.

Con mayor precisión, el Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano¹⁸ señala que la función de proteger es una “obligación prioritaria” del personal del servicio exterior mexicano.

lados o detenidos y auxiliar a sus nacionales en juicios o gestiones ante las autoridades, entre otras.

¹⁷ *The Bello Corrunes*, 19 U.S. 152. (1821). Así lo expresaba desde aquellos años: “To watch over the rights and interests of their subjects wherever the pursuits of commerce may draw them or the vicissitudes of human affairs may force them is the great object for which consuls are deputed by their sovereigns, and in a country where laws govern and justice is sought for in courts only, it would be a mockery to preclude them from the only avenue through which their course lies to the end of their mission. The long and universal usage of the courts of the United States has sanctioned the exercise of this right, and it is impossible that any evil or inconvenience can flow from it”.

¹⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de abril de 2017. Literalmente señala: “Artículo 68. El personal del Servicio Exterior tiene la obligación prioritaria de proteger los intereses de los mexicanos en el extranjero. Con este propósito prestarán sus buenos oficios, impartirán asistencia y protección consular y, llegado el caso, proporcionarán a la Secretaría los elementos para que ésta decida si el Estado mexicano ejercerá la protección diplomática. La asistencia consular se impartirá cuando se requiera atender y asesorar a mexicanos en sus relaciones con las autoridades extranjeras. Para estos efectos los miembros del Servicio Exterior deberán: I. Asesorar y aconsejar a los mexicanos en lo relativo a sus relaciones con las autoridades e informarles sobre la legislación local, la convivencia con la población local, sobre sus derechos y obligaciones frente al Estado extranjero en donde se encuentren, y sus vínculos y obligaciones en relación con México, en especial su registro en la Oficina Consular correspondiente; II. Asesorar jurídicamente a los mexicanos, cuando éstos lo soliciten, entre otros a través de los abogados consultores de las Representaciones; III. Visitar a los mexicanos que se encuentren detenidos, presos, hospitalizados o en otro tipo de desgracia, para conocer sus necesidades y actuar en consecuencia, y IV. Asumir la representación de los mexicanos que por estar ausentes o por otros motivos estén imposibilitados de hacer valer personalmente sus intereses”.

Así, tenemos que la práctica mexicana es vigorosa en cuanto a los derechos de protección y asistencia consulares, pero también es muy atenta o es guiada por una filosofía condenatoria a la pena de muerte. Una prueba de ello es la Guía de Procedimientos de Protección Consular (en adelante “Guía”), publicada por la cancillería mexicana, en donde se afirma: “México mantiene una clara postura contra la pena de muerte por considerarla un castigo inhumano y no susceptible de revertir sus consecuencias ante el error”.¹⁹

Cabe señalar que en el campo de la protección y asistencia consular México tiene una amplia experiencia y una red consular amplia, la más grande en EUA, con cincuenta representaciones consulares.²⁰

Pues bien, el punto de encuentro entre la postura sobre la pena de muerte y la protección consular mexicana se consolidó con la creación en 2000, del “Programa de Asistencia Jurídica a Mexicanos Sentenciados a Pena de Muerte” (*Mexican Capital Legal Assistance Program* o en MCLAP, por sus siglas en inglés), liderado por un grupo de especialistas, “que ofrece apoyo técnico y legal a los abogados defensores y consulados, además de colaborar en la obtención de documentación y pruebas adicionales que pudieran utilizarse para mitigar la condena”, de acuerdo a la propia Guía, documento que añade la posibilidad de que mediante dicho programa, “abogados especializados representen a connacionales en su proceso o bien que se destinen fondos para contratar investigadores y expertos”.²¹

IV. INTERPRETACIONES JUDICIALES DEL ARTÍCULO 36 DE LA CVRC

1. *Texto del artículo 36 de la CVRC*

Antes de comenzar con las reseñas de las intervenciones judiciales tocantes al artículo 36 de la CVRC, punto de discusión principal en el caso *Avena*, resulta conveniente glosarlo:

¹⁹ Página 27, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/109345/Gu_a_de_Procedimientos_de_Protecci_n_Consular.pdf, consultado el 25 de octubre de 2017.

²⁰ La Guía define lo que se entiende por protección, de la siguiente manera: “La protección consular se define como el conjunto de acciones, gestiones y buenos oficios que realiza el gobierno de México a través de las representaciones consulares y diplomáticas en el exterior para salvaguardar, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional y en apego a las leyes y reglamentos de cada país, los derechos y la integridad de las personas de nacionalidad mexicana en el extranjero, cuando exista solicitud de la parte interesada”.

²¹ *Idem*.

Artículo 36

COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

De una simple lectura del artículo puede desprenderse que otorga los siguientes derechos, facultades y obligaciones: i) derechos de los funcionarios consulares: comunicarse libremente con sus nacionales, visitarlos cuando se hallen arrestados, detenidos o en prisión preventiva, a ser informados sin demora alguna en estos supuestos, y a organizar su defensa, así como a visitarlos si son sentenciados; ii) obligaciones del Estado receptor: permitir las visitas y comunicaciones, informar sin demora al detenido o arrestado los derechos a la notificación consular; si lo solicita el interesado notificar de su arresto sin retraso alguno a la oficina consular y permitir la comunicación del detenido sin demora con la autoridad consular; y iii) derechos del individuo: comunicarse con sus funcionarios consulares y de visitarlos, informar sin retraso alguno a la oficina consular cuando sea arrestado, para lo cual el

nacional tiene el derecho a ser informado sobre el acceso consular que goza y serle permitida la comunicación con la autoridad consular sin demora.

2. *Antecedentes en la CIJ y en la CoIDH*

Ninguna lectura resulta simple en derecho internacional. Antes de la demanda mexicana, la CIJ ya había ventilado dos casos contra EUA por demandas presentadas por Paraguay y Alemania relativas al cumplimiento del artículo 36 de la CVRC.

El primero de ellos fue el reclamo ante la instancia internacional en 1998 por las violaciones en el caso del paraguayo Ángel Francisco Breard, a quien no se le informó sobre el derecho que le asistía, y cuyo consulado no fue notificado del arresto.²² Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de EUA había señalado que la argumentación de la violación en una etapa posterior a la primera instancia estaría precluida por la regla conocida en aquel país como *procedural default* o preclusión procesal, además de estimar que la falta de notificación consular constituía una error que no producía un perjuicio en el proceso, doctrina conocida en aquel país como *harmless error* (error sin perjuicio o agravio), rematando con el señalamiento de que la CVRC no concedía derechos individuales.²³

En este primer ensayo de litigio, Paraguay pudo obtener medidas provisionales de la CIJ, lo que no pudo detener la ejecución de Breard. Las partes habrían de llegar a un arreglo, eventualmente, lo que incluyó una disculpa del Departamento de Estado.²⁴

En la línea del tiempo seguiría la demanda de Alemania contra los EUA ante la CIJ por el caso de los hermanos Karl y Walter LaGrand, ambos ejecutados en Arizona en 1999 desoyendo la medida provisional dictada el 2 de marzo de ese año por la CIJ para el caso del segundo hermano, quien fue ejecutado al día siguiente.²⁵ Al contrario de la interpretación estadounidense,

²² CIJ, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States)*, 1998.

²³ *Breard v. Greene* (523 U.S. 371, 1988).

²⁴ El *American Journal of International Law* dedicó un número especial al estudio de este caso. Véase Agora: *Breard*, 92 AJIL 666 (1998).

²⁵ En la sentencia del 27 de junio de 2001 en *LaGrand Case* (Germany v. United States), 2001 ICJ Rep. 466, 40 ILM 1069 (2001), la Corte consideró el debate sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales. El tribunal no concluyó el debate arguyendo la no necesidad por no haber solicitado Alemania una reparación económica. En cuanto a la historia del no cumplimiento de las medidas provisionales, véase Aceves, William J., “Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Federal Republic of Germany v. United States).

la CIJ afirmó que la CVRC concede derechos individuales. Ya hemos mencionado que puede desprenderse de una lectura simple de su texto y que el derecho doméstico no puede limitarlo, sino especificar la forma en que deben ser ejercidos. Además, el tribunal internacional aseveró que una disculpa no sería suficiente, como no lo sería en otros casos en los cuales hubiera una violación al artículo 36 de la CVRC y se dieran periodos prolongados de detención o penas severas.²⁶ La CIJ resolvió de igual manera que sería tarea de EUA permitir una revisión y reconsideración de la sentencia y del veredicto de culpabilidad, en los medios que eligiera ese país.

Cabe destacar que en aquella ocasión la CIJ no consideró necesario juzgar si los derechos individuales derivados de CVRC tienen la calidad de derechos humanos,²⁷ cuestión que sí fue discutida en el sistema interamericano de derechos humanos, como veremos en seguida.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) apuntó con mayor claridad en la Opinión consultiva 16 (OC-16) que el derecho a la información sobre la asistencia consular “debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”,²⁸ y que su inobservancia “afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida”.²⁹ Esto es, la elevación o calificación de la norma como un derecho humano, y si bien es cierto que la CIJ y la CoIDH tienen una jurisdicción diferente, por lo menos hasta ese momento podía señalarse que la opinión de la corte regional era complementaria. Recordemos que en ambos casos se discutía el acceso consular con la nota de que se trataba de sentenciados a pena de muerte.

Pues bien, para el tema que nos ocupa es dable señalar que la CoIDH precisó también el término “sin dilación” del artículo 36 de la CVRC, seña-

Provisional Measures Order”, *The American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 4 (oct., 1999), pp. 924-928.

²⁶ CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fondo, fallo, 27 de junio de 2001. Puede consultarse un estudio de este caso en Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso *LaGrand*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 109, enero-abril 2004, pp. 207-260.

²⁷ Parágrafos 77 y 78 de la sentencia del 27 de junio de 2001.

²⁸ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (ser A), núm. 16 (1999), parágrafo 122.

²⁹ *Ibidem*, parágrafo 137.

lando que debe informarse al detenido al momento de privarle la libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.³⁰

Distaba mucho la facultad consultiva de la CoIHD para conocer de los más de cincuenta casos de mexicanos sentenciados a pena de muerte a los que se no les había respetado el derecho individual, derechos humanos para el tribunal regional. También debe advertirse que la manera de incorporar las interpretaciones del órgano regional es señaladamente distinta entre México y EUA, último que no reconoce la jurisdicción compulsoria de ese tribunal. Pues bien, a pesar de ello, la OC-16 pavimentó la convicción de la razón legal que le asistía a México en el litigio que presentaría en la CIJ contra EUA.

V. EL PROCESO Y SENTENCIA DE LA CIJ

Como un preámbulo a la presentación de la demanda mexicana, el entonces consultor jurídico de la cancillería mexicana, embajador Juan Manuel Gómez Robledo, sostuvo un encuentro el 16 de diciembre de 2002 con su par estadounidense, William Taft IV, para discutir las visiones que tenían ambos países sobre la CVRC, aunque en este punto se mostraron irreconciliables.³¹ El propio Gómez Robledo señala que el encuentro “era de gran importancia desde el punto de vista jurídico, con el fin de evitar que Estados Unidos de América argumentara que México no había agotado la vía de la negociación antes de acudir a la corte”.³²

1. *Inicio del procedimiento y competencia*

Un mes más tarde, el 9 de enero de 2003, México presentó ante la CIJ su demanda por violaciones a la CVRC en los casos de 54 nacionales sentenciados a pena de muerte, cifra que se redujo a 52 casos documentados para los alegatos de fondo,³³ junto con una solicitud de medidas provisio-

³⁰ *Ibidem*, tercer punto resolutorio.

³¹ Ampudia, Ricardo, *Mexicans on Death Row*, Houston, Arte Público Press, University of Houston, 2010, pp. 158 y 159.

³² Gómez Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 179.

³³ Uno de ellos resultó tener doble nacionalidad mexicana y estadounidense, y el segundo, haber recibido asistencia consular antes de su interrogatorio.

nales tomando en cuenta que algunos de los mencionados en la demanda tendrían fechas de ejecución cercanas.

En este punto cabe señalar que ambos países son, como miembros de Naciones Unidas, parte del Estatuto de la CIJ, cuyo artículo 36, primer párrafo, dispone: “La competencia de la corte se extiende a todos los asuntos especialmente previstos en los tratados y convenciones vigentes”.

Al momento de enderezar México su demanda con EUA, ambos países todavía eran parte del Protocolo Opcional de Jurisdicción Compulsoria³⁴ de la CVRC, y se tenía el antecedente de la incuestionable competencia de la CIJ en los casos de Paraguay y Alemania. La competencia, por ende, era incuestionable, al encontrarse la litis en el supuesto del artículo 1 de dicho protocolo, que literalmente dispone: “Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender en ellas a demanda de cualquiera de las partes en la controversia que sea parte en el presente protocolo”.

Aun así, la parte estadounidense buscó descalificar la competencia de la Corte al señalar que la petición de México iba va más allá de la aplicación o de la interpretación de la Convención de Viena, al solicitar a la CIJ que interviniera en la administración del sistema de administración de justicia penal de aquel país.

La CIJ despachó la argumentación estadounidense al juzgar que las pretensiones mexicanas versaban sobre la interpretación de la CVRC. En este punto, cabe recordar que el principio *compétence de la compétence*, regla comúnmente aceptada en materia de arbitrajes internacionales, fue recogido en el párrafo 6 del artículo 36 del Estatuto de la CIJ. Desde el *Alabama Case* se constató su vigencia internacional, cuya permanencia fue recogida en el caso *Nottebohm* por la CIJ con este texto:

Este principio, que es aceptado por el derecho internacional general en materia de arbitraje, tiene particular importancia cuando el tribunal internacional no es un tribunal arbitral... sino que es una institución que ha sido preestablecida por un instrumento internacional que define su jurisdicción y regula su funcionamiento y, como en el presente caso, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas.³⁵

³⁴ *Optional Protocol to the Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes*, de 24 de abril de 1963, 596 UNTS 487.

³⁵ CIJ, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, excepciones preliminares, fallo, 18 de noviembre de 1953, p. 119.

La ecuación no podía ser más simple: una negociación concluida entre las partes, la existencia de una *litis* fundada en la CVRC, ambos países partes del Protocolo Opcional de Jurisdicción Compulsoria, la presentación de la demanda mexicana y la facultad de la CIJ para resolver sobre su competencia, darían como resultado la afirmación de la competencia del tribunal de Naciones Unidas para conocer y resolver la controversia.

2. *Pretensiones de la parte mexicana*

La sustancia de la demanda era bastante sólida. México tenía documentado por muchos años, gracias a la labor de los abogados del MCLAP, así como de los funcionarios y empleados locales de sus consulados, la ausencia del cumplimiento de la CVRC. No resulta extraño que Ricardo Méndez Silva comentara sobre este litigio, que corresponde a “la lucha cotidiana del Derecho Internacional por asegurar los valores que defiende y entraña”.³⁶

Como una cuestión natural de una demanda, México solicitó desde un principio a la CIJ que señalara el remedio a la violación a ser demostrada, y pidió la *restitutio in integrum*, que se traduciría en la vuelta al estado original de las cosas, al *statu quo ante*.³⁷ Este tipo de reclamo ya tenía antecedentes jurisprudenciales amplios, que se remontan en el plano formal a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de *Factory at Chorzów*,³⁸ por lo que la ecuación sería solamente acomodarlo a la pretensión mexicana.

La argumentación inicial de México para el órgano internacional de justicia, plasmada en el memorial, se acomodó de acuerdo con las infraccio-

³⁶ Méndez Silva, Ricardo, “El caso Avena y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 1013.

³⁷ (*Mexico v. United States of America*), jurisdicción y/o admisibilidad, memoria de México, 20 de junio de 2003, p. 150, para. 357.

³⁸ *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*, *Merits, Judgment of 13 September 1928*, P.C.I.J., series A, núm. 17, p. 47, en este litigio se asentó que es un principio de derecho internacional que toda violación comporta el deber de reparación al producirse un daño. En muy resumidos términos, a dicha conclusión llegaría la Corte antecesora de la CIJ presidida por Anzilotti, el mismo abogado que representó a México en el litigio de Clipperton, al encontrar una violación por parte de Polonia al apoderarse ilícitamente de una fábrica de nitrato en la ciudad de Chorzów, Alta Silesia, que causó daños a compañías alemanas.

nes alegadas a la CVRC en cada uno de los casos de nacionales sentenciados a pena de muerte, y pueden resumirse en lo siguiente:

- Existió una violación al derecho de México a brindar protección a sus nacionales, conforme a los artículos 5 y 36 de la CVRC; por lo tanto, procede la *restitutio in integrum*.
- Los EUA tienen la obligación internacional de no aplicar la doctrina de preclusión procesal (*procedural default*) o cualquier otra de su derecho doméstico que impida el ejercicio de los derechos derivados del artículo 36 de la CVRC.
- Todas las detenciones futuras deberán ajustarse a estas obligaciones internacionales.
- El derecho a la notificación consular es un derecho humano.³⁹

De una manera práctica para los procesos judiciales individuales, México solicitó la CIJ que se ordenara volver al *statu quo ante* de las detenciones que calificaba como ilícitas; esto es, restablecer la situación jurídica existente antes del arresto de los nacionales mexicanos. Por ende, sería necesario borrar de un plumazo la doctrina del *procedural default*, preconizada por las cortes estadounidenses, y que impedían, por la sola colocación en el tiempo, argumentar la violación a la CVRC si no se había invocado desde la primera instancia.

La pretensión mexicana era amplia, quizá demasiado, pues buscaba que el demandado tomara todas las medidas necesarias para que su derecho interno diera cumplimiento íntegro a los derechos consignados en el artículo 36 de la CVRC y que se otorgaran garantías de no repetición de los actos combatidos. Expresamente, el memorial mexicano pedía la *vacatur* de las sentencias y veredictos de culpabilidad; esto es, la anulación de los procesos por el ilícito de la violación a la CVRC, además de la exclusión de cualquier evidencia obtenida de esa forma en procedimientos futuros.⁴⁰ Creemos que aunque pareciera ambiciosa la pretensión mexicana, en un litigio es dable procurar mayores peticiones a reservarlas sin que el juzgador pueda considerarlas.

3. Posición estadounidense

Teniendo fresca la experiencia de litigios previos como fueron *Breard* y *LaGrand*, los EUA quisieron sacar provecho de las decisiones de la CIJ en lo

³⁹ (*Mexico v. United States of America*), *Memoria de México...*, cit., pp. 174-177, para. 407.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 153-162.

que pudiera serles favorable. En efecto, el diplomático mexicano Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco explica que la contraparte estadounidense razonó, en referencia al caso *LaGrand*, que la “corte ya había fallado al respecto y que la reparación decidida en esa ocasión consagra la libertad de medios para llevar a cabo la revisión y la reconsideración de los veredictos de culpabilidad y de las penas”.⁴¹ De esta manera, la estrategia de EUA fue muy diferente a la usada en el caso *LaGrand*, en el que habían reconocido la violación, pero intentaban limitar la interpretación en torno a los alcances de la asistencia consular que se hubiera recibido y su impacto en el procedimiento.

De la manera señalada, los EUA ampliaban el silogismo, y apuntaron a que la revisión y reconsideración se satisfacía con el procedimiento administrativo de clemencia que se sigue ante las juntas de perdones y libertad condicional y los gobernadores de los estados. Este punto era bastante peligroso para la causa mexicana, y más para los procesos individuales. Baste recordar que en el proceso de Javier Suárez Medina, el propio consultor jurídico del Departamento de EUA, William Taft IV, había dirigido una comunicación el 5 de agosto de 2002 al presidente de la Junta de Perdones y Libertad Condicional del estado de Texas (*Texas Board of Pardons and Paroles*, BPP por sus siglas en inglés), en la que solicitaba, entre otros puntos, que en la petición de clemencia presentada por la defensa del mexicano el BPP considerara la sentencia y veredicto de culpabilidad de este último a la luz de los derechos de la CVRC, lo que constituiría la “revisión y reconsideración” ordenada en el caso *LaGrand*. Formalmente, el 14 de agosto de 2002, Taft recibiría respuesta de la BPP señalando que habían revisado y reconsiderado la información proporcionada por el Departamento de Estado y sostenido una entrevista con el cónsul general de México en Austin, Texas, quien estaba acompañado de la abogada Sandra Babcock, entonces directora del MCLAP, para discutir el punto.⁴² Sin embargo, la BPP había resuelto, en una votación de 17-0, no recomendar al gobernador de Texas la conmutación de la pena. Ese mismo día, el 14 de agosto de 2002, Javier Suárez Medina fue ejecutado en la prisión de Huntsville, y se declaró muerto, después de aplicarle una dosis letal a través de una inyección, a las 18:23 horas. En ese escenario, el entonces presidente, Vicente Fox, canceló una

⁴¹ Gómez Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, pp. 217-219.

⁴² El texto de las comunicaciones, disponible en: <https://www.state.gov/s/l/38617.htm>, consultado el 21 de febrero de 2019.

gira programada al estado de Texas entre el 26 y el 28 de agosto, en la que tenía planeado un encuentro con el mandatario George W. Bush.⁴³

Regresando a la respuesta estadounidense, el país norteamericano alegó también que “algunos” de los individuos mencionados en la demanda de México eran “definitiva o probablemente” ciudadanos estadounidenses⁴⁴ o que tenían familiaridad con el sistema legal de ese país, y que en el sistema legal de EUA era común que los extranjeros no fueran identificados de esa forma debido a la diversidad cultural existente, e, incluso, que se podía correr el riesgo de caer en estereotipos si se distinguía la nacionalidad en las detenciones.

En cuanto al aspecto del momento en que debía efectuarse la notificación consular, los EUA argumentaron que en la práctica de los estados, “sin dilación” o “without delay” no correspondía a la aspiración mexicana de llevarse a cabo después de la detención y antes del interrogatorio, idea que, por supuesto, se retomó con fundamento en la Opinión consultiva 16 de la CoIDH. Más allá, los EUA, en su contestación pretendían demostrar que podía llevar a absurdos y a entorpecer la labor de sus autoridades policíacas.⁴⁵

4. Argumentación de las partes

La parte mexicana estuvo a cargo de quien fuera a la sazón consultor jurídico de la cancillería mexicana, Juan Manuel Gómez Robledo,⁴⁶ y se integró por un grupo más que notable, entre los que se encontraban Socorro Flores Liera, Joel Hernández García, Víctor Manuel Uribe, Erasmo Lara Cabrera, Santiago Oñate,⁴⁷ embajador de México en los Países Bajos, Sandra L. Babcock, entonces directora del MCLAP, Pierre-Marie Dupuy,

⁴³ Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2002/08/15/003n1pol.php?printver=1>, consultado el 21 de febrero de 2019.

⁴⁴ (*Mexico v. United States of America*), *op. cit.*, *Counter-Memorial of the United States of America*, pp. 1-19.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 78-102.

⁴⁶ Fue maestro en derecho internacional por la Universidad de París, así como en relaciones internacionales por el Instituto de Estudios Políticos de París; miembro del servicio exterior mexicano desde 1988, y miembro de una familia de distinguidos abogados internacionalistas. Su padre, Antonio Gómez Robledo, fungió por muchos años como consultor de la SER, y su hermano, Alonso Gómez-Robledo, es uno de los más respetados juristas internacionales. Inclusive la parte estadounidense lo cita en su réplica.

⁴⁷ La experiencia diplomática previa de Oñate como embajador en la OEA y en el Reino Unido no pudo haber sido mejor complementada con su experiencia política y legal como

profesor de la Universidad de París y del Instituto Universitario Europeo, Donald Francis Donovan y abogados de la firma neoyorquina *Debevoise & Plimpton*, y el especialista en derechos humanos Mark Warren, entre otros abogados dignos de nombrarse.

Para dar una muestra de lo certero que fueron los discursos jurídicos de la parte mexicana, reseñamos la intervención de la abogada Babcock, quien, además de aclarar que la afirmación sobre la doble nacionalidad recaía sobre los EUA sin que se hubiera probado ese extremo, estableció el vínculo causal entre la violación del artículo 36 de la CVRC y las reparaciones pretendidas por México, al explicar que los nacionales mexicanos “sufren desventajas culturales y lingüísticas que dificultan su capacidad para entender y ejercer sus derechos, y que la protección consular puede remediar esta equidad inherente”.

Babcock, hoy directora de la Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Cornell University, había mencionado el daño a los casos de los mexicanos por la ausencia de protección consular, después de que los consulados consolidaron los expedientes individuales para poder detallar ante la CIJ la diferencia que hubiera tenido la evolución del proceso judicial de haberse llevado a cabo la notificación y la consecuente intervención consular.

En otro punto, y adelantando Babcock lo que eventualmente sería el razonamiento de la Corte, explicó que las cortes estadounidenses y la práctica consideran que la petición de clemencia no es un proceso judicial, por lo que sólo se analizan algunas situaciones de hecho, excluyendo consideraciones de derecho, por lo que no podría encajar en la definición de “revisión y reconsideración”.⁴⁸

Podríamos repetir las intervenciones de los abogados de la parte mexicana una a una, todas tan notables, como la de Babcock, y si únicamente exponemos este episodio es para mostrar cómo un buen alegato deriva necesariamente en una correcta sentencia, como así lo resolvió finalmente la CIJ.

Por otro lado, la defensa de los EUA estuvo integrada, en un principio, por el consejero legal del Departamento de Estado, el reconocido abogado de Harvard, William H. Taft, IV,⁴⁹ y su equipo, Daniel Paul Collins, del Departamento de Justicia, así como del prominente jurista sir Elihu

diputado, procurador federal del Medio Ambiente, secretario del Trabajo y Previsión Social, entre otras posiciones.

⁴⁸ (*Mexico v. United States of America*), “Public sitting held on Thursday 18 December 2003, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding”, pp. 19-30.

⁴⁹ Bisnieto del presidente del mismo nombre, y un prominente abogado, quien tuvo el coraje de oponerse a los funestos procesos a los detenidos a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, calificándolos como violatorios a la Convención de Ginebra.

Lauterpacht,⁵⁰ hijo del famoso juez de la CIJ, Hersch Lauterpacht, y quien, sin duda, era el más familiarizado de todos los presentes con los litigios en el Palacio de la Paz. Este grupo fue engrosándose cada vez más, tal vez por la fuerza de las razones presentadas por los mexicanos, hasta conformar cerca de veinte abogados, que, a pesar del despliegue de sus argumentos, no pudieron rescatar su causa.

Pues bien, William H. Taft IV, que encabezaba la defensa, ratificaba el argumento de que las peticiones de México eran extraordinariamente amplias, y que buscaban que la CIJ actuara como una corte de apelaciones penales, y que, por otro lado, la revisión y reconsideración todavía estaban disponibles. Taft discurrió sobre la interpretación que según su postura debería dársele a la expresión “sin dilación”, y, de acuerdo con su disquisición, no encontraba acorde a la práctica de los Estados ni a los trabajos preparatorios de la CVRC ninguna fórmula que avalara que la notificación debería producirse antes de los interrogatorios.⁵¹ En un alegato anterior, el mismo agente de los EUA, probablemente ofuscado, llegó a señalar que la Corte había “ido demasiado lejos” en el caso de *LaGrand*, y que el “rol de la Corte era interpretar la Convención y que no tendría autoridad en crear, revisar o implementar derecho interno”.⁵² Las pruebas para desacreditar la nacionalidad mexicana o probar la estadounidense de “algunos” individuos, que tanto vitorearon, nunca llegaron. No cabe duda de que Taft y su equipo hicieron una denodada defensa de una causa que probablemente estaba perdida desde un inicio. El resto de los argumentos no los reproducimos, por ser más o menos una exposición verbal de los puntos mencionados en la réplica.

5. Sentencia

Abreviando hacia los puntos resolutivos de fondo de la sentencia del 31 de marzo de 2004, la CIJ afirmó que EUA incumplieron el artículo 36 de la CVRC:

⁵⁰ Además de su membresía en el Instituto de Derecho Internacional y sus reconocidas cátedras en Cambridge y la London School of Economics, fueron notables sus participaciones como agente en los casos *Nottebohm*, *North Sea Continental Shelf*, *Barcelona Traction*, *Nuclear Tests* y otros tantos ante la CIJ.

⁵¹ (*Mexico v. United States of America*), “Public sitting held on Friday 19 December 2003, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Shi presiding”.

⁵² Si bien la parte de “crear” o “implementar” el derecho interno es digna de análisis, parecía olvidársele que los Estados pueden incurrir en responsabilidad por sus actos internos, y que es doctrina aceptada que la argumentación del derecho interno no exenta a los Estados del respeto al derecho internacional.

- Con el inciso b) del primer párrafo, al no informar sin dilación a 51 nacionales mexicanos al momento de su detención sus derechos contenidos en dicho inciso (cuarto resolutivo).
- Al mismo inciso, al no haber notificado a la oficina consular sin retraso la detención de 49 de los casos mencionados en la demanda mexicana correspondiente, privando a México de brindar la asistencia consular pertinente (quinto resolutivo).
- A los incisos a) y c), al haber privado a los funcionarios consulares mexicanos del derecho a comunicarse y tener acceso, así como visitar a 49 mexicanos (sexto resolutivo).
- Al inciso c), al privar a los funcionarios mexicanos del derecho a organizar la defensa ante los tribunales en 34 casos (séptimo resolutivo).
- Al segundo párrafo, al no haber permitido la revisión y reconsideración de las sentencias y veredictos de culpabilidad en los casos de César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos y Oswaldo Torres Aguilera (octavo punto).

De esta manera, la CIJ encontró comprobados los hechos para los casos presentados por México, y también señaló el incumplimiento específico por parte de EUA al articulado de la CVRC, por lo que procedió a aplicar la fórmula de reparación. A ello, encontró que EUA debería proveer, por los medios de su elección, revisión y reconsideración de las sentencias y veredictos de culpabilidad, lo que, para considerarse efectivo, debería llevarse a cabo dentro del proceso judicial, valorándose plenamente las violaciones a la CVRC.⁵³ Puede notarse que en este punto existe un elemento complementario al fallo *LaGrand*, de vital importancia para la causa mexicana, al incorporarse la necesidad de que la revisión se lleve a cabo dentro del proceso judicial, lo que conlleva a que las peticiones de clemencia no satisfagan el deber de reparación.

Un punto que no fue concedido a la parte mexicana fue la *vacatur* de las sentencias y veredictos contra los mexicanos condenados a pena de muerte, opción que fue la más conservadora para la CIJ, pues de haberse concedido la hubieran podido tildar de tribunal de alzada a pesar de poder justificar una medida de esa envergadura por procurar volver al *statu quo ante*. Sin duda, adoptar esa posición podría haber sido contradictorio, al contraponerse, por una parte, a la libertad de elección de medios para la reparación dentro del proceso judicial, y, por la otra, ordenar la anulación de la sen-

⁵³ (*Mexico v. United States of America*), fondo, fallo, 31 de marzo de 2004, para. 138-141.

tencia y veredicto podría confirmar que, de facto, la CIJ actuaba como un tribunal de apelación, como acusaba la parte estadounidense. Cobra más dificultad la resolución al estar en juego la aplicación de la pena de muerte, sanción esencialmente irreparable, y en la que la compensación *ex post facto* no puede de ninguna manera lograrse efectivamente.

Debe señalarse que la *vacatur* de una sentencia sí ha sido indicada por tribunales internacionales, como aconteció en el caso Cantoral Benavides de la CoIDH, en la que el tribunal interamericano ordenó “que el Estado deje sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria”.⁵⁴ No obstante, consideramos que la anulación de una sentencia no debe ser automática, sino a la luz de la gravedad del incumplimiento de la obligación internacional, que en el caso *Cantoral Benavides* era muy clara, tomando en cuenta los intereses de procuración de justicia del Estado.

Otro punto desechado fue la petición de supresión de la evidencia obtenida en violación al artículo 36 de la CVRD, aunque sí logró impulsarse la supresión de la doctrina del *procedural default* para estos casos.

Por otro lado, cabe señalar que la pretensión mexicana de declarar que el derecho a la notificación y a la comunicación consular es un derecho humano, fue obviada por la CIJ. En este punto, debe recordarse que la parte mexicana había pavimentado la dirección del litigio con el antecedente de la Opinión consultativa sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular⁵⁵ de 1999, en la que la CoIDH aseveró los siguientes puntos:

- El derecho a la información sobre la asistencia consular está ligado directamente con los derechos humanos, en particular con las garantías judiciales.
- Sin dilación (*without delay*), es decir, al momento de privarlo de libertad y, en todo caso, antes de que el detenido rinda su primera declaración ante la autoridad.
- La violación del derecho a la notificación consular en casos de pena capital puede tener graves consecuencias para el debido proceso

⁵⁴ *Cantoral Benavides* (Cantoral Benavides v. Peru), sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas, ser. C), núm. 88, tt. 77 y 78.

⁵⁵ La Secretaría de Relaciones Exteriores publicó la Opinión con los siguientes datos: Opinión consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10. de octubre de 1999 solicitada por el gobierno de México sobre el tema “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, intervención de Sergio González Gálvez y prólogo de Héctor Fix-Zamudio, SRE, 2001, p. 260.

penal de los acusados, incluidos el derecho a un juicio justo y a una defensa adecuada.

Debe advertirse que la CoIDH se pronunciaba en un punto en que la CIJ ya había conocido en aquellos años, por lo menos en parte. Previendo una posible interpretación diferente, una posible fragmentación de regímenes, la CoIDh adelantó:

[D]istintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho.⁵⁶

La CoIDh parece haber tenido una visión anticipatoria, ya que, solamente tres años más tarde, en el caso *LaGrand*, de 2001, la CIJ consideró que no era necesario conceptuar como derecho humano el contenido del artículo 36 de la CVRC.⁵⁷ Para el caso que comentamos en este ensayo, el caso *Avena*, la CIJ fue todavía más allá, al rechazar la pretensión mexicana, aseverando que un derecho humano no puede deducirse de la CVRC:

Independientemente de que los derechos de la Convención de Viena sean o no derechos humanos, no es un asunto que esta Corte requiera decidir. La Corte, sin embargo, desea hacer notar que ni el texto ni el objeto ni la finalidad de la Convención, ni indicación alguna de los trabajos preparatorios, permiten dar bases para apoyar la conclusión que México deduce en su alegato a este respecto.⁵⁸

Dicho sea de paso, que la misma CIJ despachó de un pinchazo la pretensión india de declarar una violación a los “derechos humanos elementales” en el caso análogo *Jadhav* (India v. Pakistan), determinando que solamente conocería de incumplimientos a las obligaciones internacionales derivadas de la CVRC.⁵⁹

Pues bien, la misma suerte contraria para la parte mexicana corrió la solicitud de garantías de no repetición, pues la CIJ consideró que los esfuerzos llevados a cabo por EUA para respetar el derecho a la asistencia

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 61.

⁵⁷ (*Germany v. United States of America*), *cit.*, para. 77 y 78.

⁵⁸ (*Mexico v. United States of America*), fondo, fallo, *cit.*, para. 124

⁵⁹ *Jadhav* (India v. Pakistan), fondo, fallo, 17 de julio de 2019, para. 36.

consular serían suficientes, tales como el Manual sobre Acceso y Notificación Consular del Departamento de Estado, del que hablaremos más adelante. No estamos de acuerdo con la CIJ en este punto, ya que en estricto las actividades de difusión no constituyen *per se* una garantía de no repetición, aunque ayudan a ello. Debe tenerse con claridad que la garantía de no repetición está en el artículo 30 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional,⁶⁰ enfocada en la responsabilidad Estado a Estado, y en los artículos 18 y 23 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones,⁶¹ encaminados a la responsabilidad Estado a individuo.

Finalmente, la CIJ resolvió no dictar garantías de no repetición, y puede especularse que existieron dos motivos para que la CIJ se abstrajera del tema: i) alejarse de pronunciar el derecho al acceso y notificación consular como un derecho humano, y ii) una vocación de la CIJ como un tribunal de Estado a Estado que no ha podido superar en forma y sustancia para evolucionar a un tribunal más universal.

6. *Votos particulares*

Nótase claramente una visión diferente entre la CIJ, en la que el juez presidente Shi cuestiona en su declaración⁶² la existencia de derechos individuales derivados de la CVRC a beneficiarse de la asistencia consular, y la postura de la CoIDH, que vincula ese derecho a las garantías del debido proceso. Es de notar que a pesar de la relevancia de este punto, el juez Shi externó su adhesión a los párrafos operativos del fallo.

Por otro lado, el artículo 31, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ, y el párrafo 1 del artículo 35 del Reglamento permitieron que el gobierno de México declarara su intención de designar un juez *ad hoc*, cargo que reca-

⁶⁰ Chapter IV of the report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, supplement núm. 10 A/56/10 (2001) (ILC Articles).

⁶¹ 60/147 resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

⁶² (*Mexico v. United States of America*), fondo, fallo..., *cit.*, declaración del presidente Shi.

yó en el internacionalista Bernardo Sepúlveda Amor, quien llegaría a ser juez permanente, y alcanzó a fungir como vicepresidente del órgano jurisdiccional. El nombramiento señalado se llevó a cabo en virtud de la facultad que tienen las partes de nombrar un juez de su nacionalidad cuando en la integración de los miembros CIJ no lo hubiera, en contraste con la parte estadounidense, que contaba con el juez Thomas Buergenthal, ahora retirado.

México no dejó pasar esta oportunidad, que permitiría, sin duda, contar con un miembro de la Corte que pudiera discernir con sus colegas sobre la posición de ambas partes desde un punto de vista legal próximo a la relación entre ambos países y sistemas jurídicos. La elección para la parte mexicana fue impecable; Sepúlveda es, por un lado, un distinguido abogado, y, en el otro extremo, un diplomático consagrado, que ocupó la cartera de secretario de Relaciones Exteriores de 1982 a 1988.⁶³

Pues bien, la sustancia de la opinión del juez Sepúlveda coincide con el fallo de la Corte, aunque difiere en algunos puntos, y es un reflejo de la posición presentada por la parte mexicana, tanto como la opinión del juez venezolano Gonzalo Parra-Aranguren coincidía, de manera solitaria entre los jueces, con los puntos vertidos por la parte estadounidense.

VI. PROCESOS POSTERIORES

Procesos en EUA

Como señalamos anteriormente, hoy en día, en el estado de Texas han sido ejecutados los siguientes mexicanos en contravención al fallo de la CIJ: 1. José Ernesto Medellín, el 5 de agosto de 2008; 2. Humberto Leal García, el 7 de julio de 2011; 3. Edgar Tamayo Arias, el 22 de enero de 2014; 4. Ramiro Hernández Llanas, el 9 de abril de 2014; 5. Rubén Ramírez Cárdenas, 8 de noviembre de 2017, y 6. Roberto Moreno Ramos, el 14 de noviembre de 2018. En todos ellos se ha buscado instrumentar la sentencia de la CIJ con penosos resultados. Como excepción, en algunos procesos se ha tomado en cuenta el fallo *Avena*, como habremos de reseñar.

⁶³ El curriculum del juez Sepúlveda Amor puede ampliarse en referencias destacadas como su paso por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1997 a 2005, embajador de México en Estados Unidos y en Gran Bretaña, además de haber participado en tribunales del CIADI, bajo las reglas de la UNCITRAL, de la Corte de Comercio Internacional de París, entre otros foros.

A. Osbaldo Torres

Podría decirse con propiedad que el caso de *Osbaldo Torres* es el único que se ha resuelto considerando la sentencia de la CIJ en el caso *Avena*. La defensa de Torres argumentó ante la Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma y ante la Junta de Perdonos y Libertad Condicional del mismo estado, que el fallo internacional era obligatorio para los EUA. En un procedimiento abierto,⁶⁴ la Junta recomendó al gobernador de ese estado que se otorgara clemencia a Torres considerando que la falta de notificación consular había afectado el proceso judicial y externando preocupación porque las violaciones a la CVCR podrían provocar que los ciudadanos estadounidenses recibieran un trato recíproco en el exterior. Al efecto, la presidenta de la Junta, Susan Loving, ex abogada general del estado, razonó su voto que resolvería el empate, el tercero a favor con dos en contra, de la siguiente manera:

Me preocupa de sobremanera la situación de los estadounidenses que puedan estar en el extranjero, cuyos derechos basados en un tratado internacional son violados... Hay muchos estadounidenses en el exterior cuyas vidas están en peligro en este momento, y esa es una razón muy importante para mi voto.

Solamente cuatro días antes de la fecha de ejecución, fijada para el 13 de mayo de 2004, la Corte de Apelaciones concedió la suspensión, señalando que “la corte está obligada por la Convención de Viena y su Protocolo Opcional”, añadiendo que “un tratado es un contrato entre soberanos”, y que “la noción de que los contratos deben de ser ejecutables es fundamental para el Estado de Derecho”.⁶⁵ El mismo día, Brand Henry,⁶⁶ entonces gobernador del estado de Oklahoma, conmutó la sentencia de pena de muerte a cadena perpetua sin posibilidad de libertad provisional.

⁶⁴ A la audiencia ante la Junta asistió el embajador de México en los EUA, Carlos Icaza, para apelar a la clemencia con base en el fallo de *Avena* y, en oposición, también acudieron los familiares de las víctimas para pedir que se llevara a cabo la ejecución.

⁶⁵ “There is no question that this Court is bound by the Vienna Convention an Optional Protocol... At its simplest, this is a matter of contract. A treaty is a contract between sovereigns. The notion that contract must be enforceable against those who enter into them is fundamental to the Rule of Law”. *Torres v. Oklahoma*, No. PCD-04-442, 2004, slip op. at 2 (Okla. Crim. App. May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing) (Chapel, J., specially concurring).

⁶⁶ El gobernador del estado de Oklahoma había decidido no suspender la ejecución de Torres solamente una hora después de la recomendación de clemencia de la Junta de Perdonos y Libertad Condicional, aunque eventualmente accedió a reunirse con sus abogados defensores.

Como señala Mary Welek Atwell, debe notarse que aunque en el proceso de Torres no se revisó ni se reconsideró la sentencia y el veredicto de culpabilidad a la luz de las violaciones al artículo 36 de la CVRC como ordenaba el fallo de la CIJ, tanto el Ejecutivo como el Judicial de Oklahoma dieron efecto a la decisión internacional.

B. *Rafael Camargo Ojeda*

Parecía que se allanaba el camino para que las cortes se adhirieran al fallo de la CIJ. Sandra Babcock, quien dirigió por muchos años el MCLAP, explica que en Arkansas la fiscalía determinó modificar la penalidad de la máxima condena a prisión vitalicia en el proceso de Rafael Camargo, señalando que la sentencia en el caso *Avena* fue la motivación principal.⁶⁷ En el terreno judicial, la Corte Federal del distrito oeste de Arkansas resolvió que el acuerdo modificadorio de la sentencia alcanzado por la defensa remediaba cualquier daño causado por la negación de los derechos de Camargo bajo la CVCR.

El embajador Gómez Robledo expresaba que era muy pronto para apreciar el impacto que tendría el fallo de la CIJ en los siguientes casos, aunque lo ocurrido con los casos de Osbaldo Torres y Rafael Camargo resultaba alentador en cuanto a la posibilidad del cumplimiento.⁶⁸ Lamentablemente, falta camino por recorrer, y el precedente que ha resultado orientador para los subsecuentes casos ha sido el de Medellín.

C. *José Ernesto Medellín*

La Corte Suprema de EUA resolvió en el caso Medellín (conocido como *Medellín I*),⁶⁹ como una cuestión constitucional y de limitación de poderes, que el Ejecutivo federal carecía de autoridad para solicitar a las cortes que otorgaran efecto a la decisión de la CIJ en el caso *Avena*, en referencia a un

⁶⁷ Babcock, Sandra, “Limits of International Law: Efforts to Enforce Rulings of the International Court of Justice in U.S. Death Penalty Cases”, 62 *Syracuse Law Review*, p. 192.

⁶⁸ Gómez Robledo V. Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 218.

⁶⁹ *Medellín v. Texas*, 554 U.S. 491 (2008). Dos años antes, en 2006, el tribunal estadounidense resolvió que el Ejecutivo federal excedió su autoridad en la creación de los tribunales de Guantánamo Bay, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

memorándum del entonces presidente George W. Bush, del 28 de febrero de 2005.⁷⁰

La segunda cuestión que tendría que resolver la Corte Suprema sería si las cortes estatales deben observar la obligación de EUA mediante la ejecución del fallo de la CIJ sobre el caso *Avena*. A ello, y para infortunio de la causa de José Ernesto Medellín, uno de los mexicanos mencionados en la sentencia de la CIJ, la Corte Suprema encontró que la sentencia del caso *Avena* no era autoejecutiva, y, por tanto, las cortes estatales no tendrían obligación de observarla sin que mediara una legislación aprobada por el Congreso estadounidense.⁷¹

La Corte Suprema encontró que para que la CVRC fuera obligatoria en su derecho doméstico debería mediar un acto legislativo que la instrumentara. De igual manera, el tribunal razonó que ni la Carta de Naciones Unidas ni el Estatuto de la CIJ ni el Protocolo Opcional de la CVRC constituían tratados autoejecutivos, y, por tanto, la resolución en el caso de *Avena* no podía ejecutarse automáticamente en el derecho interno estadounidense.⁷²

Los razonamientos de la Corte Suprema pueden verse como un capítulo sobre la incorporación del derecho internacional al derecho interno en EUA, menos poroso al influjo internacional en comparación con el mexicano. Sin embargo, debe recordarse que es un principio bien establecido la imposibilidad de invocar del derecho interno como justificante del irrespeto a una norma internacional, y más allá, el segundo párrafo del artículo 36 de la CVRC previene que las “leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”. Esto no convierte en automático a la CVRC, o por lo menos al artículo en cuestión, en una regla autoaplicativa, pero sí trasluce con mayor claridad la obligatoriedad de la observancia de la norma internacional.

⁷⁰ El tribunal estadounidense examinó el memorándum del presidente George W. Bush al abogado general, del 28 de febrero de 2005, que señalaba: “I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case Concerning *Avena* and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (*Avena*), 2004 ICJ 128 (Mar. 31), by having State courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision”. George W. Bush, Memorandum for the Attorney General (Feb. 28, 2005), John R. Crook, *Contemporary Practice of the United States*, 99 AJIL 489 (2005).

⁷¹ Puede consultarse una amplia discusión en el número especial preparado por el *American Journal of International Law*, *Agora: Medellín*, 102 AJIL 563 (2008).

⁷² *Medellín v. Texas*, 554 U.S. 491 (2008), pp. 8 y 10.

La resolución de la Corte Suprema fijaría entonces la responsabilidad en el Poder Legislativo del cumplimiento de la sentencia de la CIJ, si hubiera la voluntad y el consenso para ello. Debe verse con mayor gravedad, que el mismo órgano jurisdiccional incurrió en la interpretación del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, demeritando el alcance de la obligación de los Estados de dar cumplimiento a las resoluciones de la CIJ. La Corte Suprema situó la frase de “undertake to comply” (“se compromete a cumplir”) como una responsabilidad con poca fuerza legal, a pesar de que es común encontrar el término en tratados internacionales que le imprimen la mayor fuerza legal. Para rematar, el máximo órgano jurisdiccional de la parte incumplida señaló que EUA tiene el derecho de veto sobre una eventual medida o recomendación del Consejo de Seguridad para llevar a efecto el cumplimiento de la orden de la CIJ, cuestión política, no jurídica, que llevaría a la terrible conclusión de que solamente las sentencias de la CIJ favorecidas por aquellos países con derecho a veto podrían ser sometidas al Consejo de Seguridad para buscar su cumplimiento.⁷³

José Ernesto Medellín fue finalmente ejecutado el 5 de agosto de 2008, en un claro incumplimiento al fallo del tribunal internacional, ello a pesar de que la CIJ ordenó una medida provisional el 16 de julio de 2008 para que Medellín y otros cuatro mexicanos más no fueran ejecutados.⁷⁴ En respuesta, el gobierno de México presentó a la CIJ una solicitud de interpretación de la sentencia de 2004, procedimiento al que se dedica un apartado en esta obra colectiva, y en el que tribunal de La Haya pronunció que EUA violaron la orden provisional al no haber tomado todas las acciones necesarias para impedir la ejecución de Medellín.⁷⁵

Debemos dar parte también que hubo opiniones disidentes entre los miembros de la Corte Suprema. Sin poder prevenir el voto de la mayoría, y actuando desde su saber jurídico y conciencia, los jueces Breyer y Stevens externaron, cada uno, una opinión disidente al fallo. En su opinión particular, el juez Stephen G. Breyer señaló que la ejecución colocaría a los EUA en una situación irremediablemente “en violación al derecho internacional”.⁷⁶ Por su parte, el juez John Paul Stevens hizo énfasis en que el incumplimiento pondría en riesgo los evidentes intereses de los Estados Unidos de América

⁷³ Algunas críticas han sido expresadas en sentidos similares, Agora: *Medellín, op. cit.*, pp. 569-572.

⁷⁴ CIJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, medidas cautelares, orden, 16 de julio de 2008.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Medellín v. Texas*, 554 U.S. 759 (2008), Breyer, S., dissenting.

en “asegurar la observancia recíproca de la CVRC, la protección de la relación con gobiernos extranjeros y el compromiso de su país con el derecho internacional”.⁷⁷

D. *Humberto Leal García*

Otro mexicano incluido en el fallo *Avena*, Humberto Leal, solicitó a la Corte Suprema de Justicia la suspensión de la ejecución, pero corrió la misma suerte que Medellín. Como en los casos anteriores, la defensa del mexicano realizó una labor ardua en distintos frentes, acompañado del esfuerzo del gobierno de México, que, como en casos anteriores, habría de apoyar la petición con un escrito de *amicus curiae*, entre otras acciones.

Cabe señalar que en el caso de Leal García, el Departamento de Justicia de la administración de Barack Obama se sumó a la solicitud el 1 de julio de 2011, a través de un escrito de *amicus curiae* ante la Corte Suprema para que se suspendiera la ejecución, a fin de no incurrir en una violación al derecho internacional, además de dar tiempo a que el Congreso aprobara una legislación para cumplir con el fallo de la CIJ⁷⁸ (la diferencia con la argumentación en Medellín sería el apoyo de la administración a la futura ley).⁷⁹

El 7 de julio de 2011, la Corte Suprema habría de negar la solicitud de suspensión de la ejecución⁸⁰ con una fuerte inspiración en su propio precedente en el primer caso *Medellín*⁸¹ y con un señalamiento claro: “nuestra labor es juzgar con el derecho que es y no en lo que eventualmente podría ser”. Como ya se señaló, el mexicano fue ejecutado el 7 de julio de 2011.

Rebasaría el volumen asignado a este estudio analizar los casos posteriores, cuyo fondo se basa principalmente en los precedentes de *Medellín I* y *II*, a pesar de los esfuerzos de la defensa. Solamente como una muestra de los procesos a nivel federal, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito negó en 2014 la apelación de Edgar Tamayo Arias basada en los precedentes que hemos reseñado, además de señalar que a esa fecha el Congreso

⁷⁷ *Ibidem*, Stevens, J., dissenting.

⁷⁸ Disponible en: <https://es.reuters.com/article/topNews/idESMAE76700N20110708>, consultado el 23 de noviembre de 2017.

⁷⁹ Babcock, Sandra, “Limits of International Law: Efforts to Enforce Rulings of the International Court of Justice in U.S. Death Penalty Cases”, 62 *Syracuse Law Review*, pp. 194 y 195.

⁸⁰ *Leal García v. Texas*, 564 U.S. 940 (2011).

⁸¹ *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), conocido como *Medellín I*, por orden cronológico.

llevaba diez años sin actuar, y que las decisiones, ahora en referencia a la CIDH, no son obligatorias en las cortes domésticas estadounidenses.⁸²

VII. INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA CVRC

El 7 de marzo de 2005, solamente unos días después de la emisión del memorándum de Bush mencionado en el apartado de Medellín, EUA denunció el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria de la CVRC. Ello conlleva a que la CIJ no podrá tener competencia automática sobre controversias que presentaran terceros Estados parte del protocolo contra EUA, aparejado con la pérdida de ese mismo derecho a invocar la jurisdicción obligatoria automática de tratarse de buscar la vía litigiosa contra terceros Estados para defender los intereses estadounidenses en el exterior.

Ahora bien, debe reconocerse también que ha habido algunos esfuerzos por parte de EUA para dar cumplimiento al fallo *Avena* y a la propia CVRC. La administración Obama orientó el rumbo hacia ese derrotero en el caso de *Leal*, como se comentó en el apartado anterior, a lo que se sumaron esfuerzos de miembros del Congreso y del Departamento de Estado hacia el cumplimiento.

En el plano multilateral, México impulsó en la Asamblea General de Naciones Unidas una resolución,⁸³ adoptada el 20 de diciembre de 2018, por medio de la cual se hace un llamado urgente para que se aplique en forma cabal e inmediata el fallo de la CIJ emitido en 2004.

Los esfuerzos bilaterales y multilaterales han rendido pocos frutos; por ello, en este apartado nos concentraremos en los esfuerzos para el cumplimiento de la CVRC, que no es exactamente lo mismo que el cumplimiento del fallo *Avena*, pero sí una consecuencia. Debe recordarse que también en el proceso se buscó que hubiera garantías de no repetición.

1. *Legislación instrumental de la CVRC*

En el Legislativo estadounidense, al cual le correspondería emitir la ley que permita el cumplimiento de la sentencia de la CIJ o la incorporación de

⁸² *Tamayo v. Stephens*, núm. 14-70004 (5th Cir. 2014), published opinion of January 22, 2014.

⁸³ Resolución 73/257, *Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato*, 20 de diciembre de 2018.

la CVRC, de acuerdo con el razonamiento de la Suprema Corte en *Medellín I*, el senador demócrata Patrick Leahy introdujo el 15 de octubre de 2009 la Consular Notification Compliance Act,⁸⁴ que hubiera dado oportunidad para que la defensa de Leal pudiera introducir el argumento de la necesidad de revisión y reconsideración de la sentencia y veredicto de culpabilidad a la luz del fallo *Avena*. La iniciativa de Leahy se desvanecería,⁸⁵ al mismo tiempo que desfallecería la esperanza de que EUA diera cumplimiento en el corto plazo a la decisión del principal órgano judicial de las Naciones Unidas.

Debe reconocerse el esfuerzo del senador demócrata Patrick Leahy en impulsar la Consular Notification Compliance Act,⁸⁶ que hubiera permitido a EUA cumplir con el fallo *Avena*. La iniciativa no sobrevivió el proceso de comités en el Senado, a pesar del apoyo de la administración Obama, que reiteraba, en carta firmada por Hillary Clinton y Eric Holder en su carácter de secretaria de Estado y abogado general, tres amplios objetivos: i) dar cumplimiento al fallo *Avena*; ii) regularizar la relación con México, y iii) garantizar la reciprocidad para los ciudadanos en el exterior.⁸⁷

Podría también especularse sobre legislación estatal para dar entrada a la sentencia de la CIJ e incorporar la CVRC. Sin embargo, en EUA, cinco estados han pasado iniciativas para la observancia del tratado internacional, obviando la sentencia de la CIJ, sin que se desprenda de ellas un remedio legal en caso del quebrantamiento de la norma internacional. Inclusive, en el caso de Florida, se menciona expresamente que el alegato de la violación al derecho a la notificación consular no constituye una defensa en el proceso penal.⁸⁸

No debe obviarse este punto, y más tomando en cuenta que la CIJ surgió en la sentencia del caso *Jadhav (India v. Pakistan)* la formulación de una legislación que instrumentara el fallo,⁸⁹ análogo en sustancia al del caso *Avena*.

⁸⁴ Un año antes, en 2008, los congresistas demócratas Howard Berman y Zoe Lofgren habían presentado una iniciativa llamada “*Avena Case Implementation Act*”, que no prosperó.

⁸⁵ Atwell, Mary Welek, *An American Dilemma: International Law, Capital Punishment, and Federalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2015, pp. 137-149.

⁸⁶ S.1194 - 112th Congress (2011-2012): Consular Notification Compliance Act of 2011. El texto y el fallido desarrollo de la iniciativa, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/1194>, consultado el 28 de noviembre de 2017.

⁸⁷ El texto puede recogerse íntegro, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/1194>, consultado el 9 de diciembre de 2017.

⁸⁸ Gonzales, Alberto R. y Amy L. Moore, “No Right at All: Putting Consular Notification in its Rightful Place after *Medellín*”, *Florida Law Review*, vol. 66, iss. 2, 2015, article 3, pp. 714 y 715.

⁸⁹ (*India v. Pakistan*)..., *cit.*, para. 146.

2. *Manual de notificación y acceso consulares del Departamento de Estado*

Pues bien, lo que sí ha quedado de las demandas ante la CIJ y el esfuerzo internacional son avances en el tema de la notificación y acceso consulares, que son palpables en el *Manual sobre Notificación Acceso Consulares* publicado por el Departamento de Estado desde 1998, y que va en su quinta edición correspondiente a 2018.⁹⁰

El *Manual* no tiene la fuerza de una decisión judicial ni de una ley aprobada por el Congreso; en esto no nos debe quedar ninguna duda, el documento da instrucciones y guías. Sin embargo, es una herramienta que funciona de buen grado. Los tópicos que trata no se limitan al artículo 36 de la CVRC, sino que también señala otros supuestos en los que debe darse parte e intervención a los funcionarios consulares, tales como defunciones, nombramiento de tutor o de curador, accidentes de embarcaciones o aeronaves, derivados del artículo 37 de la CVRC y otros instrumentos bilaterales, y, también, en el caso de lesiones serias, supuesto que ha sido derivado de la práctica consular y de memoranda de entendimiento con oficinas consulares.⁹¹

Cabe señalar que en el propio documento se reconoce que las obligaciones contenidas en él “derivan de tratados internacionales que forman parte de la ley suprema de la nación conforme al Artículo VI de la Constitución de Estados Unidos”, y que se busca que el cumplir con sus instrucciones y recomendaciones ayude a asegurar que aquel país insista con el cumplimiento riguroso a los gobiernos extranjeros con respecto a ciudadanos estadounidenses, previniendo litigios domésticos e internacionales. No es otra cosa que la reciprocidad, reconocer los derechos a los extranjeros esperando poder contar con los mismos derechos para los nacionales en el exterior.

Regresando al tema de arrestos y detenciones, en la última edición del *Manual* en comento, el Departamento de Estado indica que al tener conocimiento de la nacionalidad extranjera del individuo, surge la obligación de informarle que puede notificarse a su consulado. Cabe señalar que el

⁹⁰ United States, *Consular notification and access: instructions for federal, state, and local law enforcement and other officials regarding foreign nationals in the United States and the rights of consular officials to assist them*, Washington, D. C., 5a. ed., U.S. Dept. of State, 2018.

⁹¹ *Ibidem*, p. 10. En el *Manual* se advierte que aunque no está contemplado en la CVRC, se recomienda por razones de “cortesía”; curiosamente, este supuesto no estaba contemplado en la primera versión del *Manual*. Creemos que esta razón no solamente atiende a la cortesía, pues la intervención de las oficinas consulares es valiosa para las autoridades locales a fin de contactar familiares, procurar documentación y, en general, proporcionar ayuda, que de otra forma sería gravoso para el Estado receptor atender sin auxilio.

Manual es cuidadoso en no calificar esta obligación como un derecho individual, cuestión que no es la misión del documento; sin embargo, señala que esta notificación al detenido debe realizarse “tan pronto como sea razonablemente posible atendiendo las circunstancias”, y que “ordinariamente” es al momento de registrarlo para su detención, haciendo un paréntesis para comentar que no hay una obligación de suspender un interrogatorio si el detenido requiere que se notifique a su consulado y acepta voluntariamente rendir su declaración. Con mayor detalle, el *Manual* señala que no es un requisito que la notificación al extranjero se haga al momento de realizar la “Advertencia Miranda”, y que no es necesario retrasar el interrogatorio mientras se realiza la notificación al funcionario consular o al momento que lo visite si el detenido desea proceder con su testimonio,⁹² cuestiones que no se preveían en la edición de 1998.

Cabe señalar que las precisiones de la última edición del *Manual* se acercan más a la definición de “sin dilación” entonada por la CoIDH, que, como se señaló anteriormente, prescribe que debe informársele al individuo el derecho a notificar a su consulado en un periodo que debe tomar en cuenta dos tiempos: i) el momento de privarle la libertad, y ii) antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Puede señalarse que la insistencia de Paraguay, Alemania y México, así como la buena voluntad y conciencia de los funcionarios del Departamento de Estado, han producido aciertos y avances en materia consular. Uno de ellos es sin duda la publicación del *Manual* por parte del Departamento de Estado⁹³ y la respectiva versión mexicana, constituyendo ambos instrumentos parte del legado del caso *Avena*.

3. *El Manual de la SRE*

Para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la CVRC, la Secretaría de Relaciones Exteriores publicó en 2013 el *Manual sobre Acceso y Notificación Consulares*.⁹⁴ Puede verse en el manual un doble propósito: i) asegurar, o

⁹² *Ibidem*, p. 21.

⁹³ Es tan fuerte el impulso del tema, que particularmente preocupados por la reciprocidad, la propia oficina del Abogado General de Texas emitió un manual con una idea similar: Texas, Attorney General of, *Magistrate's Guide to Consular Notification Under the Vienna Convention*, Austin, Office of the Attorney General, 2000.

⁹⁴ La SRE creó al efecto un micrositio, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/documentos/manual-sobre-acceso-y-notificacion-consulares>, consultado el 9 de diciembre de 2017.

digamos, con mayor modestia, buscar la reciprocidad, y ii) dar cumplimiento a los derechos que tienen los extranjeros y las oficinas consulares.

No debe resultar extraño que el *Manual* persigue un beneficio para los mexicanos que viven allende sus fronteras. Además de la realidad de una de las diásporas más amplias, la obligación del servicio exterior mexicano de prestar protección y asistencia a nacionales se ha cumplido vigorosamente por muchos años. Así lo reconoce el texto de la SRE: “se torna indispensable otorgar las mismas garantías de protección a los extranjeros en México que exigimos para nuestros nacionales en el exterior”, y por ello se justifica la existencia del *Manual*, “con el propósito de lograr una mejor protección de nuestros connacionales en el exterior”.⁹⁵

En el segundo punto, en lo tocante al reconocimiento al derecho a los individuos extranjeros, hay una marcada diferencia con el *Manual* estadounidense. Con apego a la posición mexicana en la OC16, el proceso ante la CIJ en el caso *Avena* y la práctica consular, el texto de la SRE señala que

El presente Manual está orientado a proporcionar una guía y más información a las autoridades mexicanas, organizaciones de la sociedad civil y extranjeros acerca de los compromisos internacionales referentes a los derechos que poseen estos ciudadanos [extranjeros] a comunicarse y tener acceso a sus autoridades consulares.⁹⁶

Tal como lo hace el *Manual* estadounidense, los tópicos que el documento trata no se limitan al artículo 36 de la CVRC. El manual incorpora, de igual manera, derechos de los funcionarios consulares para intervenir en favor de sus nacionales en casos como fallecimientos, sucesiones, designación de un tutor, curador, custodio o representante legal de un extranjero menor de edad o extranjero declarado incapaz, accidentes de embarcaciones o aeronaves, detención de buques extranjeros derivados del artículo 37 de la CVRC, la Convemar y otros instrumentos bilaterales.

4. Otros esfuerzos

Debe mencionarse también que la American Bar Association (ABA) incluyó en 2003 en sus Lineamientos para el Nombramiento y Desempeño

⁹⁵ SRE, *Manual sobre acceso y notificación consulares*, México, 2013, p. 7, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/58145/manconsular.pdf>, consultado el 9 de diciembre de 2017.

⁹⁶ *Idem*.

de Defensores Legales en Casos de Pena de Muerte el deber de los defensores, de informar a sus clientes el derecho al acceso consular y de obtener el consentimiento para contactar ellos mismos a la oficina consular para dar aviso sobre la detención o arresto.⁹⁷ En los propios comentarios se explica que existe evidencia sobre el incumplimiento por parte de las autoridades, de las obligaciones de la CVRC, lo que conlleva consecuencias prácticas y legales, señalando por la parte legal que puede dar lugar a una reclamación en representación del acusado. Los lineamientos de la ABA no son en sentido estricto una base para señalar que existe un cumplimiento de la CVRC, pues la obligación de informar al detenido y a la oficina consular corresponde a la autoridad correspondiente del Estado receptor, aunque sí representa un esfuerzo encomiable que podría ser emulado en otras jurisdicciones.

Por otro lado, en el ámbito federal se dispuso desde el primero de diciembre de 2014 en las Reglas Federales de Procedimientos Penales,⁹⁸ que el juzgador deberá informar al acusado de un delito grave desde la presentación inicial, que puede solicitar a un abogado del gobierno o a un agente federal que notifique su arresto a un funcionario consular de su nacionalidad. Debe señalarse que la disposición no prevé un remedio en caso de incumplimiento, aunque es un paso para acercarse al cumplimiento de la CVRC.

Por lo que toca a la jurisdicción mexicana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el engrose del caso Cassez, Amparo Directo 517/2011 de 2013, apuntó:

En primer lugar, es necesario que **las autoridades informen al extranjero que ha sido detenido**, o se encuentre bajo cualquier tipo de custodia, **que tiene derecho a comunicarse con la oficina o representación consular de su país. La información de este derecho debe ser inmediata y no puede ser demorada bajo ninguna circunstancia.**

En segundo lugar, **la autoridad deberá informar de esta situación a la oficina consular correspondiente que se encuentre más cercana al lugar en donde se realizó la detención. Esta comunicación deberá ser inmediata y realizarse a través de todos los medios que estén al alcance de la autoridad respectiva.**

⁹⁷ American Bar Association, *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, Revised Edition, February 2003, Guideline 10.6., disponible en: <http://ambar.org/2003Guidelines>, consultado el 28 de noviembre de 2017.

⁹⁸ *Fed. R. Crim. P.* 58(b)(2)(F). El texto dispone: “(d) Procedure in a Felony Case. (1) Advice. If the defendant is charged with a felony, the judge must inform the defendant of the following:... (F) that a defendant who is not a United States citizen may request that an attorney for the government or a federal law enforcement official notify a consular officer from the defendant’s country of nationality that the defendant has been arrested — but that even without the defendant’s request, a treaty or other international agreement may require consular notification”.

Por último, **la autoridad deberá garantizar la comunicación, visita y contacto entre el extranjero y la oficina consular de su país, a fin de que esta última le pueda brindar al extranjero una asistencia inmediata y efectiva.**

...los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares **deben ser otorgados, a fin de lograr una asistencia consular efectiva, de forma inmediata a la detención del extranjero.**⁹⁹

Cabe señalar que la SCJN apostó por la afirmativa en la calificación de los derechos individuales, al apuntar que constituyen un “derecho fundamental del detenido extranjero a la notificación, contacto y asistencia consular”,¹⁰⁰ cuestión cercana al razonamiento de la CoIDH, pero sin las precisiones del órgano jurisdiccional interamericano. Debe recordarse también que la CIJ, en la sentencia del fallo *Avena*, desechó la tesis mexicana de un derecho fundamental que su violación produjera un vicio en todo el procedimiento; sin pronunciarse sobre si consistían en derechos humanos, señaló que ni el texto, objetivos, propósitos, ni los *travaux préparatoires* de la CVRC daban alguna indicación que apoyara esa postura.¹⁰¹

En nuestra opinión, debe repararse en tres observaciones: i) la calificación de la SCJN de un derecho individual, y, con mayor precisión, de un derecho fundamental; ii) las consecuencias las consideró aparejadas a la no puesta inmediata a disposición, y no aisladamente; iii) el caso de Cassez se formuló más a la vista de la presunción de inocencia.

La SCJN, después de la CoIDH, es quizá el tribunal más receptivo de la CVRC, en contraste con opiniones más mesuradas en otras jurisdicciones, como Alemania, en donde la Corte Constitucional Federal consideró que informar al detenido el derecho derivado del artículo 36 de la CVRC no necesariamente debe preceder a un interrogatorio,¹⁰² tal como se observa en el

⁹⁹ Caso *Cassez*, Amparo Directo 517/2011, fojas 111-112, disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/CASO%20CASSEZ%20ADR%20517-2011_0.pdf, consultado el 28 de noviembre de 2016 (las negritas y subrayado corresponden al texto del engrose).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰¹ Párrafos 124 y 125 de la sentencia.

¹⁰² Bundesverfassungsgericht, caso de F. & T., 2 BvR 2115/01, sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafos 71 y 72. Un comentario sobre la resolución puede encontrarse en Bodansky, Daniel y Klaus Ferdinand Gärditz, “Case Nos. 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, & 2 BvR 348/03.60 Neue Juristische Wochenschrift 499 (2007)”, *AJIL*, vol. 101, iss. 3 July 2007, pp. 627-635.

párrafo 87 de la sentencia en el caso *Avena*.¹⁰³ Un similar resultado fue alcanzado en Canadá al no haberse comprobado un daño, aunque en otros países, como Australia y el Reino Unido, sí fue excluida la evidencia.¹⁰⁴ La CIJ, en la sentencia de *Avena*, a diferencia de la CoIDH, señaló que la notificación no debe preceder necesariamente a cualquier interrogatorio, e, inclusive, consideró en un caso particular que la notificación que se llevó a cabo cinco días naturales después (tres hábiles) no constituyó una violación.¹⁰⁵

Tratando el tema con la mayor sobriedad y responsabilidad, creemos que un quebrantamiento al derecho individual derivado del artículo 36 no equivale necesaria o automáticamente a la supresión de la evidencia o la calificación como prueba ilícita. Para evitar la responsabilidad internacional en caso de un incumplimiento en un caso grave, será imprescindible adecuarse al parámetro de la CIJ; esto es, la revisión y reconsideración de la sentencia y veredicto de culpabilidad adecuadas *mutatis mutandi* a cada ordenamiento interno y la naturaleza del caso. Una vez realizada esta ecuación, el juzgador podría suprimir o convalidar la probanza, reponer el juicio o cualquier otra fórmula que logre un balance justo (derechos del individuo versus seguridad pública), incluida la continuación del procedimiento sin alteraciones.

VIII. EXPECTATIVAS DE CUMPLIMIENTO DEL CASO *AVENA*

Es dable señalar que la contravención a un fallo internacional puede, de sí, producir daños que el incumplido debería resarcir. En cada ejecución hay un incumplimiento, gastos enormes y un despilfarro curialesco evitable. Ello da pie a una reclamación por la parte mexicana, que podría presentarse ulteriormente.¹⁰⁶

¹⁰³ Un año más tarde, la Corte Penal Federal del Quinto Circuito precisaría, atendiendo el precedente de la Corte Constitucional Federal, que la supresión de la evidencia no es necesaria en casos de incumplimiento del artículo 36 de la CVRC, entendiéndose que la disposición constituye una protección suplementaria para el extranjero para mejorar sus oportunidades de contar con una buena defensa, sin que constituya una discapacidad legal su extranjería: sería un derecho significativo mas no por ello un derecho central, especial. *Cfr.* S., F., Sa., D., & T., 5 StR 116/01, 5 StR 475/02, sentencia del 25 de septiembre de 2007, párrafo. 23.

¹⁰⁴ Quigley, John, William J. Aceves, y Adele Shank, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, New York, Routledge, 2009, pp. 165-174.

¹⁰⁵ Párrafos 87 y 97.

¹⁰⁶ No debe confundirse con un reclamo de compensación por la violación a la CVRC, sino un reclamo por los daños causados por el incumplimiento del fallo. En caso de reclamación por la violación al tratado, la CIJ, a pesar de haber reconocido el incumplimiento,

Ahora bien, en el contexto de lo que hemos comentado parece complicado encontrar una solución a corto o mediano plazo para dar efecto a la sentencia de la CIJ. Vale la pena, sin embargo, recapitular en cuanto a las opciones o vías en las que podría cumplir con el espíritu del fallo y las alternativas mediante las cuales podría finalizarse con la obligación de EUA. Antes de ello, una breve introducción sobre la reciprocidad para denotar la importancia del cumplimiento.

1. *Una nota sobre la reciprocidad*

Puede considerarse válido que un Estado construya su orden doméstico libremente, inclusive al margen de la construcción normativa internacional, sopesando los riesgos de incurrir en responsabilidad internacional.

Pues bien, por el principio de reciprocidad, como una regla general, pueden acotarse a los extranjeros las limitaciones a los derechos que le son conferidos a los nacionales en el exterior; visto del otro lado, la reciprocidad es la equivalencia que puede esperarse entre el trato que un Estado concede a los extranjeros en su territorio al aplicarlo a sus nacionales en otros países.¹⁰⁷ Esta idea de la reciprocidad, plasmada desde 1803 en el Código Civil francés, ha sido motivo de preocupación del propio Departamento de Estado, de ahí la creación en 1998 del *Manual* del Departamento de Estado que hemos comentado, así como de otros esfuerzos, y ha sido una voz constante de preocupación en la academia estadounidense. En efecto, sólo para citar algunos ejemplos, Margaret Vandiver, en un estudio sobre las violaciones a la CVRC en casos de pena de muerte en EUA, señala que el incumplimiento al tratado debilita al derecho internacional, daña al concepto de reciprocidad y da lugar a que otras naciones sigan ese ejemplo de incumplimiento.¹⁰⁸ Mary Welek Atwell, al tocar el tema de la reciprocidad, apunta que “es difícil ver cómo Estados Unidos puede desdeñar la CVRC sin poner en peligro a sus propios ciudadanos en el exterior”, y que “al ser basada la CVRC en la idea de la reciprocidad, las violaciones de Estados Unidos tienen implicaciones para otros ciudadanos arrestados fuera de sus países de

fue omisa y no se pronunció al respecto en un litigio posterior. Cfr. CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fallo, 30 de noviembre de 2010.

¹⁰⁷ Niboyet, Jean Paul, “La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie*, 1935-II, t. 52, pp. 258-362.

¹⁰⁸ Vandiver, Margaret, “An Apology does not Assist the Accused: Foreign Nationals and the Death Penalty in the United States”, *The Justice Professional*, vol. 12, Iss. 2, 1999, pp. 223-245, en Atwell, Mary Welek, *An American Dilemma: International Law, Capital Punishment, and Federalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2015, p. 39.

origen”, cuestión suficiente para que congresistas estadounidenses adopten una legislación, persuadidos más por la idea de la reciprocidad que por el tema de derechos humanos.¹⁰⁹ Un recuento del Departamento de Estado señala que más de dos mil quinientos ciudadanos estadounidenses son arrestados cada año en el exterior y aproximadamente seis mil mueren fuera de sus fronteras; ello, aunado a todos los servicios prestados a sus ciudadanos por sus embajadas y consulados,¹¹⁰ revela la vital importancia de la reciprocidad.

Visto someramente el tema de la reciprocidad, permítanos el lector analizar algunas de las vías para el cumplimiento de la sentencia.

2. *Procesos judiciales*

Sandra Babcock señalaba que la decisión de Medellín había dejado abierta una ventana para que las cortes estatales dieran efecto al fallo de la CIJ, aunque admitía que el caso de Torres en Oklahoma, único en reconocer la importancia del cumplimiento de la CVRC, no se había replicado en otros Estados, quedando a la fecha en la que escribió su artículo un proceso pendiente en Nevada.¹¹¹ El 19 de septiembre de 2012, la Corte Suprema de Nevada se convertiría en la segunda corte estatal en dar efecto a la sentencia de la CIJ en el caso *Gutierrez v. State*¹¹² al reconocer que el proceso del mexicano Carlos Gutiérrez había sido lesionado por el incumplimiento a la CVRC, basándose en buena manera en la opinión concurrente del juez Stevens en Medellín, que permitía invocar la sentencia *Avena*. Al respecto, la Corte de Nevada apuntó lo siguiente: “Mientras, sin ningún mandato instrumental del Congreso, las reglas de preclusión procesal de los estados no tienen que someterse al fallo *Avena*, pero *pueden* hacerlo, si se prueba que se causó un daño en el proceso”.¹¹³

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 39, 74 y 150.

¹¹⁰ Disponible en: https://permanent.access.gpo.gov/lps49674/travel.state.gov/travel/overseas_citizens.html.

¹¹¹ Babcock, Sandra, “Limits of International Law: Efforts to Enforce Rulings of the International Court of Justice in U.S. Death Penalty Cases”, 62 *Syracuse Law Review*, pp. 183-197. En buena medida la litigante y académica se basa en la opinión concurrente del juez Stevens, cuestión que, debe también notarse, no fue tratada en el grueso de la sentencia. Literalmente Stevens reservaba para los Estados “shoulder the primary responsibility for protecting the honor and integrity of the Nation”, *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491, 529 (2008) at 537 (Stevens, J., concurring).

¹¹² *Gutierrez v. State*, núm. 53506, 2012 WL 4355518, at 2 (Nev. Sept. 19, 2012).

¹¹³ *Idem*. El énfasis es de la propia Corte estatal. Literalmente, “And while, without an implementing mandate from Congress, state procedural default rules do not have to yield to

Tomando claramente en sus manos la señalada importancia de la reciprocidad, la Corte de Nevada dictaminó:

Lo que está claro es que si un ciudadano estadounidense que no habla español fuera detenido en México por cargos criminales graves, el consulado estadounidense no fuera notificado y el intérprete que tradujo del inglés al español en el juicio para los jueces hispanoparlantes fuera posteriormente condenado por haber falsificado sus credenciales, esperaríamos que México, en concordancia con la CIJ, revisara la confiabilidad de los procedimientos y la medida en que, en todo caso, el aviso oportuno al consulado estadounidense podría haberlos regularizado. Quizás el aviso consular puntual no hubiera cambiado nada para Gutiérrez; tal vez las habilidades del intérprete, a pesar de su perjurio, eran buenas. Estos son temas sobre los cuales se debe realizar una audiencia probatoria.¹¹⁴

Por otro lado, debe también notarse que en 2015 la Corte de Apelaciones Penales del Estado de Nevada dictaminó, en el caso *Velasco v. Warden*,¹¹⁵ que el sentenciado no había probado daño por la violación a la Convención de Viena, por lo que sus reclamaciones estarían sujetas a las reglas de preclusión procesal estatal.

Parecería que la vía estatal sigue siendo una alternativa; no es por ello extraño que desde la academia se recomiende a los litigantes continuar invocando el fallo de la CIJ en procedimientos locales.¹¹⁶

Ahora bien, debe admitirse que no todo es miel sobre hojuelas, ya que a nivel estatal las cortes locales han seguido los precedentes federales en casi tres cuartas partes del total de estados. En efecto, en un estudio llevado a

Avena, they *may* yield, if actual prejudice can be shown. See *Medellín I*, 552 U.S. at 533, 536 y 537 y n. 4 (Stevens, J., concurring”).

¹¹⁴ *Idem*: What is clear, though, is if a non-Spanish speaking U.S. citizen were detained in Mexico on serious criminal charges, the American consulate was not notified, and the interpreter who translated from English into Spanish at the trial for the Spanish-speaking judges was later convicted of having falsified his credentials, we would expect Mexico, on order of the ICJ, to review the reliability of the proceedings and the extent to which, if at all, timely notice to the American consulate might have regularized them. Perhaps timely consular notice would not have changed anything for Gutiérrez; perhaps the interpreter's skills, despite his perjury, were sound. These are issues on which an evidentiary hearing needs to be held. Sin embargo, aparentemente la misma Corte negó la nueva audiencia el 28 de noviembre de 2012, disponible en: <http://caseinfo.nvsupremecourt.us/public/caseView.do?csIID=21276>.

¹¹⁵ *Velasco v. Warden*, núm. 68695 (Nev. App. Dec. 29, 2015).

¹¹⁶ Vid Das, Debolina, “Gutiérrez v. Nevada: International Law Gets Its Day in [State] Court”, 39 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 191 (2013), p. 220.

cabo en 2015¹¹⁷ se encontró que en siete estados (Alabama, Kentucky, New Jersey, New Mexico, Oregon, Tennessee, y Wisconsin) se consolida la línea de considerar que la CVRC no crea derechos individuales y, en su caso, si lo fueran ellos no serían ejecutables (Alabama, Kentucky, New Jersey y Tennessee). En veintidós estados —continúa el estudio—, a pesar de que pudiera considerarse una violación a un derecho individual, la supresión o un nuevo proceso no sería la vía de reparación.¹¹⁸

Este camino es largo y tortuoso y bastante discrecional. Puede también señalarse que se aleja de lo que debería ser el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales de un Estado, del fallo *Avena* en el caso específico.

3. *Legislación instrumental*

Ya hemos señalado anteriormente los intentos a nivel federal y estatal para dar cumplimiento al fallo. Difícilmente, en la administración actual, se adelantará el tema en el Congreso estadounidense.

4. *Otras vías*

En una observación estricta y en el estado actual de las cosas, las vías para el cumplimiento de la decisión del fallo de la CIJ están limitadas a la creación de una legislación que dé cumplimiento o a que las cortes federales o estatales revirtieran el rechazo a la decisión internacional. Ello, debe apuntarse, sobre la parte que falta por cumplir, pues debe reconocerse que las ejecuciones ya realizadas constituyen un franco desacato irreparable, ya que de nada serviría llevar a cabo una revisión y reconsideración de las sentencias y veredictos de culpabilidad sobre individuos que ya han perdido la vida. Debe reconocerse ahí que los daños por el incumplimiento podrían ser cuantificables y exigibles, además de irse acumulando con el transcurso del tiempo.

¹¹⁷ Gonzales, Alberto R. y Amy L. Moore, “No Right at All: Putting Consular Notification in its Rightful Place after Medellín”, *Florida Law Review*, vol. 66, Iss. 2, 2015, article 3, pp. 712 y 713.

¹¹⁸ *Ibidem*, Alaska, Arizona, California, Colorado, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Missouri, Nevada, New York, North Carolina, Ohio, South Carolina, Texas, Utah, Virginia y Washington.

Por otro lado, en un sentido amplio, las partes tendrían la facultad de dar por terminado el asunto de un plumazo, de encontrarse una vía satisfactoria para ello. Regularmente, en el ámbito doméstico las partes podrían someter un acuerdo a la autoridad judicial para sancionar un arreglo, operación que no es necesaria en el ámbito internacional, en la que es común que después de un fallo internacional las partes culminen la solución de una disputa mediante la vía convencional.

La conducta de los EUA con respecto a la sentencia judicial de la CIJ en el caso *Avena* es un ejemplo claro de incumplimiento, tal como fue la actuación del mismo país después del fallo del Chamizal de 1911. No debemos olvidar que la solución del problema del Chamizal se resolvió mediante una convención en 1963.¹¹⁹ La vía de un tratado internacional sería razonable para el caso *Avena*; sin embargo, resulta complicado y requiere voluntad y creatividad pensar en un arreglo que diera por terminada una reclamación en procesos en los que la vida de varios individuos está en juego. Podrían considerarse un número amplio de elementos que podrían incluirse en un tratado: creación de un fondo de reparación, pago de gasto de defensa, creación de un panel judicial que revise los procesos, compromisos de presentación de iniciativas de ley para la incorporación del fallo y de la CVRC, la no cesación de procesos judiciales incluidos en la demanda, etcétera.

Por otro lado, la vía multilateral que se ha comentado mediante esfuerzos en los órganos de Naciones Unidas como la propia Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos realza la necesidad del cumplimiento de la CVRC, y el espíritu del fallo de la CIJ, además de que puede decirse lo mismo de otros foros y cuerpos, como la CIDH.

El gobierno de México también puede llevar el asunto al Consejo de Seguridad, conforme al párrafo 2 del artículo 94 de la Carta de la ONU, que señala: “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”. Para ello hay muchas consideraciones políticas y un previsible escenario de uso del veto por parte de EUA, tal como lo adelantó la Corte Suprema de ese país en el fallo *Medellín*, por lo que hasta el momento no se ha intentado esta vía, aunque periódicamente se informa al Consejo que no se ha dado cumplimiento al fallo.

¹¹⁹ Ferrer Ortega, Luis Gabriel, “México ante los tribunales internacionales, ¿elecciones aprendidas?”, *op. cit.*, nota 1, p. 422.

IX. CONCLUSIONES

La lectura del fallo *Avena* nos deja una lección viva sobre el tratamiento que debe darse a los extranjeros. Tan valiosa como la decisión nos parece la sustancia del alegato que adelantó la abogada Sandra Babcock en la oportunidad que tuvo de explicar ante la CIJ la necesidad de otorgar reparaciones para México, al exponer que los nacionales mexicanos “sufren desventajas culturales y lingüísticas que dificultan su capacidad para entender y ejercer sus derechos, y que la protección consular puede remediar esta equidad inherente”.¹²⁰ De ahí la búsqueda de reparación y garantía de no repetición solicitada por México, pues es claro que la labor consular deviene en equidad. Efectivamente, la intervención de un funcionario consular en favor de su nacional puede equilibrar la justicia; un extranjero puede encontrarse en una situación desventajosa, siendo la asistencia y protección consular la ecuación que brinda equilibrio. Esta lógica es aplicable para cualquier nacionalidad y cualquier país.

La aproximación abolicionista a la pena de muerte por parte de México jugó un papel muy importante. Sin la preparación y experiencia de abogados y funcionarios consulares hubiera sido imposible llevar a buen puerto el caso ante la CIJ; también es cierto que difícilmente se hubiera acudido a la CIJ si se hubiera tratado de casos distintos a la pena de muerte; la postura abolicionista mexicana fue clara con el resultado principal de coronar un avance en el tema del acceso consular.

Los manuales del Departamento de Estado y de la SRE, las guías de protección y asistencia, así como los entendimientos bilaterales, constituyen una estela del fallo y dejan señalada la importancia de la intervención consular en un número amplio de materias, de la cual la parte penal es sólo un capítulo. El auxilio que prestan las oficinas consulares a personas vulnerables y en general a sus ciudadanos dentro la circunscripción que les corresponde es una labor que resulta en beneficio de todas las partes, particularmente de los individuos.

Por otro lado, debe considerarse que cada país puede construir sus medios para incorporar el derecho internacional a su régimen interno. Adecuarse al sistema internacional sin duda evita controversias y litigios. Tratándose de países respetuosos del derecho internacional, también deben considerarse otros intereses, como la procuración de justicia, tal como parece apuntar la medida que han tenido en otras latitudes al abordar el tema.

¹²⁰ (*Mexico v. United States of America*), “Public sitting held on Thursday 18 December 2003...”, *cit.*, pp. 19-30.

En caso contrario, los países que inobservan el derecho internacional son sujetos a reclamaciones y controversias.

La experiencia del caso *Avena*, en contraste a las experiencias históricas de México, dejó un buen legado por lo que toca a la preparación integral de un litigio internacional por la parte mexicana, y aunque no se haya cumplido la resolución a cabalidad, sí ha dejado un legado beneficioso para la función consular. Este ámbito supera a la esfera de ambos países, pues tanto la OC16 como la sentencia de la CIJ marcan un estándar a seguir por los países del orbe para evitar caer en incumplimientos, y así lo demostró la propia CIJ en el fallo subsecuente entre la India y Paquistán. No cabe duda de que un México apegado a estado de derecho en el ámbito internacional es más respetado, aun por países poderosos, y resulta de mayor beneficio práctico esta actitud que una política timorata e indigna.

En contrapunto, no habrá un cuarto litigio internacional en materia consular para EUA, es cierto, lo cual es lamentable, no sólo para aquellos países que pudieran sentir violentados sus derechos, sino también para aquel país que deja atrás una herramienta que le podría reportar beneficios tratándose de sus nacionales en el exterior, que son bastantes y en buen número. En este punto queda marcada una herencia negativa del fallo.

Por otro lado, es dable preguntarse si al erradicar en México la pena de muerte se han librado debates, litigios y gastos innecesarios que se suscitan en países que sí la contemplan. Por experiencia propia, en los años de función consular he constatado el desgaste innecesario: despilfarro curialesco en Texas, gastos exorbitantes en cortes estatales, federales, procuradores, defensas, además de la distracción de recursos en un litigio internacional. En un aspecto más humano, pude atestiguar de primera mano la extensión de la pena en los familiares, madres principalmente, a quienes recibía en la oficina consular y acompañaba en las visitas a la Unidad Polunsky, donde se encontraban presos mexicanos que ya han sido ejecutados, como Javier Suárez Medina, José Ernesto Medellín Rojas, Humberto Leal García, Edgar Tamayo Arias, Ramiro Hernández Llanas, Rubén Ramírez Cárdenas y Roberto Moreno Ramos. En algunos otros casos observé que una conmutación a cadena perpetua o la imposición de la misma en la primera sentencia daba mayor sosiego a familiares de las víctimas y a los cercanos de los sentenciados.

Valdría la pena preguntarse ¿acaso las futuras generaciones tildarán a la pena de muerte como un instrumento salvaje como nosotros vemos ahora a la esclavitud o la Inquisición? De ello, estoy seguro, y la tendencia a suprimirla es lenta, pero parece irreversible.

En otro punto, retomando el tema del acceso consular, es dable apuntar que a pesar de la colisión que puede haber por el tratamiento a la calidad de derecho humano y lo que debe entenderse por *without delay* entre la CIJ y la CoIDH, la interpretación judicial conlleva una mayor exposición del derecho internacional y acerca a los países a su observancia.

El legado de *Avena* es amplio; es sin duda amargo por lo que toca a las ejecuciones, pero afortunado en cuanto a que no se juzga su validez, lo que ha llevado a que tanto las partes como otros países busquen dar cumplimiento a la CVRC en los amplios temas que ella aborda.

Después del caso *Jadhav* (India v. Pakistan) debe quedar claro el método de reparación en derecho internacional a una violación similar al caso *Avena*. Por supuesto que lo ideal será prevenirlo; no obstante, el remedio es predecible.

Consideramos un paso efectivo la elaboración de manuales y planes de difusión sobre el acceso consular, tal como lo han adelantado EUA y México. No es suficiente para considerarlo una garantía de no repetición, pero sí un paso para salvaguardar los derechos de los extranjeros al interior de un país y buscar la reciprocidad en el exterior. El *Manual* mexicano fue un esfuerzo colectivo e inversión de tiempo en el que el autor de este ensayo tuvo el honor de colaborar, que en retribución busca garantizar los derechos de los extranjeros y evitar desavenencias, además de contribuir a buscar en reciprocidad que los derechos de los mexicanos en el exterior sean respetados.

Es muy lamentable que el cumplimiento del fallo *Avena* se vea lejano; para ambas partes seguirá siendo un desgaste fuerte, y sin duda una afectación a las relaciones bilaterales, al tener el tema en constante agenda. Sin embargo, para ambos países también ha traído beneficios, por el desarrollo y mejor comprensión de la protección y asistencia consular.

X. BIBLIOGRAFÍA

“Agora, Breard”, 92 *AJIL* 666 (1998).

“Agora: Medellín”, 102 *AJIL* 529-72 (2008).

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, Revised Edition, February 2003.

AMPUDIA, Ricardo, *Mexicans on Death Row*, Houston, Arte Público Press, University of Houston, 2010.

ARROCHA OLABUENAGA, Pablo A., “Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo *Avena* del 31 de marzo de 2004, presentada a

- la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009.
- ATWELL, Mary Welek, *An American Dilemma: International Law, Capital Punishment, and Federalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2015.
- BABCOCK, Sandra, “Limits of International Law: Efforts to Enforce Rulings of the International Court of Justice in U.S. Death Penalty Cases”, 62 *Syracuse Law Review*.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.
- BODANSKY, Daniel y GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, “Case Nos. 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, & 2 BvR 348/03.60 Neue Juristische Wochenschrift 499 (2007)”, *AJIL*, volume 101, Issue 3 July 2007.
- CHARNOVITZ, Steve, “Correcting America’s Continuing Failure to Comply with the Avena Judgment”, *AJIL*, 106.3, 2012.
- DAS, Debolina, “Gutierrez v. Nevada: International Law Gets Its Day in [State] Court”, 39 *N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.* 191, 2013.
- FERRER ORTEGA, Luis Gabriel, “México ante los tribunales internacionales, ¿lecciones aprendidas?”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *El derecho en México: dos siglos (1910-2010)*, *Derecho internacional*, México, IJ UNAM-Porrúa, tomo II, 2010.
- FERRER ORTEGA, Luis Gabriel y FERRER ORTEGA, Jesús Guillermo, *La pena de muerte en el sistema interamericano: aproximación jurídica-filosófica*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- GÓMEZ ROBLEDO V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005.
- GONZALES, Alberto R. y MOORE, Amy L., “No Right at All: Putting Consular Notification in its Rightful Place after Medellín”, *Florida Law Review*, vol. 66, Iss. 2, 2015.
- HODGKINSON, Peter, *The International Library of Essays on Capital Punishment*, 3 volúmenes, New York, Routledge, 2016.
- HOPPE, Carsten, Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights, *EJIL*, vol. 18, núm. 2.
- MADRAZO, Jorge, “Ignacio Vallarta y la pena de muerte”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994.

- MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “El caso *Avena* y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- NIBOYET, Jean Paul, “La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie*, 1935-II, t. 52.
- QUIGLEY, John; ACEVES, William J. y SHANK, Adele, *The Law of Consular Access: a Documentary Guide*, New York, Routledge, 2009.
- QUIGLEY, John; ACEVES, William J. y SHANK, Adele, “The United States’ Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences”, *19 Duke Journal of Comparative & International Law* 263-306, 2009.
- SCHABAS, William, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, 2002.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo. El caso Avena*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- SRE, *Derechos humanos. Agenda internacional de México*-Boletín informativo, 25 de julio de 2007.
- SRE, *Manual sobre acceso y notificación consulares*, México, 2013.
- TEXAS, ATTORNEY GENERAL OF, *Magistrate’s Guide to Consular Notification Under the Vienna Convention*, Austin, Office of the Attorney General, 2000.
- TISNE, Philip V., “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the *Avena* and *Lagrand* Decisions in U.S. Courts”, *29 Fordham Int’l L.J.* 865, 2005.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso *LaGrand*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 109, enero-abril de 2004.
- TRANEL, Adrienne M., “The Ruling of the International Court of Justice in the *Avena* and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence”, *American University International Law Review* 20, núm. 2, 2005.

- United States Dept. of State, *Consular notification and access: instructions for federal, state, and local law enforcement and other officials regarding foreign nationals in the United States and the rights of consular officials to assist them*, Washington, D. C., 4a. edición, U. S. Dept. of State, 2016.
- VALLARTA, Ignacio L., *Ensayo sobre la justicia de la pena de muerte*, Guadalajara, Tip. del Gob., a cargo de J. Santos Oroasco, 1857.
- VANDIVER, Margaret, “An Apology does not Assist the Accused: Foreign nationals and the death penalty in the United States”, *The Justice Professional*, vol. 12, Iss. 2, 1999.
- VID DAS, Debolina, “Gutierrez v. Nevada: International Law Gets Its Day in [State] Court”, 39 *N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.* 191 (2013).
- WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula y SOREL, Jean-Marc, *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law*, New York, Routledge, 2017.

Resoluciones

- AGNU, *Resolución 2857 (XXVI)*, del 20 de diciembre de 1971.
- AGNU, *Resolución 39/118* del 14 de diciembre de 1984.
- AGNU, *Resolución 62/149*, titulada “*Moratoria del uso de la pena de muerte*”, del 18 de diciembre de 2007.
- AGNU, *Resolución 73/257*, fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato, 20 de diciembre de 2018.
- Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 2002.
- Bundesverfassungsgericht, Sept. 19, 2006, Case Nos. 2 BvR 2115/012, BvR 2132/01, & 2 BvR 348/03.
- Caso *Cassez* Amparo directo 517/2011.
- CIDH, *Informe núm. 90/09*, Caso 12.644, admisibilidad y fondo (publicación), Medellín, Ramírez, Cárdenas y Leal García.
- CIDH, *Informe núm. 57/96*, Caso 11.139, William Andrews, Estados Unidos, 6 de diciembre de 1996, citado en CIDH, *Informe núm. 62/02*, caso 12.285, fondo, Michael Domingues, Estados Unidos, 22 de octubre de 2002.
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo).

- CIJ, *Avena and other Mexican Nationals (México v. United States of America)*.
- CIJ, *Lagrand (Germany v. United States of America)*.
- CIJ, *Nottebohm Case (Liechtenstein. v. Guatemala)*.
- CIJ, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States of America) (México v. United States of America)*.
- COIDH, Cantoral Benavides (Cantoral Benavides v. Peru), sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas), serie C), núm. 88.
- COIDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94.
- COIDH, caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 133.
- COIDH, *Opinión consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*, 1 de octubre de 1999.
- COIDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, núm. 3.
- Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).
- Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).
- Gutierrez v. State*, No. 53506, 2012 WL 4355518, at *2 (Nev. sept. 19, 2012).
- Hall v. Florida*, 572 U.S. ____ (2014).
- Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).
- Leal Garcia v. Texas*, 564 U.S. 940 (2011).
- Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).
- Medellín v. Texas*, 554 U.S. 759 (2008).
- PCIJ, *Factory at Chorzów (Claim for Indemnity)*, Merits, Judgment of 13 September 1928, P.C.I.J.
- Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).
- Tamayo v. Stephens*, núm. 14-70004 (5th Cir. 2014), Published opinion of January 22, 2014.
- The Bello Corrunes*, 19 U.S. 152. (1821).
- Torres v. Oklahoma*, núm. PCD-04-442, 2004, (Okla. Crim. App. May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing) (Chapel, J., specially concurring).
- Velasco v. Warden*, núm. 68695 (Nev. App. Dec. 29, 2015).

CAPÍTULO CUARTO

MEDIO AMBIENTE

En este capítulo incluimos tres casos: *Aspersiones de glifosato en la frontera (Ecuador v. Colombia)*; *Papeleiras o pulp mills (Argentina v. Uruguay)* y *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del Río San Juan (Nicaragua vs Costa Rica)*. En el último caso se trata de dos asuntos que se acumularon en uno solo. También hay que observar que si bien lo colocamos en este capítulo, en realidad la parte de “Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza” concierne a la violación de la soberanía y al uso de la fuerza de un Estado contra otro; siendo, eso sí, el otro caso, claramente un problema de derecho del medio ambiente. Quizá por ello, como se verá, se resuelven ambos casos en una sentencia, aunque con un tratamiento separado.

Ahora bien, aunque el asunto de “Glifosato en la frontera” se acaba, no con una sentencia, sino con una negociación (para el profesor Cárdenas, más bien un allanamiento de Colombia a las demandas de Ecuador), los tres casos son una oportunidad no del todo aprovechada por la CIJ. Pero lo importante aquí es que en estos casos la CIJ discute la existencia y naturaleza jurídica de los principios sustantivos (debida diligencia; prevención/precaución, uso óptimo y racional de los recursos naturales) y adjetivos (obligación de realizar un estudio de impacto ambiental, obligación de notificación y consulta) del derecho internacional del medio ambiente.

Sin duda, una de las ramas del derecho internacional que más se ha desarrollado en los últimos años es el derecho internacional del medio ambiente, y al mismo tiempo es una materia que necesita un mayor desarrollo dada la problemática del deterioro y la emergencia medioambiental, que verdaderamente pone en peligro la existencia misma de la humanidad.

Es por eso que es necesario que la CIJ sea más concisa en su jurisprudencia para aclarar el alcance de los principios y, retomando la idea del profesor Portilla, es tan importante la cuestión medioambiental, que habríamos de pensar en la creación de un tribunal especializado en medio ambiente.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO *PLANTAS DE CELULOSA SOBRE EL RÍO URUGUAY* (ARGENTINA V. URUGUAY), 20 DE ABRIL DE 2010

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los antecedentes del conflicto entre Argentina y Uruguay por la instalación de plantas de celulosa en la cuenca del Plata*. III. *La existencia de violaciones a las obligaciones de naturaleza procesal establecidas en el Estatuto del Río Uruguay*. IV. *La ausencia de violaciones a las obligaciones sustanciales, previstas en el Estatuto del Río Uruguay*. V. *La responsabilidad internacional de Uruguay por la violación de las disposiciones procesales del Estatuto de 1975*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia en el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay* (en adelante, *Plantas de Celulosa*) constituye uno de los principales casos en los que la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ) examinó problemas, relacionados con la protección internacional del medio ambiente. Debido a la multiplicación de controversias internacionales en la materia y como consecuencia de la ausencia, por el momento, de un tribunal internacional especializado en la aplicación e interpretación de las normas del derecho ambiental internacional, la CIJ ha tenido que pronunciarse sobre este tipo de litigios en varias ocasiones. Hasta la fecha, se han planteado ante la Corte seis asuntos, que atañen a la protección del medio ambiente. En particular, dicha problemática fue tratada en los casos *Pruebas Nucleares*,¹ *Ciertas tierras*

¹ CIJ, [*Nuclear Tests II*] *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, orden del 22 de septiembre de 1995.

fosfáticas en Nauru,² *Gabcikovo-Nagymaros*,³ *Caza de la Ballena en el Antártico*,⁴ *Fumigaciones aéreas de pesticidas tóxicos sobre el territorio ecuatoriano*,⁵ *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*⁶ y en la Opinión Consultativa *Legalidad del uso de armas Nucleares*.⁷

Además, la sentencia en el caso *Plantas de Celulosa* constituye el segundo caso contencioso en el que la Corte se pronunció sobre aspectos derivados de la posible contaminación de un río fronterizo. En efecto, en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*,⁸ la Corte examinó la existencia de daños ambientales como resultado de la construcción de esclusas sobre el río Danubio. Más recientemente, en el caso *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*,⁹ la CIJ apreció el impacto ambiental de actividades de construcción, realizados en el área del río San Juan.

Finalmente, es de señalarse que el caso *Plantas de Celulosa* es la primera y la única controversia que opuso Argentina a Uruguay ante el foro de la CIJ. Este precedente judicial se inscribe en una relación bilateral, históricamente

² CIJ, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, excepciones preliminares, fallo, 26 de junio de 1992.

³ En este caso, las partes invocaban argumentos tendientes a demostrar la existencia de una afectación negativa al medio ambiente en una región transfronteriza. No obstante, es de señalarse que en dicho asunto, la Corte no examinó la mayoría de estos argumentos, y prefirió basar su razonamiento en el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de un tratado internacional. Esta postura de la Corte en cuanto al derecho ambiental internacional fue considerada como demasiado prudente.

⁴ CIJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fondo, fallo, 31 de marzo de 2014. En dicho asunto, la Corte condenó la práctica de caza de ballenas por parte de Japón, y estimó que dicha práctica constituía una violación a las disposiciones de una convención internacional, protectora de esta especie animal.

⁵ CIJ, *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, remoción de la lista de pendientes, orden del 13 de septiembre de 2013. En este asunto, Ecuador había introducido una demanda ante la Corte en 2008 para denunciar las fumigaciones aéreas de pesticidas por parte de Colombia en cercanía directa con el territorio ecuatoriano y los daños que dichas fumigaciones habrían causado al medio ambiente, a la salud de las personas y de los animales. Posteriormente, en 2013, el representante de Ecuador notificó a la Corte la consecución de un acuerdo con Colombia, que ponía fin a la controversia entre las partes; asimismo, solicitó el término de los procedimientos contenciosos iniciados ante la CIJ.

⁶ CIJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) / Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* [Procedimientos acumulados], fondo, fallo, 16 de diciembre de 2015.

⁷ CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996.

⁸ CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, 25 de septiembre de 1997.

⁹ *Idem*.

caracterizada de profundos lazos de cooperación, amistad, “cordialidad”¹⁰ y “espíritu fraterno”.¹¹

El caso se originó por una demanda, introducida por Argentina el 4 de mayo de 2006. En la demanda, Argentina solicitaba a la Corte, determinar que, al autorizar la construcción de dos plantas de celulosa en el río Uruguay, Uruguay había violado las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto del Río Uruguay —un tratado bilateral, celebrado por los dos Estados en 1975 (en adelante, el Estatuto) y de otras normas de derecho internacional a las que este instrumento remitía—. En particular, Argentina alegaba la violación por parte de Uruguay del mecanismo de información y consulta, establecido en el capítulo II del Estatuto, la violación de las obligaciones de realizar un estudio de impacto ambiental transfronterizo, de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el uso racional y óptimo del río Uruguay, de no causar un perjuicio sensible al régimen del río o a la calidad de sus aguas, de adoptar medidas para la preservación del medio acuático y para evitar sus posibles contaminaciones y la obligación de proteger la biodiversidad y los recursos pesqueros. Asimismo, Argentina argumentaba que la violación por parte de Uruguay de las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto constituía un hecho internacionalmente ilícito que acarrearía la responsabilidad internacional de Uruguay. Correlativamente, Argentina solicitaba que se retomara la estricta aplicación del tratado, que se le otorgara una reparación de los perjuicios causados por este hecho ilícito, que se restableciera la situación anterior a su comisión y que se garantizara su no repetición hacia el futuro. Por su parte, Uruguay solicitaba a la Corte, rechazar todos los argumentos de Argentina y reconocer su derecho de seguir con la explotación de las plantas de celulosa en el respeto de las disposiciones del Estatuto.

La demanda de Argentina fue acompañada por una solicitud de medidas cautelares, tendientes a obtener la suspensión de los trabajos de construcción de las plantas de celulosa hasta la resolución del fondo de la controversia.¹² Según Argentina, la construcción y la puesta en marcha de las

¹⁰ “Monumento a la cordialidad argentino-uruguayana”, ubicado en la ciudad de Buenos Aires.

¹¹ En el preámbulo del Estatuto del Río Uruguay, celebrado por ambos Estados en 1975, se establece que “El gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Oriental del Uruguay animados del espíritu fraterno que inspira el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, suscripto en Montevideo el 19 de noviembre de 1973, han convenido lo siguiente:...”.

¹² CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, medidas cautelares, orden, 13 de julio de 2006.

plantas podrían causar daños irreparables a la salud pública y al medio ambiente en el río Uruguay. En una orden de medidas cautelares del 13 de julio de 2006, la CIJ rechazó la demanda de Argentina y consideró que las circunstancias del caso particular no demostraban la existencia de un riesgo de daño irreparable para los intereses de una de las partes en el litigio.¹³ Algunos meses después, el 29 de noviembre de 2006, Uruguay también presentó una demanda de medidas cautelares ante la Corte, solicitando la suspensión de los bloqueos de un puente internacional,¹⁴ iniciados por ciudadanos argentinos para manifestarse en contra de la puesta en marcha de una de las plantas de celulosa instaladas en el territorio uruguayo. La CIJ rechazó esta demanda y consideró que no existía un riesgo de perjuicios irreparables a los derechos de Uruguay, como resultado de los bloqueos del puente.¹⁵

La competencia de la Corte para resolver el fondo de la controversia se basó en el artículo 60 del Estatuto, y no había sido contestada por ninguna de las partes. En cambio, Argentina y Uruguay no estaban de acuerdo respecto al alcance de dicha competencia.¹⁶ En cuanto al derecho aplicable para la resolución del litigio, la Corte consideró que éste era constituido por el Estatuto. Argentina invocaba los artículos 1o. y 41 a)¹⁷ de este tratado para argumentar que dichas disposiciones incluían una “cláusula de reenvío”, susceptible de incorporar a otras normas internacionales convencionales y consuetudinarias en el derecho aplicable.¹⁸ La

¹³ *Idem.*

¹⁴ Demanda paralela ante el órgano de solución de controversias del Mercosur.

¹⁵ (*Argentina v. Uruguay*), medidas cautelares, orden, 23 de enero de 2007, párr. 50 y 53.

¹⁶ Según Argentina, la Corte era competente para examinar la existencia de diferentes tipos de contaminaciones del río Uruguay, aunque esta posibilidad no estaba expresamente prevista en el Estatuto. La Corte rechazó estos argumentos y consideró que el alcance de su competencia para pronunciarse sobre el fondo de la controversia era estrictamente limitado a lo previsto en el Estatuto y no podría comprender aspectos que no se deducían expresamente de lo establecido en el mismo (*Argentina v. Uruguay*), fallo, 20 de abril de 2010, para. 50 y 52.

¹⁷ Estos artículos exigían la “estricta observancia de las obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales” (artículo 1), actuando “de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales” (artículo 41, a).

¹⁸ Argentina solicitaba a la Corte tomar en consideración, entre otros, la Convención de 1973 sobre el comercio internacional de especies de fauna y flora salvajes amenazadas de extinción (Convención CITES), la Convención de Ramsar de 1971 sobre Humedales de Importancia Internacional (Convención de Ramsar), la Convención de Naciones Unidas de 1992 sobre la Diversidad Biológica (Convención sobre la diversidad biológica) y la Convención de Estocolmo de 2001 sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (Convención COP). Asimismo, Argentina invocaba los principios de equidad, uso razonable y no perjudicial, de-

Corte rechazó este argumento,¹⁹ y consideró que su competencia “permanece circunscrita a las divergencias concernientes a la interpretación y aplicación del mismo”.²⁰ Esta postura de la Corte fue criticada en las opiniones individuales de sus jueces. Así, por ejemplo, en su opinión individual, el juez Cançado Trindade señaló que el razonamiento de la Corte debió tomar en cuenta los principios consuetudinarios aplicables en materia de protección internacional del medio ambiente; por ejemplo, los principios de prevención, precaución, equidad intergeneracional y desarrollo sostenible.²¹

Otro aspecto procesal importante que la Corte tuvo que resolver en el caso *Plantas de Celulosa* consistió en determinar la carga de la prueba y la valoración de la misma. La Corte resaltó la gran cantidad y la complejidad de los datos fácticos y científicos, presentados por las partes. No obstante, a pesar de dicha complejidad, la Corte se negó a nombrar sus propios expertos, y consideró que debía proceder a la determinación de los hechos por sí misma.²²

La Corte también fue muy criticada sobre este punto. Así, por ejemplo, en su opinión individual, los jueces Awn Shawkat Al-Khasawneh y Bruno Simma se declararon manifiestamente incompetentes para evaluar las pruebas científicas, presentadas por las partes. En particular, los jueces señalaron que la Corte debió haber hecho uso de las facultades que le reconocen los artículos 50 y 67 de su Reglamento para nombrar sus pro-

sarrollo sostenible, prevención, precaución y la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental como normas consuetudinarias del derecho internacional (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 55.

¹⁹ Según la Corte, en aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación del Estatuto debería tomar en cuenta “toda regla pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las Partes”. No obstante, según la Corte, la toma en consideración de fuentes externas al propio tratado en su proceso de interpretación no significaba que la Corte podría aplicar dichas fuentes para la resolución concreta del litigio.

²⁰ *Ibidem*, para. 66.

²¹ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Cançado Trindade, 20 de abril de 2010, para. 3, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>.

²² En este sentido, la CIJ señaló que “sin perjuicio del volumen y la complejidad de la información fáctica que le fue sometida, es la responsabilidad de la Corte, luego de haber prestado cuidadosa atención a toda la evidencia que le presentaron las Partes, determinar cuáles hechos deben ser considerados relevantes, evaluar su valor probativo, y sacar conclusiones de ellos según sea apropiado. En consecuencia, y de acuerdo con su práctica, la Corte hará su propia determinación de los hechos, sobre la base de la evidencia que le fue presentada...”. *Ibidem*, para. 168.

prios expertos.²³ De igual modo, en sus respectivas opiniones individuales, los jueces Cançado Trindade y Yusuf estimaron que la Corte no estaba en condiciones de realizar por sí sola la valoración de las pruebas presentadas por las partes.²⁴ El juez *ad hoc* Vinuesa enfatizó la falta de peritaje (*expertise*) y conocimiento de la CIJ para determinar si los datos presentados eran científicamente viables.²⁵ *A contrario sensu*, en su opinión individual, el juez Keith²⁶ consideró que si la Corte hubiera solicitado la intervención de expertos, su opinión hubiera cubierto exactamente los mismos datos y las mismas cuestiones que los sometidos por las partes y sus expertos.²⁷ Es de estimarse que la negativa de la CIJ de nombrar expertos puede explicarse por el deseo de evitar la “tecnificación” de los recursos contenciosos en materia ambiental, en la que las pruebas presentan un importante carácter científico.²⁸ Asimismo, dicho rechazo traduciría la toma en consideración por parte de la Corte del principio general del derecho *iura novit curia*.²⁹

²³ (*Argentina v. Uruguay*), opinión disidente conjunta de los jueces Awn Shawkat Al-Khasawneh y Bruno Simma, para. 17, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-01-BI.pdf>.

²⁴ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Cançado Trindade, 20 de abril de 2010, para. 149-151; (*Argentina v. Uruguay*), declaración del juez Yusuf, para. 1-14, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf>.

²⁵ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa, 20 de abril de 2010, para. 72, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-08-EN.pdf>.

²⁶ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-02-EN.pdf>.

²⁷ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Keith, 20 de abril de 2010, para. 9-11, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-02-EN.pdf>.

²⁸ Trigeaud, Laurent, “La non-spécificité du droit de l’environnement: à propos de l’affaire relative a des Usines de pâtes a papier sur le fleuve Uruguay”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 58, 2010, p. 257.

²⁹ Según este principio, el juez es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son responsables de demostrarle los hechos. En este sentido, el recurso a expertos por parte de los tribunales internacionales constituye una excepción al principio *iura novit curia*. No obstante, en virtud del principio *iura novit curia* el experto no debe reemplazar al juez en el ejercicio de su función judicial. Dicho en otros términos, el experto en los hechos queda limitado a la aclaración técnica o científica de estos últimos, y no debe pronunciarse sobre su calificación jurídica o sobre cualquier otra cuestión de derecho que el caso plantee. Dichas cuestiones relevan de las prerrogativas exclusivas del juez, y no son susceptibles de ser delegadas a un tercero. Es de estimarse que, en el presente caso, la prudencia de la Corte podría relacionarse con su voluntad de evitar que el peritaje cobre demasiada importancia en los litigios en materia de derecho ambiental internacional y que la función de los expertos contradiga su propia función judicial.

Finalmente, en el plano procesal hubo desacuerdo entre las partes respecto a la carga de la prueba. Según Argentina, en virtud del principio de precaución y de lo establecido en el Estatuto de 1975, incumbía a Uruguay demostrar que una de las plantas de celulosa construida en su territorio no provocaba un daño ambiental transfronterizo.³⁰ Por su parte, Uruguay invocaba la aplicación del principio general del derecho *actori incumbit probatio* para sostener que Argentina, en su cualidad de demandante en la instancia, debía soportar la carga de la prueba.³¹ La Corte rechazó los argumentos de Argentina sobre este punto y señaló que el principio de precaución puede ser tomado en cuenta en la interpretación del Estatuto de 1975, pero no implica una inversión de la carga de la prueba.³² Esta postura de la Corte fue muy criticada en la doctrina.³³ En el mismo sentido, en su opinión disidente sobre el caso, el juez *ad hoc* Vinuesa manifestó que existen disposiciones en el propio Estatuto que comprobarían que la carga de la prueba correspondía a ambas partes.³⁴

Una vez precisadas estas cuestiones procesales, la CIJ resolvió el fondo de la controversia. Dicha resolución se articuló a través de una distinción, realizada por la propia Corte, entre la violación por parte de Uruguay de las obligaciones de naturaleza procesal (III) y sustancial (IV) que le imponía el Estatuto de 1975. En su sentencia, la CIJ reconoció la responsabilidad internacional de Uruguay por la violación de las obligaciones procesales del

³⁰ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, *cit.*, para. 160.

³¹ *Ibidem*, para. 164.

³² *Idem*.

³³ En efecto, algunos autores consideran que el principio de precaución efectivamente invierte la carga de la prueba en favor del demandante. Dicho en otros términos, ante actividades que presenten riesgos de daños ambientales, es el Estado en cuyo territorio dichas actividades se desarrollan el que debe comprobar la ausencia de daños. Como lo señala Bou, al imponer la carga de la prueba únicamente al Estado potencialmente afectado por estos daños ambientales, la Corte estaría desconociendo el principio de equilibrio judicial que debe guiar la resolución judicial de las controversias. En la opinión de este autor, si se toma en consideración lo difícil que puede resultar la comprobación de la existencia de daños ambientales, cuyos efectos pueden ser difusos y tardíos, la Corte estaría imponiendo al Estado, víctima de estos daños, una carga de la prueba particularmente elevada (Juste Ruiz, José y Bou Franch, Valentín, “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2011, p. 16).

³⁴ En particular, según el juez, la violación de las obligaciones procesales por parte de Uruguay implicaba que este Estado había fallado a su obligación de producir las pruebas requeridas a la CARU; en consecuencia, estaba obligado a presentarlas ante la Corte durante el procedimiento contencioso (*Argentina v. Uruguay*), *Dissenting Opinion of Judge Ad hoc Vinuesa*, para. 43.

Estatuto (V) y trató de resolver así una “guerra de la celulosa”, cuyos antecedentes explican en buena medida las pretensiones expuestas por Argentina y Uruguay en el curso de los procedimientos. (II).

II. LOS ANTECEDENTES DEL CONFLICTO ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY POR LA INSTALACIÓN DE PLANTAS DE CELULOSA EN LA CUENCA DEL PLATA

La cuenca del Plata es la segunda más grande de Sudamérica (después de la cuenca del Amazonas), y es conformada por dos grandes ríos —el Uruguay y el Paraná y sus afluentes—. Dicha cuenca constituye un importante ecosistema fluvial y una de las principales reservas de agua dulce en el mundo. Uno de los dos ríos que la atraviesan —el río Uruguay— es la principal fuente de agua de la ciudad de Buenos Aires y de la región de la Plata. Asimismo, el afluente marca la frontera entre Brasil y Argentina y entre Argentina y Uruguay.

El régimen jurídico de este río es determinado, entre otros, por el Tratado relativo a la frontera sobre el Uruguay, que establece la delimitación territorial entre Argentina y Uruguay, y por el Estatuto de 1975, que contiene disposiciones respecto al uso de este curso de agua internacional. Dicho tratado fue firmado poco después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo en 1972, y es considerado como un instrumento innovador y paradigmático de la protección internacional del medio ambiente acuático.³⁵ En este sentido, la propia CIJ calificó el Tratado como un “régimen completo e innovador”.³⁶

Dicho tratado fue tomado en cuenta como ejemplo para la redacción del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, la CDI) de 1994 sobre la Utilización de los Cursos de Agua Internacionales. Asimismo, este instrumento sirvió de inspiración directa para la adopción de distintos artículos de la Convención de Nueva York de 1997 sobre Fuentes de Agua Internacionales.³⁷ Las disposiciones del Estatuto de 1975 consagran los principios de utilización racional y óptima del río,³⁸ así como las obligaciones de proteger el medio acuático de posibles contami-

³⁵ Sohnle, Jochen, “L’arrêt des usines de pâtes à papier de la CIJ du 20 avril 2010”, *Revue Juridique de l’Environnement*, vol. 35, 2010, pp. 609 y 610.

³⁶ Párrafo 81 de la sentencia.

³⁷ Sohnle, Jochen, *op. cit.*, pp. 609 y 610.

³⁸ Artículo 1o. del Estatuto de 1975.

naciones. Correlativamente, el tratado establece la responsabilidad internacional de los Estados parte por daños ambientales resultantes de sus propias actividades o de las actividades de personas físicas o morales que se realicen en su territorio.³⁹ Al mismo tiempo, el artículo 30 del Estatuto reconoce a los Estados parte el derecho de explorar y explotar los recursos naturales ubicados en el lecho o en el subsuelo del río en las zonas situadas en su territorio respectivo.

La gestión de este régimen convencional innovador fue confiada a una Comisión Administradora del Río Uruguay (en adelante, CARU). Dicha comisión fue dotada de importantes competencias en cuanto a la seguridad de la navegación en el río, la preservación y conservación de sus recursos naturales y la prevención de daños ambientales a su ecosistema. En este sentido, en virtud del artículo 7o. del Tratado:

Artículo 7o. La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte. Si así se resolviera o no se llegare a una decisión al respecto, la parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra parte a través de la misma Comisión...

Posteriormente, la parte notificada dispondría de un plazo de 180 días para pronunciarse sobre el proyecto.⁴⁰

Como lo señalan Arbuet y Vignali, el conflicto entre Argentina y Uruguay empezó a gestarse hace más treinta años, con la implementación de políticas de forestación para fines industriales en la región de la cuenca del Plata.⁴¹ Actualmente, la región costera del río Uruguay es considerada como una de las más grandes zonas de bosques naturales de Uruguay y una de las más importantes de Argentina. Por su relevancia para el desarrollo de determinadas actividades industriales, dicha región es generalmente referida como una “zona foresto-industrial”.⁴² Posteriormente, tanto

³⁹ Artículos 41 y 42 del Estatuto de 1975.

⁴⁰ Artículo 8o. del Estatuto de 1975.

⁴¹ Arbuet Vignali, Heber y Vignali Giovanetti, Daniel, “Corte Internacional de Justicia Caso núm. 135 Caso de las fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay Argentina con Uruguay. Fallo del 20 de abril de 2010”, *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, vol. 8, 2011, p. 150.

⁴² Ponte Iglesias, María Teresa, “El asunto de la construcción de las plantas de celulosa en las proximidades del río Uruguay a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de

Uruguay como la provincia Argentina de Entre Ríos adoptaron una “actitud de competencia” para atraer inversiones extranjeras directas y desarrollar tanto industrias pasteras como industrias papeleras, directamente dependientes del suministro de estas materias primas. Como resultado de estas políticas, varias empresas europeas manifestaron su interés por instalarse en la región argentina de Entre Ríos, pero finalmente decidieron implementar sus proyectos productivos en Uruguay,⁴³ creando así las bases para un conflicto geopolítico y diplomático de importante duración, calificado como la “guerra de la celulosa”.⁴⁴

El origen directo de la controversia se sitúa en la autorización que el gobierno de Uruguay otorgó a dos empresas extranjeras (la empresa española, Empresa Nacional de Celulosas de España —ENCE— y la empresa finlandesa Botnia) para construir dos plantas de celulosa (Proyecto “Celulosa de M’Bopicuá” o CMB y proyecto “Orión”), ubicadas muy cerca de la ciudad uruguaya de Fray Bentos, enfrente de la región argentina de Gualaguaychú.

A partir de 2002, los promotores del proyecto CMB efectuaron distintos trámites ante el gobierno uruguayo, y presentaron un estudio de impacto ambiental del proyecto a la Dirección Nacional del Ambiente de Uruguay. Asimismo, estos representantes de la empresa CNCE informaron a la CARU sobre la existencia y el contenido del proyecto. El mismo año, la CARU solicitó a Uruguay que le presentara una copia del estudio de impacto ambiental del proyecto, copia que le fue remitida por el ministro de Protección del Medio Ambiente de Uruguay un año más tarde. Unos meses después, el 9 de octubre, Uruguay otorgó a la empresa CNCE el permiso de construir la planta de celulosa sin esperar un pronunciamiento por parte de la CARU sobre el perjuicio que el proyecto pudiera causar a Argentina. Por su parte, la empresa Botnia obtuvo la autorización para la construcción de la planta “Orion” el 14 de febrero de 2005, y el 5 de julio del mismo año le fue otorgado un permiso para la construcción de una terminal portuaria conexa.⁴⁵

A partir de entonces, los dos Estados iniciaron una serie de negociaciones diplomáticas para tratar de llegar a un acuerdo sobre el conflicto. En particular, el 2 de marzo de 2004, los ministros de relaciones exteriores de

Justicia de 2010”, en Rey Tristán, Eduardo y Calvo González, Patricia, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, septiembre de 2010*, Santiago de Compostela, p. 2302.

⁴³ Arbuet Vignali, Heber y Vignali Giovanetti, Daniel, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁴ Ponte, María Teresa, *op. cit.*, p. 2302.

⁴⁵ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 39.

las partes adoptaron un acuerdo, en el que se solicitaba al gobierno uruguayo transmitir toda la información relativa a la construcción de las plantas de celulosa a la CARU. En 2005, Argentina y Uruguay crearon un «Grupo Técnico de Alto Nivel» (GTAN) con el objetivo de analizar las posibles consecuencias del inicio del funcionamiento de las plantas de celulosa en el río Uruguay. Este grupo concluyó sus actividades el 30 de enero de 2006 sin haber logrado un consenso en la materia.⁴⁶ El 28 de marzo de 2006, los promotores del proyecto de la CNCE decidieron suspender sus trabajos, y el 21 de septiembre de 2006 renunciaron a su intención de construir la planta.⁴⁷ En noviembre de 2006, durante la cumbre de jefes de Estado Iberoamericanos en Montevideo, Uruguay y Argentina solicitaron la mediación del rey de España en este asunto, pero ninguna solución diplomática pudo ser lograda.⁴⁸

Fue entonces cuando Argentina presentó su demanda ante la CIJ, invocando violaciones a las disposiciones procesales y sustanciales del Estatuto de 1975.

III. LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES A LAS OBLIGACIONES DE NATURALEZA PROCESAL ESTABLECIDAS EN EL ESTATUTO DEL RÍO URUGUAY

1. *La obligación de información y notificación*

Las obligaciones de naturaleza procesal impuestas por el Estatuto de 1975 están previstas en los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del mismo.

El artículo 7 del Estatuto de 1975 establece que

La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de 30 días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte. Si así se resolviera o no se llegare a una decisión al respecto, la parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra parte a través de la Comisión. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra, y si fuera el caso, el modo de su operación y los demás

⁴⁶ Ponte, María Teresa, *op. cit.*, p. 2303.

⁴⁷ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 36.

⁴⁸ Trigeaud, Laurent, *op. cit.*, p. 253.

datos técnicos que permitan a la parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del río o a la calidad de sus aguas.

Asimismo, en virtud del artículo 8 del Estatuto: “La parte notificada dispondrá de un plazo de 180 días para expedirse sobre el proyecto, a partir del día en que su delegación ante la Comisión haya recibido la notificación”.

El Estatuto de 1975 se une así a un gran número de tratados internacionales que establecen la obligación de notificación previa al desarrollo de un proyecto, susceptible de causar un daño ambiental a un recurso compartido.⁴⁹

Dicha obligación es reconocida, además, en la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, en el caso *Lac Lanoux*,⁵⁰ un tribunal arbitral afirmó el deber de los Estados, de “de cumplir de buena fe todos los contactos, que a raíz de una confrontación de intereses y por una buena voluntad recíproca, deben generar las condiciones favorables para concluir acuerdos”.⁵¹ Dicha obligación fue aclarada en la jurisprudencia posterior de la CIJ. En efecto, en los casos acumulados *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*,⁵² la Corte consideró que en el caso de actividades susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo, la obli-

⁴⁹ Así, por ejemplo, la Convención de Espoo, en su artículo 3o., establece que “Siempre que exista la probabilidad de que una actividad propuesta de las que se enumeran en el apéndice I cause un impacto transfronterizo de carácter perjudicial y de magnitud apreciable, la Parte de origen, a fin de que se celebren consultas apropiadas y efectivas conforme al artículo 5o., presentará una notificación a toda Parte que considere pueda ser Parte afectada lo antes posible y a más tardar cuando haya informado a su propio público acerca de dicha actividad propuesta”. De igual modo, la Convención sobre Seguridad Nuclear, en su artículo 17-IV), exige “Consultar a las Partes Contratantes que se hallen en las cercanías de una instalación nuclear proyectada, siempre que sea probable que resulten afectadas por dicha instalación y, previa petición, proporcionar la información necesaria a esas Partes Contratantes, a fin de que puedan evaluar y formarse su propio juicio sobre las probables consecuencias de la instalación nuclear para la seguridad en su propio territorio”. En virtud del artículo 8o. del Proyecto de artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, si el estudio de impacto ambiental “muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen debe hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y transmitirle la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación”.

⁵⁰ *Lac Lanoux*, España c. Francia, sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf.

⁵¹ Caso *Lac Lanoux*..., cit., p. 308.

⁵² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)/Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*..., cit.

gación de notificación y consulta forma parte del derecho internacional general o consuetudinario.⁵³

Según Argentina, al violar la obligación de informar la CARU de los proyectos de construcción de plantas de celulosa, Uruguay “había frustrado el conjunto del procedimiento establecido en los artículos 7 a 12 del Estatuto”.⁵⁴ Para Argentina, este instrumento de cooperación institucional revestía particular importancia, y la CARU constituía el órgano clave de cooperación entre las partes en el marco del Estatuto de 1975. Por su parte, Uruguay consideraba que el procedimiento de información de la CARU podría ser reemplazado por otras vías para llevar a cabo las negociaciones y la cooperación, exigida por el Estatuto. En la opinión de Uruguay, la información de la CARU no constituía un mecanismo obligatorio, y las partes podrían derogar a dicho mecanismo de común acuerdo. En este sentido, Uruguay invocaba que las dos partes al Tratado se habían acordado a eximirse mutuamente de la obligación de informar a la CARU y habían optado por iniciar, a su vez, negociaciones bilaterales directas.⁵⁵

La Corte enfatizó la función central de la CARU en el Estatuto de 1975, y estimó que en virtud de sus disposiciones esta organización internacional interviene en todos los aspectos de regulación del régimen jurídico del río Uruguay.⁵⁶ Asimismo, la Corte consideró que al crear la CARU y dotarla de la personalidad jurídica internacional y de todos los medios necesarios para llevar a cabo las funciones que le fueron asignadas, las dos partes pretendieron instituir un mecanismo obligatorio, destinado a facilitar la eficacia en el logro del objeto y fin del Estatuto de 1975. Por consecuencia, la Corte rechazó los argumentos de Uruguay y señaló que ninguno de los dos Estados podía, unilateralmente, liberarse del cumplimiento de los requerimientos del mecanismo de consulta e información de la CARU.⁵⁷

⁵³ La Corte señaló “la existencia en el derecho internacional general de una obligación de notificación y consulta con los Estados potencialmente afectados en relación con actividades que conlleven un riesgo de daño transfronterizo significativo” (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 106.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 82.

⁵⁵ *Ibidem*, para. 82-85.

⁵⁶ En particular, la Corte señaló que la CARU es responsable de “la prevención de daños transfronterizos que pudieran derivar de las actividades proyectadas; de la utilización del agua sobre la cual recibe los informes de las partes y verifica si la suma de utilizaciones causa o no un perjuicio sensible (artículos 27 a 28); de la prevención de la modificación del equilibrio ecológico (artículo 36); de los estudios y las investigaciones de carácter científico realizadas por una parte en la jurisdicción de la otra parte (artículo 44); del ejercicio del poder de policía (artículo 46) y del derecho de navegación (artículo 48)”.

⁵⁷ *Ibidem*, para. 86-93.

Pasando al examen de la obligación de informar a la CARU, la Corte señaló que las dos partes estaban de acuerdo en cuanto a la existencia de dicha obligación, pero sus puntos de vista diferían respecto al contenido de la información que debería ser transmitida a la Comisión y respecto al momento de su transmisión. La Corte consideró que la obligación de informar a la CARU se aplica en una etapa inicial del proyecto, antes de que se otorgue la autorización ambiental necesaria para su realización. Según la Corte, el mecanismo de información de la CARU debe permitir un examen sumario de la posibilidad para este proyecto de crear un riesgo de daño significativo al otro Estado.⁵⁸

La Corte relacionó esta obligación con el principio de prevención, como norma consuetudinaria del derecho internacional, y con la obligación, en el derecho internacional general, de no realizar actividades susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo. En particular, la Corte afirmó que “el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio”. Asimismo, la Corte citó lo establecido en el caso *Estrecho de Corfú*,⁵⁹ al afirmar que corresponde a “cada Estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”. La Corte reiteró la obligación para los Estados, de usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte también reiteró el razonamiento desarrollado en su opinión consultativa *Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares*, al determinar que esta obligación “es ahora parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente”.⁶⁰

Es de señalarse que el principio de prevención está consagrado en varios instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en virtud de la Declaración de Estocolmo⁶¹ sobre el Medio Ambiente Humano de 1972,

De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación

⁵⁸ *Ibidem*, para. 105. La Corte, además, estimó que esta información previa y somera de la CARU no excluía la obligación de transmitirle una información más completa, una vez que el proyecto se encontrara en operación.

⁵⁹ CIJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, fondo, fallo, 9 de abril de 1949, p. 22.

⁶⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear...*, *cit.*, para. 29.

⁶¹ Es de señalarse que la Declaración de Estocolmo constituye un instrumento de *soft law* que carece de fuerza jurídica obligatoria.

de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Este principio fue, además, retomado en el artículo 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en los siguientes términos:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Por su parte, el principio de precaución implica la adopción de medidas de protección ante la existencia de sospechas de que la utilización de ciertos productos o la realización de ciertas actividades son susceptibles de causar un daño ambiental, aun si los datos científicos no permiten una determinación completa del riesgo. Dicho principio se reconoce en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El principio de precaución también figura en otros textos de derecho internacional.⁶² Su valor consuetudinario ha sido objeto de controversias en la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, en el caso de las *Hormonas*,⁶³ el Órgano de Solución de Controversias de la OMC se negó a reconocer su carácter consuetudinario.⁶⁴ En el mismo sentido, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, la Corte

⁶² Así, por ejemplo, el artículo 15 de Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. En el mismo sentido, el preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 1992 prevé que “Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

⁶³ OMC, *Communautés européennes—Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, párr. 123.

⁶⁴ En este sentido, en el informe del panel se había considerado que el principio de precaución era relevante solamente para la adopción de medidas cautelares, de conformidad

prefirió guardar silencio respecto al valor de dicho principio en el derecho internacional, aun si los argumentos de las partes le hubieran permitido aclarar su significado y naturaleza normativa.⁶⁵

De igual modo, en el presente caso, de todos los principios de derecho ambiental internacional que fueron invocados por las partes, la Corte examinó únicamente el carácter consuetudinario del principio de prevención, que relacionó con el deber de debida diligencia.⁶⁶ Los otros principios (por ejemplo, el principio de precaución, o el relativo a la consulta y notificación de los proyectos, susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo o a la utilización racional y óptima del río) solamente fueron considerados por la Corte a través de su reconocimiento expreso en el Estatuto de 1975.⁶⁷

En este sentido, en su opinión individual sobre el caso, el juez Cançado Trindade⁶⁸ criticó a la Corte por no haber aprovechado la oportunidad que le fue presentada en el caso *Plantas de Celulosa* para desarrollar y aclarar el contenido normativo de los principios generales del derecho,⁶⁹ aplicables en materia de protección del medio ambiente. En este sentido, el juez señaló

con el artículo 5.7 del Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. Adicionalmente, el panel había observado que el principio de precaución no estaba expresamente reconocido en dicho acuerdo y, por ende, no podía prevalecer sobre sus disposiciones (*European Communities-EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)-AB-1997-4-Report of the Appellate Body*, párrafo 120). En el recurso en apelación, la Unión Europea sostuvo que el principio de precaución constituía un principio consuetudinario del derecho internacional general, en virtud del cual los Estados pueden adoptar medidas para evitar un posible daño al medio ambiente o a la salud humana, aun en caso de incertidumbre o contradicción científica, respecto a la producción de dicho daño (*European Communities-EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)-AB-1997-4-Report of the Appellate Body*, párr. 16). El Órgano de Apelación consideró que la naturaleza consuetudinaria del principio de precaución en el derecho internacional general era sujeta a controversias, y que, por ende, dicho principio no podía servir de guía para interpretar las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC ni prevalecer sobre dichas disposiciones para los propósitos del presente caso (*European Communities-EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)-AB-1997-4-Report of the Appellate Body*, párr. 123-125). Según el Órgano de Apelación, por no ser directamente incorporado en el derecho de la OMC y por no tener carácter consuetudinario en el derecho internacional general, el principio de precaución no podía contradecir las disposiciones expresas del Acuerdo sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, aplicables al caso.

⁶⁵ Vatna, Loïc, “L’affaire des usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay: un nouveau différend environnemental devant la Cout Internationale de Justice”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 22, 2009, p. 45.

⁶⁶ Párrafo 101 de la sentencia.

⁶⁷ Trigeaud, Laurent, *op. cit.*, p. 259.

⁶⁸ (*Argentina v. Uruguay*), opinión separada del juez Cançado Trindade..., *cit.*, para. 53.

⁶⁹ Es de señalarse que el juez Cançado utilizó su opinión individual en el caso *Plantas de Celulosa* para exponer una verdadera cátedra acerca de los principios generales del derecho

que el principio de prevención fue concebido con el objetivo de evitar los daños ambientales, en general, y los daños ambientales transfronterizos, en particular.⁷⁰ El juez Cançado también recordó que, por su parte, el principio de precaución tiene por objetivo responder ante la amenaza de que se produzcan serios daños al medio ambiente. El juez manifestó que en el caso *Plantas de Celulosa*, tanto Argentina como Uruguay se refirieron a los principios de prevención y precaución, y lamentó que la Corte no haya centrado su atención en precisar su tenor y alcance normativo y que haya tenido tanta “precaución” con ambos principios.⁷¹

En las circunstancias del caso particular, la Corte determinó que Uruguay no había informado a la CARU respecto a los proyectos de construcción de plantas de celulosa de las empresas “Botnia” y ENCE antes de otorgar las autorizaciones gubernamentales, requeridas para el inicio de dichos proyectos. En este sentido, la Corte señaló que la existencia de informes presentados ante la CARU por las empresas involucradas en los proyectos no podría considerarse como un cumplimiento por parte de Uruguay, de la obligación de información, prevista en el artículo 7 del Estatuto. En conclusión, la Corte estimó que

Uruguay, al no informar a la CARU de los trabajos proyectados antes del otorgamiento de la autorización ambiental inicial para cada planta y de la autorización de construcción de la terminal portuaria adyacente a la planta Orion (Botnia), no ha cumplido con la obligación que le impone el Artículo 7, párrafo primero, del Estatuto de 1975.

Una vez establecida la violación por parte de Uruguay de su obligación de notificar a la CARU, la Corte examinó el cumplimiento por parte de este país de su obligación de notificar los proyectos a Argentina por el intermediario de la CARU, en virtud del artículo 7-2 del Estatuto de 1975. En primer lugar, la Corte mencionó que la obligación de notificar “tiene como intención crear las condiciones para una cooperación exitosa entre las Partes”, porque les permite evaluar los riesgos de impactos negativos de los proyectos en el río Uruguay y coordinar sus esfuerzos en la búsqueda de medidas apropiadas para evitar los eventuales daños que dichos proyectos provocarían o para minimizar sus efectos.⁷²

y los principios generales del derecho internacional que considera como “las dos caras de la misma moneda”.

⁷⁰ (*Argentina v. Uruguay*), opinión separada del juez Cançado Trindade..., *cit.*, para. 59.

⁷¹ *Ibidem*, para. 67.

⁷² (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 113-115.

Una de las partes más relevantes de la sentencia en comento consiste en señalar que la notificación por parte de Uruguay debía contener un estudio de impacto ambiental de los proyectos de construcción de plantas de celulosa. En este sentido, la Corte señaló que las partes estaban de acuerdo en cuanto a la existencia de una obligación de realizar este estudio con el fin de determinar los posibles daños transfronterizos que podrían resultar de la puesta en marcha de los proyectos.

En lo particular, Uruguay efectivamente había realizado los estudios de impacto ambiental de los proyectos de plantas de celulosa y se los había notificado a Argentina. No obstante, dicha notificación había ocurrido después de que Uruguay ya había otorgado las autorizaciones ambientales y de construcción a las empresas que iban a desarrollar dichos proyectos. Argentina consideraba que Uruguay debió notificarle los estudios de impacto ambiental antes de autorizar los proyectos para permitirle así el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 7-12 del Estatuto de 1975.⁷³

La Corte señaló que

...los estudios de impacto ambiental que son necesarios para tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un daño significativo transnacional a otro Estado deberá ser notificado por parte de la parte interesada a la otra parte, mediante CARU, en virtud del Artículo 7, párrafos segundo y tercero, del Estatuto de 1975. Esta notificación tiene por objeto permitir a la parte notificada participar en el proceso a fin de asegurar que el estudio sea completo, así podrá luego considerar el proyecto y sus efectos con conocimiento pleno de los hechos (Artículo 8 del Estatuto de 1975).⁷⁴

Respecto al momento en el que se ejerce la obligación de notificar el estudio de impacto ambiental, la Corte afirmó que “la Corte observa que esta notificación debe tener lugar antes de que el Estado involucrado decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto, teniendo debidamente en cuenta del estudio de impacto ambiental que se le sometió”.⁷⁵

Esta posición de la Corte fue confirmada en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*. En dichos asuntos, la Corte enfatizó que “la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental precisa de una evaluación *ex ante* del riesgo de daño transfronterizo significativo, y, de esta forma, “un estudio de impacto ambiental debe llevarse a cabo antes de la

⁷³ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, *cit.*, para. 16-18.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 119.

⁷⁵ *Ibidem*, para. 120.

implementación de un proyecto”.⁷⁶ En estos casos, en particular, la Corte determinó que Costa Rica no había realizado un estudio de impacto ambiental antes de iniciar los trabajos de construcción de una carretera en el área del río San Juan.

En el presente caso, la Corte constató que Uruguay no había notificado a Argentina los estudios de impacto ambiental de las plantas de celulosa Orion y CNCE antes de considerar su viabilidad, sino únicamente después de haber acordado a las empresas en cuestión las autorizaciones para realizar sus proyectos. Por lo tanto, la Corte concluyó que Uruguay no había cumplido con su obligación de notificar los proyectos, de acuerdo con el artículo 7, párrafos segundo y tercero del Estatuto de 1975.⁷⁷

2. *La obligación de negociación*

La sentencia de la Corte también examinó el cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de negociación, prevista en el artículo 12 del Estatuto.

En este sentido, Uruguay consideraba que el GTAN, creado por acuerdo mutuo de los Estados, constituía el órgano en el cual iban a llevarse a cabo dichas negociaciones.⁷⁸ Asimismo, según Uruguay, la obligación de negociación, establecida en el artículo 12 del Estatuto, no contenía referencias respecto a la posibilidad de iniciar la construcción de un proyecto mientras duraban las negociaciones.⁷⁹ Por su parte, Argentina alegaba que Uruguay estaba en la obligación de suspender dichos trabajos mientras duraba el proceso de negociación, iniciado bajo los auspicios del GTAN.⁸⁰

La Corte señaló que el GTAN fue efectivamente creado con “el propósito de permitir que tuvieran lugar las negociaciones previstas, igualmente por un período de 180 días, en el artículo 12 del Estatuto de 1975”.⁸¹ La CIJ añadió que Uruguay no tenía derecho de iniciar la construcción de las plantas de celulosa durante el periodo de negociaciones, previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975, porque proceder a dicha construcción sería contrario al objeto y al fin del Estatuto; por lo tanto, el Estado en cuyo territorio han de desarrollarse las actividades proyectadas no debería auto-

⁷⁶ *Ibidem*, para. 161.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 122.

⁷⁸ *Ibidem*, para. 133.

⁷⁹ *Ibidem*, para. 134.

⁸⁰ *Ibidem*, para. 136.

⁸¹ *Ibidem*, para. 139.

rizar su realización y *a fortiori* no debería iniciar dicha realización.⁸² La Corte basó esta exigencia en el principio de buena fe. En este sentido, la Corte estimó que el principio de buena fe, “cristalizado” en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se aplica a todas las disposiciones de un tratado, incluyendo las obligaciones de naturaleza procesal. La Corte citó lo establecido al respecto en los casos *Pruebas nucleares y Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, al señalar que “Uno de los principios de base que gobiernan la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas, sea cual fuere la fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente de la cooperación internacional”.⁸³ Además, la Corte reiteró las implicaciones de la obligación de negociar sobre el comportamiento de las partes, al recordar uno de sus considerandos en el caso *Plataforma Continental del Mar del Norte*. En dicho asunto, la Corte consideró que “las Partes tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga un sentido”.⁸⁴

En consecuencia, según la Corte, la autorización de la construcción de las plantas de celulosa y el inicio efectivo de los trabajos de construcción tuvo por efecto privar de sentido todo el mecanismo de cooperación, previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 y, en particular, la obligación de negociar, establecida en su artículo 12.⁸⁵

Como lo señala Vatna,⁸⁶ admitir lo contrario vaciaría de su sustancia una obligación, cuyo objetivo consiste en promover la cooperación y el debate entre las partes para tratar de conciliar sus puntos de vista contradictorios y lograr un acuerdo sobre la resolución de la controversia. La interdicción de construir en el curso de las negociaciones trataría de prevenir así la comisión de un *fait accompli* y buscaría preservar los intereses de las partes de la adopción de medidas unilaterales, muchas veces orientadas únicamente a la obtención de ganancias económicas.⁸⁷

En este sentido, en su opinión individual sobre el caso, el juez Keith consideró que la obligación de negociar de buena fe está establecida en el

⁸² *Ibidem*, para. 144.

⁸³ CIJ, *Nuclear Tests (Australia v. France)/(New Zealand v. France)*, jurisdicción y/o admisibilidad, fallo, 20 de diciembre de 1974; CIJ, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, fondo, fallo, 27 de junio de 1986, para. 49.

⁸⁴ CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark) (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, fallo, 20 de febrero de 1969, para. 85.

⁸⁵ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 147.

⁸⁶ Vatna, Loic, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁷ *Idem*.

artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y prevé el deber de abstenerse de la realización de actos susceptibles de privar a un tratado de su objeto y fin. Los procedimientos previstos en los artículos 7-12 del Estatuto de 1975 ocupan un lugar central en el cumplimiento de su objeto y fin conforme con lo previsto en su artículo 1. Consecuentemente, los actos destinados a frustrar dichos procedimientos son contrarios al principio de buena fe.⁸⁸ No obstante, el juez señaló que la autorización de la construcción de la planta no tuvo por efecto frustrar las negociaciones, porque aún después de la autorización la planta no era completada y comenzó a funcionar únicamente dos años después.⁸⁹

Más ambigua fue la posición de la Corte en lo relativo a las obligaciones procesales de los Estados parte al Estatuto de 1975 en el periodo posterior al término de las negociaciones. En efecto, Uruguay argumentaba que en virtud del artículo 12 y del artículo 60 del tratado, si no se logra un acuerdo en un periodo de 180 días posteriores al inicio de las negociaciones, la controversia podrá ser sometida a la CIJ. No obstante, según Uruguay en el periodo comprendido entre el término de las negociaciones y la resolución por parte de la Corte de la controversia en el fondo, el Estado que pretende realizar proyectos que entran en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones podría hacerlo sin requerir el acuerdo previo del otro Estado ribereño del río Uruguay.⁹⁰ Por su parte, Argentina sostenía una posición opuesta, al considerar que, de acuerdo con una interpretación de los artículos 7 a 12 del Estatuto, a la luz de su objeto y fin, si una parte decidiera emprender trabajos de construcción antes de que la Corte se haya pronunciado sobre la controversia, estaría enfrentando a la otra ante un “hecho consumado” (*o fait accompli*).⁹¹

La Corte rechazó los argumentos de Argentina y señaló, en primer lugar, que las disposiciones del Estatuto no establecían ninguna obligación de no construcción, y que el artículo 60 le confería únicamente la competencia para resolver la controversia, derivada de la interpretación y aplicación del Estatuto de 1975, pero no la investía “sin embargo con la función de autorizar o no en última instancia las actividades proyectadas. En consecuencia, el Estado de origen del proyecto puede, al final del periodo de negociación, proceder a la construcción a su propio riesgo”.⁹² Adicionalmente, la Corte concluyó que el inicio de la construcción de las plantas de celulosa no po-

⁸⁸ (*Argentina v. Uruguay*), opinión separada del juez Keith..., *cit.*, para. 17.

⁸⁹ *Ibidem*, para. 25.

⁹⁰ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 152.

⁹¹ *Ibidem*, para. 153.

⁹² *Ibidem*, para. 154.

dría considerarse como un hecho consumado o como un comportamiento ilícito una vez que las negociaciones entre las partes habían concluido.⁹³

Este razonamiento de la Corte fue criticado en varias opiniones individuales de sus jueces. Así, por ejemplo, en su opinión disidente conjunta, los jueces Al-Khasawneh y Simma⁹⁴ señalaron que el artículo 12 del Estatuto manifestaba el carácter innovador de este tratado y traducía una visión prospectiva y preventiva de la evaluación de riesgo de daños al medio ambiente, que muchas veces presentan un carácter irreversible. En virtud de esta visión, la Corte debería intervenir antes de la autorización y de la realización de un proyecto para valorar sus posibles efectos sobre el medio ambiente el área del río Uruguay. Esta intervención preventiva y prospectiva de la Corte debería prevalecer sobre la lógica retrospectiva, “compensatoria” y de *fait accompli* por la que optó la CIJ en el presente caso. En la opinión de los jueces, la CIJ no debió limitarse a un examen *ex post facto* de los daños ambientales ya ocurridos, sino que debió realizar un análisis de los factores de riesgo involucrados en los proyectos de planta de celulosa y en la importancia de las obligaciones procesales, contenidas en el Estatuto como posibles factores para minimizar dichos riesgos.

Respecto a la existencia de una obligación de no construcción, en su declaración sobre el caso, el juez Skotnikov señaló que el tratado efectivamente establecía dicha obligación. En la opinión del juez, las disposiciones de los artículos 7-12 del Estatuto de 1975 tienen por objetivo evitar la realización de una acción unilateral, incompatible con las disposiciones sustantivas del tratado y con su objetivo de proteger el recurso natural compartido. Por lo tanto, según el juez Skotnikov los procedimientos previstos en los artículos 7-12 del Estatuto establecían no solamente la obligación de información y negociación, sino también la de someter su controversia a la Corte si las negociaciones fracasaran y esperar su resolución antes de proceder a la realización de los proyectos planeados.⁹⁵ En el mismo sentido, en su opinión individual, el juez *ad hoc* Vinuesa afirmó que de lo dispuesto en los artículos 7-12 del Estatuto y del principio de buena fe se desprendía que las partes debían abstenerse de iniciar las actividades planeadas hasta que la Corte haya aprobado su sentencia resolutoria del fondo del asunto.⁹⁶

⁹³ *Ibidem*, para. 156 y 157.

⁹⁴ (*Argentina v. Uruguay*), opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma, para. 23-25.

⁹⁵ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 7-9.

⁹⁶ (*Argentina v. Uruguay*), opinión separada del juez Skotnikov, para. 8-11, disponible en: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-08-EN.pdf>.

IV. LA AUSENCIA DE VIOLACIONES A LAS OBLIGACIONES SUSTANCIALES, PREVISTAS EN EL ESTATUTO DEL RÍO URUGUAY

1. *Las obligaciones relacionadas con el principio de aprovechamiento racional y óptimo del río*

El principio de utilización racional y óptima establece la gestión común de las aguas de los ríos en el respeto de los intereses de cada Estado ribereño y tomando en cuenta los objetivos del desarrollo sostenible. Dicho principio está reconocido, en particular, en el artículo 5 de la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, adoptada en 1997. En virtud de esta disposición,

Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate.

En el presente caso, Argentina sostenía que Uruguay había violado sus obligaciones de contribuir a la “utilización óptima y racional del río” por no haber coordinado con Argentina la adopción de medidas susceptibles de prevenir la posible contaminación y daños ambientales en el ecosistema del río Uruguay. Asimismo, Argentina manifestaba que, de acuerdo con el principio de “uso equitativo y razonable”, se debían tomar en cuenta los usos preexistentes legítimos del afluente, en particular sus usos para fines recreativos o turísticos. Por su parte, para Uruguay el principio de uso equitativo y razonable del río no favorecía los usos preexistentes del afluente, como el turismo o la pesca, sobre nuevos usos, particularmente para fines industriales.⁹⁷ Asimismo, Argentina y Uruguay estaban en desacuerdo respecto a sus derechos respectivos para utilizar las aguas del río para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, conforme al artículo 27 del Estatuto.⁹⁸

La Corte no respondió a estos argumentos de las partes porque consideró que el principio de utilización racional y óptima del río, enunciado en el artículo 1 del Estatuto, constituye el objeto y fin de este tratado. Por lo tanto,

⁹⁷ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 170 y 171.

⁹⁸ *Ibidem*, 172.

este artículo debía guiar la interpretación de todas las demás disposiciones del mismo, pero no creaba por sí solo derechos y obligaciones a cargo de las partes.⁹⁹ No obstante, la Corte procedió a aclarar el contenido y el alcance del reconocimiento de dicho principio en el tratado de 1975. En este sentido, la Corte afirmó que el principio de “aprovechamiento óptimo y racional puede ser visto como la columna vertebral del sistema de cooperación establecido en el Estatuto de 1975 y el mecanismo conjunto establecido para implementar esa cooperación”.¹⁰⁰ Asimismo, la Corte señaló que la utilización óptima y racional del río debía ser lograda a través del cumplimiento de las obligaciones para la protección del medio ambiente y la administración conjunta de este recurso compartido.¹⁰¹ La Corte concluyó que el respeto del principio del aprovechamiento óptimo y racional debe basarse en un equilibrio entre los derechos y necesidades de las partes de usar el río para actividades económicas y comerciales y la obligación de protegerlo del daño ecológico que le puedan causar estas actividades. Según la Corte, este equilibrio está reflejado en las disposiciones del Estatuto que sí establecen derechos y obligaciones concretas para las partes, como lo son los artículos 27, 35, 36 y 41 del mismo.¹⁰²

Posteriormente, la Corte examinó el cumplimiento por parte de Uruguay con lo previsto en cada una de estas disposiciones.

En particular, la Corte consideró que el artículo 27 del Estatuto no sólo reflejaba la necesidad de reconciliar los “diversos intereses de los Estados ribereños en un contexto transfronterizo sino también la necesidad de alcanzar un equilibrio entre los usos de las aguas y la protección del río consistente con el objetivo del desarrollo sustentable”. En la opinión de la Corte, esta disposición establecía un vínculo estrecho “entre el aprovechamiento equitativo y razonable de un recurso compartido y el equilibrio entre el desarrollo económico y la protección ambiental que es la esencia del desarrollo sustentable”.¹⁰³ De la misma manera que en el caso del artículo 1, en su interpretación del artículo 27, la Corte no respondió a los argumentos que las partes invocaban respecto a los usos del río para fines recreativos, turísticos o industriales.

Posteriormente, la Corte pasó al análisis de lo previsto en los artículos 35 y 36 del Estatuto.¹⁰⁴ Respecto al artículo 36, la Corte consideró que Argentina

⁹⁹ *Ibidem*, 173.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para. 174.

¹⁰¹ *Ibidem*, para. 173.

¹⁰² *Ibidem*, para. 175.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 177.

¹⁰⁴ En virtud del artículo 35, las partes “se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el manejo del suelo y de los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del

no había aportado pruebas suficientes de la existencia de una relación directa entre la utilización por parte de Uruguay del suelo y de los bosques o de las aguas subterráneas y de los afluentes y la existencia de afectación a la calidad del agua o al régimen del río que hayan podido ser atribuidos a la planta Orión.¹⁰⁵ En cuanto a la existencia de una violación al artículo 36, Argentina alegaba que las descargas de la planta Orión habían afectado el equilibrio del medio ambiente en el río, y que, por consecuencia, Uruguay había violado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 36 del Estatuto. Por su parte, Uruguay consideraba que la evaluación de una posible alteración en el medio ambiente del río debía efectuarse de acuerdo con las normas adoptadas por la CARU en la materia.

La Corte señaló que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 “refleja la dimensión del interés común del Estatuto de 1975 y expresa uno de los fines para el establecimiento del mecanismo conjunto que es coordinar las acciones y medidas tomadas por las Partes para el manejo sustentable y la protección del medio ambiente del río”.¹⁰⁶ La Corte afirmó que, efectivamente, las partes habían adoptado una serie de medidas consensadas en el ámbito de la CARU con el objetivo de prevenir afectaciones al medio ambiente en el río. No obstante, la Corte manifestó que el fin del artículo 36 del Estatuto imponía a las partes no sólo la adopción de medidas regulatorias en el ámbito de la CARU, sino también la observancia y el cumplimiento de las mismas.¹⁰⁷ En vista de lo anterior, la Corte llegó a la conclusión de que Argentina no había demostrado que Uruguay se hubiera negado a llevar a cabo la coordinación, prevista en el artículo 36 del Estatuto.

Es de señalarse que, sobre estos puntos, en su opinión disidente el juez *ad hoc* Vinuesa señaló que existía una estrecha relación entre el no cumplimiento por parte de Uruguay de las obligaciones procesales que le incumbían en virtud de los artículos 7-12 del Estatuto y la obligación prevista en el artículo 36 del Estatuto. La coordinación entre las partes sobre cualquier uso planeado del río por una de ellas debía ser “canalizada” a través de la CARU y según los procedimientos establecidos en los artículos 7-12 del Estatuto.¹⁰⁸

mismo o la calidad de sus aguas”. Por su parte, el artículo 36 establece que “[l]as partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia”.

¹⁰⁵ *Ibidem*, para. 180.

¹⁰⁶ *Ibidem*, para. 184.

¹⁰⁷ *Ibidem*, para. 185.

¹⁰⁸ (*Argentina v. Uruguay*), opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa, *cit.*, para. 51.

2. *La obligación de prevenir la contaminación y proteger el medio acuático*

La Corte tuvo que pronunciarse también sobre la existencia de una violación por parte de Uruguay de lo establecido en el artículo 41 del Estatuto.¹⁰⁹ Argentina argumentaba que, al permitir la descarga de nutrientes adicionales en un río que es eutrófico y sufre reversión y ausencia de flujo, Uruguay había violado la obligación de prevenir la contaminación en el río conforme con el artículo 41. Por su parte, Uruguay sostenía que la obligación establecida en el artículo 41 (a) del Estatuto de 1975 no prohibía toda descarga en el río, sino únicamente las descargas que excedan los estándares, fijados en este sentido en el ámbito de la CARU.

Antes de responder a estos argumentos de las partes, la Corte citó lo establecido en su jurisprudencia acerca de la obligación, a cargo de los Estados, de no realizar sobre su territorio actividades susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo. En particular, la Corte recordó los considerandos de su Opinión consultativa *Legalidad de la Amenaza o del Uso de Armas Nucleares*, al señalar que “la existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas más allá del control nacional es ahora parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”.¹¹⁰ La Corte también notó que el artículo 41 del Estatuto imponía a los Estados la obligación de adoptar las normas y medidas apropiadas en el ámbito de sus órdenes jurídicos internos para proteger y preservar el medio acuático y prevenir su contaminación. Asimismo, la Corte reiteró que en el cumplimiento de dicha obligación, las partes no deben reducir las exigencias técnicas ni la severidad de las sanciones, establecidas en sus respectivas legislaciones internas, y deben informarse recíprocamente acerca de las medidas implementadas.¹¹¹ Finalmente, la Corte también agregó que

¹⁰⁹ En virtud de dicha disposición: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las partes se obligan a: (a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales; (b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1. Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2. La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. (c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

¹¹⁰ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 194.

¹¹¹ *Ibidem*, para. 195.

la obligación de “preservar el medio acuático, y en particular, de prevenir su contaminación adoptando las medidas apropiadas” constituye una obligación de actuar con debida diligencia respecto de todas las actividades que se desarrollan bajo la jurisdicción y el control de las partes. En términos de la Corte, “se trata de una obligación que implica no sólo la adopción de las normas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su puesta en ejecución y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, para salvaguardar los derechos de la otra parte”.¹¹²

Una vez establecidas estas características generales de la obligación de preservar el medio acuático y prevenir la contaminación, la Corte procedió a analizar los efectos producidos por las descargas de efluentes de la planta Orión y los posibles impactos de dichas descargas sobre la calidad de las aguas del río, sobre su equilibrio ecológico y sobre su biodiversidad.

En primer lugar, la Corte examinó la obligación a cargo de Uruguay, de realizar un estudio de impacto ambiental.

A. La realización de un estudio de impacto ambiental

La obligación de realizar un estudio de impacto ambiental está establecida en distintos instrumentos internacionales, y su alcance fue aclarado en la jurisprudencia internacional. En particular, esta obligación figura en la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmada en Espoo, Finlandia, en 1991 (en adelante, Convención de Espoo)¹¹³ y en la Convención de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.¹¹⁴

El cumplimiento con la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental fue objeto de controversias en varios casos de la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, el litigio se originaba, en buena medida, en la evaluación del impacto ambiental del

¹¹² *Ibidem*, para. 197.

¹¹³ En dicho tratado se menciona la necesidad de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en presencia de actividades susceptibles de causar un daño transfronterizo significativo. Adicionalmente, se señalan las distintas etapas del estudio (artículo 2-5 del Convenio de Espoo).

¹¹⁴ En virtud del principio 17 de dicha Convención, “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

proyecto de construcción de esclusas sobre el río Danubio.¹¹⁵ En el mismo sentido, en el caso relativo a la *Reclamación de tierras de Singapur en el interior y en las proximidades del estrecho de Johor*¹¹⁶ y *Fábrica MOX*,¹¹⁷ los argumentos de las partes se centraban en la existencia y en las características de los estudios de impacto ambiental, preparados por una de las partes en dichas controversias.

En el presente caso, la Corte señaló, en primer lugar, que las partes estaban de acuerdo respecto a la existencia de una obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en presencia de actividades susceptibles de generar un daño ambiental transfronterizo, pero diferían en cuanto al contenido y alcance de dicha obligación. Según Argentina, Uruguay había violado esta obligación porque no había realizado estudios ambientales completos y no había tomado en cuenta todos los posibles impactos potenciales de la planta, de conformidad con la práctica y los estándares internacionales aplicables al contenido del estudio de impacto ambiental transfronterizo.¹¹⁸ Por su parte, Uruguay alegaba que en el derecho internacional no existen condiciones acerca del contenido del estudio de impacto ambiental, y enfatizaba el carácter nacional y no internacional del procedimiento que debe llevar a su realización.¹¹⁹

La Corte señaló que las partes deben preparar un estudio de impacto ambiental respecto a las actividades que sean susceptibles de causar un daño transfronterizo. Asimismo, la Corte añadió que la práctica de realizar un estudio de impacto ambiental “cuando existe un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido” “en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados” y “puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general”. Dicho en otros términos, la Corte consideró que la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental forma parte del derecho internacional general (o consuetudina-

¹¹⁵ (*Hungary/Slovakia*), réplica de Hungría, 20 de junio de 1995, p. 30.

¹¹⁶ TIDM, *Travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor Malaisie c. Singapour*, solicitud de medidas cautelares, 4 de septiembre de 2003, disponible en: http://www.ilos.org/case_documents/2003/document_fr_223.pdf.

¹¹⁷ TIDM, *Usine MOX, Irlanda c. Reino Unido*, solicitud de medidas cautelares, 9 de noviembre de 2001, párr. 82-3, disponible en: http://www.ilos.org/case_documents/2001/document_fr_191.pdf.

¹¹⁸ En particular, Argentina invocaba las disposiciones de la Convención de 1991 sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (o Convención de Espoo) y los Principios de Evaluación del Impacto Ambiental del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 1987.

¹¹⁹ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 203.

rio). La Corte afirmó que dicha obligación se relaciona con la debida diligencia y el deber de vigilancia y de prevención.¹²⁰

Esta postura de la Corte fue confirmada en su jurisprudencia posterior. En particular, en los casos acumulados *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan*, la Corte consideró que “podría considerarse hoy un requisito bajo el derecho internacional general llevar a cabo un estudio de impacto ambiental cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial, en particular, en un recurso compartido”.¹²¹ En dichos asuntos se trataba de la realización de estudios de impacto ambiental en relación con proyectos de construcción de un sistema de dragado y de una carretera en el área del río San Juan, que marca la frontera entre Costa Rica y Nicaragua.

En el presente caso, la Corte también manifestó que ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general especifican el alcance y contenido de un estudio de impacto ambiental, y recordó que Argentina y Uruguay no son partes de la Convención de Espoo. Por lo tanto, según la Corte,

...corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso, teniendo en consideración la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su posible impacto adverso sobre el medio ambiente además de la necesidad de ejercitar la diligencia debida durante la realización de ese estudio.

Una vez más, esta argumentación de la Corte fue retomada en los casos acumulados sobre el río San Juan. En dichos asuntos, la Corte afirmó que “le corresponde a cada Estado determinar en su legislación doméstica o en el proceso de autorización del proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso, teniendo en consideración varios factores”.¹²² Cabe señalar que esta postura reiterada de la Corte retoma la posición de la Comisión de Derecho Internacional al respecto.¹²³

¹²⁰ *Ibidem*, para. 204.

¹²¹ *Idem*.

¹²² Párr. 157 de la sentencia.

¹²³ De esta manera, la Corte siguió lo establecido en este sentido en el Proyecto de artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas. En particular, en los comentarios a dicho proyecto, la CDI señala que “La determinación detallada del contenido de la evaluación se deja al derecho interno del Estado que la efectúe” (CDI, *Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Prevención de Daños Transfronterizos Resultantes de Actividades Peligrosas*, p. 450).

No obstante, como lo manifestaba Argentina, sí existen instrumentos de derecho internacional que contienen disposiciones específicas respecto al contenido del estudio de impacto ambiental.¹²⁴ Por lo tanto, la actitud reiterada de la Corte en considerar que el derecho internacional no establece ningún tipo de requisitos en cuanto al contenido mínimo del estudio de impacto ambiental se sitúa en claro retroceso con las normas convencionales aplicables en la materia.

En el caso particular, Argentina alegaba que el estudio de impacto ambiental realizado por Uruguay era inadecuado, porque no contenía un análisis de alternativas para la elección del sitio de la planta, y que, además, el sitio elegido era particularmente sensible a daños ecológicos. La Corte rechazó los argumentos de Argentina y no consideró inadecuada la elección del sitio para la construcción de la planta de celulosa.¹²⁵ Además, la Corte señaló que Uruguay había cumplido con su deber de debida diligencia, visto que en su estudio de impacto ambiental efectivamente había tomado en cuenta otras alternativas para el establecimiento de la planta.

Finalmente, la Corte examinó la posibilidad de consultar a las poblaciones aledañas a la planta Orión como parte de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. Argentina argumentaba que existían obligaciones precisas al respecto en el derecho internacional, en particular conforme a la Convención de Espoo de 1991 y al Proyecto de la CDI sobre la Prevención de los Daños Transfronterizos Resultantes de Actividades Pe-

¹²⁴ En relación con esto, en la Convención de Espoo se establece que cualquier estudio de impacto ambiental debe incluir ciertos elementos. El artículo 4 de la Convención dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II de la propia Convención. En ese apéndice (“Contenido del Expediente de Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente”) se enumeran los nueve puntos siguientes: “a) Descripción de la actividad proyectada y de su objeto; b) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo concerniente al lugar de implantación o a la tecnología) que puedan razonablemente considerarse, sin omitir la opción «cero»; c) Descripción del medio ambiente que es probable que se vea sensiblemente afectado por la actividad proyectada y las soluciones de sustitución; d) Descripción del impacto que la actividad proyectada y las soluciones de sustitución pueden tener en el medio ambiente y estimación de su importancia; e) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en lo posible el impacto negativo en el medio ambiente; f) Indicación precisa de los métodos de previsión y de las hipótesis de base seleccionadas, así como de los datos ambientales pertinentes utilizados; g) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la compilación de los datos requeridos; h) Cuando proceda, resumen de los programas de control y gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores; i) Resumen no técnico con inclusión, si fuere necesario, de una presentación visual”.

¹²⁵ (*Argentina v. Uruguay*), fallo..., *cit.*, para. 214.

ligosas de 2001. Por su parte, Uruguay negaba la existencia de dichas obligaciones y alegaba que, efectivamente, había llevado a cabo una consulta a las poblaciones aledañas. La Corte consideró que la obligación de consultar a las poblaciones afectadas no se deriva de los instrumentos invocados por Argentina, y que dichas consultas sí tuvieron lugar.¹²⁶

B. La tecnología de la producción utilizada por parte de Uruguay

Según Argentina, Uruguay había violado sus obligaciones de protección del medio ambiente del río porque no había utilizado las mejores tecnologías disponibles para la construcción y funcionamiento de la planta de celulosa Orión. Por su parte, Uruguay sostenía que dicha planta empleaba las tecnologías más avanzadas del mundo en la materia. En este sentido, la Corte notó que

...las obligaciones de prevenir la contaminación y proteger y preservar el medio acuático del Río Uruguay, establecidas en el artículo 41 (a), y el ejercicio de la diligencia debida que ello implica, trae aparejado una consideración cuidadosa de la tecnología a ser utilizada por la planta industrial a ser establecida, particularmente en un sector como la producción de celulosa, que usualmente involucra el uso o producción de sustancias que tienen un impacto en el medio ambiente.¹²⁷

En el caso particular, la Corte mencionó que no existían pruebas suficientes de que la descarga de la planta Orión hubiera excedido los estándares de efluentes establecidos en la regulación pertinente de manera a demostrar que Uruguay no utilizó las mejores tecnologías disponibles en la materia.¹²⁸

C. Impacto de las descargas en la calidad de las aguas del río

Sobre este punto, la Corte mencionó que las partes habían presentado una importante cantidad de datos fácticos y científicos respecto a la calidad del agua del río y a la presencia de contaminantes en la misma. La Corte también resaltó que las partes estaban en desacuerdo sobre los ni-

¹²⁶ *Ibidem*, para. 215-219.

¹²⁷ *Ibidem*, para. 223.

¹²⁸ *Ibidem*, para. 220-228.

veles de contaminantes, presentes en el agua antes de la puesta en marcha de la planta Orión (línea de base) y los resultados de las mediciones efectuadas después del inicio de funcionamiento de esta respecto a una serie de sustancias, en particular, el oxígeno disuelto, el fósforo, las sustancias fenólicas, los nonilfenoles y las dioxinas y furanos. La Corte examinó con detenimiento los resultados de las mediciones para cada uno de estos contaminantes y concluyó que no existían pruebas suficientes que demuestren claramente que el aumento de la presencia de dichos contaminantes en el agua del río fue el resultado directo de la puesta en operación de la planta Orión.¹²⁹

D. Efecto sobre la biodiversidad

Argentina consideraba que Uruguay no había tomado todas las medidas para proteger y preservar la biodiversidad del río Uruguay de los efectos dañinos de la planta de celulosa. Asimismo, Argentina invocaba que se habían detectado algunas anomalías en varios organismos acuáticos, y que estos efectos sobre la biodiversidad eran el resultado directo de la puesta en operación de la planta Orión. Por su parte, Uruguay negaba que tales daños y alteraciones se hayan producido como consecuencia de la actividad industrial de la planta de Botnia.

La Corte consideró que, en virtud de su obligación de preservar el medio acuático, las partes tenían el deber de proteger la flora y la fauna del río. No obstante, la Corte notó que los datos presentados no permitían concluir que Uruguay había violado su obligación de preservar el medio acuático y de proteger su fauna y su flora, porque no se había establecido una clara vinculación entre las descargas de la planta Orión y las anomalías biológicas que presentaban algunos organismos acuáticos que habitan el río.¹³⁰

En consideración de todo lo anterior, la Corte concluyó que Uruguay no había violado el artículo 41 del Estatuto de 1975. No obstante, la CIJ instó a las partes a permitir a la CARU seguir vigilando la utilización racional y óptima del río y las actividades de la planta Orión para evitar que éstas causen daños al medio acuático.¹³¹

¹²⁹ *Ibidem*, para. 229-259.

¹³⁰ *Ibidem*, para. 260-263.

¹³¹ *Ibidem*, para. 265-267.

V. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE URUGUAY POR LA VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PROCESALES DEL ESTATUTO DE 1975

Finalmente, en la última parte de la sentencia, la Corte examinó los argumentos presentados por Argentina respecto a la responsabilidad internacional de Uruguay y la consecuente obligación de reparación a su cargo. Argentina solicitaba a la Corte, declarar que Uruguay había incurrido en responsabilidad internacional por haber incumplido con las obligaciones sustantivas y procesales del Estatuto de 1975. La Corte consideró que el reconocimiento del carácter ilícito de la violación por parte de Uruguay de sus obligaciones procesales constituía “*per se* una medida de satisfacción para Argentina”. En la opinión de la Corte, visto que dichas violaciones se habían producido en el pasado y ya habían terminado, no había necesidad de ordenar su cese.

No obstante, Argentina invocaba el carácter íntimamente relacionado de las obligaciones procesales y sustantivas establecidas en el Estatuto y la imposibilidad de disociarlas en la determinación de la reparación. Según Argentina, aun si las violaciones procesales habían cesado, sus efectos persistían, y, por lo tanto, la reparación debía consistir en “restablecer la situación que existía antes de que los actos internacionalmente ilícitos fueron cometidos”, lo que en aplicación del principio *restitutio in integrum* implicaba que la planta Orión fuera desmantelada. Por su parte, Uruguay sostenía que las obligaciones procesales son distintas de las obligaciones sustantivas, y que la restitución no sería una forma apropiada de reparación de las obligaciones procesales.

La Corte citó el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*¹³² para recordar que “lo que constituye «una forma adecuada de reparación» claramente varía dependiendo de las circunstancias concretas que rodean cada caso...”. Asimismo, la Corte manifestó que en las circunstancias del caso particular, la restitución debía ser apropiada al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la naturaleza del acto ilícito que la había causado.¹³³ La Corte concluyó que

...como Uruguay no estaba impedido de continuar con la construcción y el funcionamiento de Botnia después de la expiración del período de negociaciones y no violó las obligaciones sustantivas bajo el Estatuto de 1975, orde-

¹³² CIJ, *Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States of America)*, fondo, fallo, 31 de marzo de 2004, para. 119.

¹³³ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, *cit.*, para. 274.

nar el desmantelamiento de la planta no constituiría, en opinión de la Corte, un remedio apropiado por la violación de las obligaciones procesales.¹³⁴

Esta postura de la Corte fue criticada en la opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma. En particular, los jueces señalaron que la mayoría de los principios sustantivos de protección del medio ambiente (por ejemplo, los principios de utilización racional y óptima de un recurso natural, el principio de prevención o el principio de desarrollo sostenible) son de naturaleza general, y frecuentemente están en conflicto los unos con los otros. En estos casos, precisamente, las reglas procesales del derecho ambiental internacional adquieren una fundamental importancia y permiten valorar la existencia o inexistencia de violaciones a los principios sustanciales. Por lo tanto, en la opinión de los jueces, las circunstancias del caso particular no permitían llegar tan fácilmente a la conclusión de que la violación de las obligaciones procesales contenidas en el Estatuto de 1975 no producía ningún efecto en cuanto al respeto de los principios sustanciales previstos en dicho instrumento internacional. Al contrario, la vinculación de las obligaciones procesales y sustanciales debió ser tomada en cuenta en la determinación de la reparación debida a Argentina.¹³⁵

En el mismo sentido, en su opinión disidente, el juez *ad hoc* Vinuesa consideró que la existencia de una violación de las obligaciones procesales había conducido a la violación de las obligaciones sustantivas, previstas en el Estatuto. Dichas violaciones debieron ser tomadas en consideración por parte de la Corte en la determinación del tipo de reparación debida a Argentina. En particular, el juez sugirió que existían circunstancias particulares de naturaleza a justificar que Uruguay otorgara garantías de no repetición hacia el futuro.¹³⁶

Como atinadamente lo señala Trigeaud, esta discusión podría tomar en cuenta el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹³⁷ que establece que una violación grave de un tratado bilateral, independientemente de si se trata de una violación a sus disposiciones procesales o sustanciales, puede convertirse en causa de suspensión o término

¹³⁴ *Ibidem*, para. 275.

¹³⁵ (*Argentina v. Uruguay*), opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y..., *cit.*, para. 26 y 27.

¹³⁶ (*Argentina v. Uruguay*), opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa..., *cit.*, para. 33.

¹³⁷ En virtud del párrafo 1o. de dicha disposición, “una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes faculta a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente”.

de la aplicación del tratado.¹³⁸ No obstante, según este autor, en el caso particular el objeto y fin de las disposiciones procesales del Estatuto de 1975 (artículos 7-12), era distinto del de los artículos 35, 36 y 41, que imponían obligaciones sustanciales a cargo de las partes.¹³⁹ Los dos ámbitos no se unían necesariamente, y podrían recibir un tratamiento distinto.¹⁴⁰ Por lo tanto, no sería justificado ordenar un desmantelamiento de la planta de celulosa como reparación del daño causado a Argentina por la violación de las disposiciones procesales del Estatuto.

VI. CONCLUSIÓN

La resolución de la controversia en el caso *Plantas de Celulosa* manifiesta la voluntad de la Corte de garantizar el cumplimiento de las reglas y principios que rigen en materia de protección internacional del medio ambiente. En este sentido, en dicho asunto la CIJ enfatizó la importancia del respeto del principio de prevención y del deber de debida diligencia a cargo de los Estados para evitar que actividades realizadas en su territorio dañen al medioambiente. Asimismo, la Corte recordó la importancia de las obligaciones de notificación, consulta y cooperación que los Estados deben observar en la gestión y protección de los recursos naturales compartidos. Finalmente, la Corte consagró el valor consuetudinario de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. De esta manera, la sentencia adoptada en el caso *Plantas de Celulosa* presentó un importante avance para la protección judicial de los intereses de los Estados y de la comunidad internacional, en su conjunto, en materia de protección del medio ambiente.

No obstante, la Corte prefirió ser prudente respecto al principio de precaución, y no aceptó modificar algunas reglas que gobiernan su procedimiento contencioso para adecuarlas mejor con el carácter ambiental de la controversia. En particular, la CIJ se negó a aceptar excepciones novedosas a dichas reglas en materia de carga de la prueba, determinación de su competencia y del derecho aplicable a la solución de la controversia. De igual modo, la Corte prefirió no nombrar expertos para valorar los comple-

¹³⁸ Trigeaud, Laurent, *op. cit.*, p. 267.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 270.

¹⁴⁰ Así, por ejemplo, en la opinión del autor, un Estado puede cumplir con todo lo establecido en los artículos 35 y 41 y, posteriormente violar los artículos 7-12. Por lo tanto, una violación de las obligaciones sustanciales en este caso no necesariamente implicaría una violación de las obligaciones procesales. Para que esto fuera así se requeriría la inclusión de una referencia explícita al respecto en el texto mismo del tratado.

jos datos probatorios presentados por las partes, y se consideró competente para apreciarlos y para pronunciarse acerca de su calificación jurídica. No obstante, aun si el tratamiento de estos problemas no recibió una respuesta muy “progresista”, la Corte sí “abrió la puerta” para su posible precisión en casos posteriores, y demostró que en materia de protección del medio ambiente su jurisprudencia avanza en forma “lenta, pero segura”.

A pesar de estos efectos positivos de la resolución de la Corte, ésta no puso fin a la larga “guerra de la celulosa” entre Argentina y Uruguay. En efecto, dicho conflicto siguió generando tensiones mucho tiempo después de la publicación de la sentencia en el caso *Plantas de Celulosa*.

Con el fin de cumplir con sus términos, en agosto de 2010, en una declaración conjunta, los presidentes de Argentina y Uruguay designaron expertos para conformar un comité científico para controlar las actividades de la planta Orión en el río Uruguay.¹⁴¹ En aras de la transparencia, los dos Estados publicaron los informes de dicho Comité el 3 de noviembre de 2016.¹⁴² En junio de 2014, Uruguay adoptó un plan de ampliación de la planta de celulosa sin consultar previamente a Argentina. Como respuesta a estas acciones, Argentina amenazó a Uruguay con introducir una nueva demanda en su contra ante la CIJ.¹⁴³ Más recientemente, en noviembre de 2016, un estudio reveló que la planta Orión sí contaminó el río Uruguay. En particular, el estudio mostró que la planta registró “apartamientos de la normativa” en “sólidos retenibles en varias ocasiones en 4 puntos de los 30 medidos” hasta mayo de 2014.¹⁴⁴ Además, en julio de 2016, el gobierno uruguayo y la empresa UMP anunciaron el inicio de negociaciones para la construcción de una tercera planta de celulosa, 60% mayor en producción e inversión a las dos anteriores. El municipio de Gualeguaychú se pronunció de nuevo en contra de esta construcción. Los habitantes de Gualeguaychú solicitaron al gobierno argentino la adopción de medidas pertinentes para

¹⁴¹ Comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores de Argentina, disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/monitoreo-conjunto-de-la-planta-botnia-upm-y-del-rio-uruguay-nombramiento-de-cientificos>.

¹⁴² Informes correspondientes al monitoreo del comité científico en la planta Orión (UPM-Ex Botnia) y en los ríos Gualeguaychú y Uruguay, disponible en: <http://www.caru.org.uy/web/2016/11/informes-correspondientes-al-monitoreo-del-comite-cientifico-en-la-planta-orion-upm-ex-botnia-y-en-los-rios-gualeguaychu-y-uruguay/>.

¹⁴³ Boeglin, Nicolás, “Argentina anuncia que demandará nuevamente a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia”, *Derecho al Día*, disponible en: <http://derechoaldia.com/index.php/constitucional/constitucional-doctrina/529-argentina-anuncia-que-demandara-nuevamente-a-uruguay-ante-la-corte-internacional-de-justicia-cij>.

¹⁴⁴ Disponible en: <http://www.infobae.com/sociedad/2016/11/02/el-informe-oficial-sobre-la-contaminacion-de-la-ex-botnia-revelo-que-contamino-el-rio-uruguay/>.

lograr el rechazo de la nueva fábrica que se construiría en el área del río Negro, que desemboca en el río Uruguay.¹⁴⁵ El 30 de abril de 2017 hubo nuevas protestas en Gualeguaychú, en el mismo puente San Martín y en contra de la planta de celulosa Orión. En particular, los manifestantes sostuvieron que “en estos últimos años han sucedido hechos gravísimos, hemos pasado de ser una causa nacional a firmar pactos de conveniencia entre los gobiernos de Argentina y Uruguay, sin respetar el dictamen de la Corte Internacional de Justicia de La Haya”. Asimismo, manifestaron que “defendemos nuestra casa común participando de movimientos contra la contaminación en todos sus géneros, nos solidarizamos con todos aquellos luchadores ambientales que han sido brutalmente reprimidos a lo largo y ancho del país y repudiamos estas acciones inhumanas para acallar el reclamo popular”.¹⁴⁶

Estos acontecimientos podrían revivir la controversia entre Argentina y Uruguay y reabrir el debate acerca de la compatibilidad de los proyectos de plantas de celulosa con las normas internacionales aplicables en materia de protección del medio ambiente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARBUET VIGNALI, Heber y VIGNALI GIOVANETTI, Daniel, “Corte Internacional de Justicia, Caso núm. 135, Caso de las fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay, Argentina con Uruguay. Fallo del 20 de abril de 2010”, *Prismas. Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasilia, vol. 8, 2011.
- JUSTE RUIZ, José y BOU FRANCH, Valentín, “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2011.
- PONTE IGLESIAS, María Teresa, “El asunto de la construcción de las plantas de celulosa en las proximidades del río Uruguay a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 2010”, en REY TRISTÁN, Eduardo y CALVO GONZÁLEZ, Patricia, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, septiembre de 2010*, Santiago de Compostela.
- SOHNLE, Jochen, “L’arrêt des usines de pâtes à papier de la CIJ du 20 avril 2010”, *Revue Juridique de l’Environnement*, vol. 35, 2010.

¹⁴⁵ Disponible en: <http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/58052/ante-la-eventual-nueva-planta-de-celulosa-gualeguaychu-pide-apoyo-a-macri>.

¹⁴⁶ *Idem*.

TRIGEAUD, Laurent, “La non-spécificité du droit de l’environnement: à propos de l’affaire relative a des Usines de pâtes a papier sur le fleuve Uruguay”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 58, 2010.

VATNA, Loïc, “L’affaire des usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay: un nouveau différend environnemental devant la Cout Internationale de Justice”, *Revue québécoise de droit international*, vol. 22, 2009.

EL CASO DE LAS PAPELERAS O PULP MILLS, ARGENTINA V. URUGUAY

Sergio PEÑA NEIRA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Historia*. III. *Desarrollo del litigio*. IV. *Opiniones acerca del fallo*. V. *Cumplimiento*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el caso en comento la solución¹ no ha sido satisfactoria en el ámbito ambiental. La condena no fue suficiente, y se hubiera esperado al menos el cese de la producción de contaminación. Además, la Corte centra el asunto en la evaluación de impacto ambiental, la que fomenta, en nuestra opinión, “abuso del derecho”: un país contamina dentro de ciertos límites y no habrá de ser sancionado.

Asimismo, la sentencia distingue entre obligaciones procedimentales y obligaciones sustantivas.

Del mismo modo, forma la cosa juzgada por el rechazo de las pretensiones de las partes. Establece la “satisfacción de las pretensiones” por la mera declaración del derecho y la violación de la obligación, mas no la indemnización.

Aparece, en la sentencia, la idea de “desarrollo sostenible” junto a “justicia” y “equidad” en la división de beneficios del río. Es más, se declaran cargas que implican su explotación sostenible y obligaciones con prestaciones de “no hacer”, es decir, abstenerse de actuación sobre el río evitando contaminación.²

¹ CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, 20 de abril de 2010.

² (“The entire legally technical movement, as outlined here, has in the last analysis the tendency to blur the border line between international law and national law, so that the ultimate goal of the legal development directed toward increasing centralization, appears the organizational unity of a universal legal community, that is, the emergence of a world state”).

Es posible señalar ausencia de consistencia de la sentencia tanto interna como de orden lógico y argumentación de las materias tratadas,³ como externa, donde los efectos en la biodiversidad son obviados por la contaminación (y no de administración) de un recurso natural renovable (agua). En el problema de la “consistencia interna” aparece violentamente el problema de la prueba: si bien se acepta el incumplimiento de una obligación procedimental, el tribunal niega la prueba del incumplimiento de dicha obligación. Asimismo, estamos frente a un objeto físico (el río), que se debe usar preservándolo y no sobreexplotándolo en el sentido de contaminarlo, a fin de obtener un beneficio. La más mínima contaminación siempre afecta la biodiversidad.⁴

1. *Corpus de razonamientos*

Esta es una sentencia que mantiene el criterio de aceptar el conocimiento de disputas entre Estados (criterio Nicaragua)⁵ pese a alegatos de “ausencia de competencia” o comúnmente conocidos como “ausencia de jurisdicción”. Asimismo, mantiene el criterio establecido en la opinión disidente de Álvarez (Sáhara del sudoeste) de un derecho internacional público y Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte) en favor del desarrollo sustentable o sostenible, así como del fallecido juez Weeramantry en el caso Gabčíkovo Nagymaros,⁶ y la Corte en *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v Nicaragua),⁷ *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v Costa Rica)⁸ y *Aerial Herbicide Spraying* (Ecuador v Colombia)⁹ y *Whaling in the An-*

³ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma, 20 de abril de 2010.

⁴ Anglés Hernández, Marisol, “Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de la planta de celulosa del río Uruguay”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. XI, 2011, pp. 77-98.

⁵ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), fondo, fallo, 27 de junio 1986.

⁶ CIJ, *International Status of South West Africa*, Opinión consultiva, opinión disidente del señor Álvarez, 11 de julio de 1950; CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), fallo, 25 de septiembre de 1997; CIJ, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Opinión consultiva, opinión disidente del juez Weeramantry, 8 de julio de 1996, p. 433.

⁷ CIJ, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v Nicaragua), fondo, fallo, 16 de diciembre de 2015.

⁸ CIJ, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v Costa Rica), fondo, fallo, 16 de diciembre de 2015.

⁹ CIJ, *Aerial Herbicide Spraying* (Ecuador v. Colombia), que fue iniciado en 2008, pero no fue concluido por sentencia.

tarctic (2014).¹⁰ Es decir, es posible considerar que la existencia de ciertos razonamientos comunes constitutivos por un “corpus” unido a circunstancias análogas (principalmente de carácter medioambiental), hacen posible suponer una misma solución. Esto no es el objeto de análisis de este artículo, pero es necesario mencionarlo a fin de entender el marco analítico de la Corte.

2. *El problema principal: quien contamina pagar o pagar por contaminar*

El problema principal es el de contaminar como consecuencia de desarrollarse económicamente, y un problema anexo es si la más mínima contaminación es suficiente para encontrarse en la situación jurídica de responsabilidad internacional. La pregunta es si la Corte Internacional de Justicia entiende el problema de la contaminación en materia de aguas que se encuentran sometidas, por su naturaleza, a la soberanía y los derechos soberanos de dos o más Estados. Además, es necesario reconceptualizar “soberanía” y “derechos soberanos” como fórmula de protección a los “objetos jurídicos” sobre los que recaen tales derechos, y no pensarla como una mera fuente de rechazo a la intromisión de terceros auxiliando a la posibilidad de abusar de los derechos derivados de la soberanía.¹¹ Si el derecho internacional se aplica a los problemas ambientales (internacionales y nacionales), entonces la prevención y reparación será más efectiva, porque habrá vínculos jurídicos a cumplirse, como ocurre con los tratados internacionales expresados por la sentencia.

II. HISTORIA

1. *Historia anterior al litigio*

Durante la década de 1970 a 1990 se plantaron en Uruguay doscientas mil hectáreas de bosque de eucaliptos, cuyo principal destino era, dada la naturaleza del árbol, ser pulpa de celulosa.¹² En 1975, el Estatuto del Río Uruguay

¹⁰ CIJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fondo, fallo, 31 de marzo de 2014.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1982, pp. 346 y 347.

¹² Lago, Horacio Daniel, *La vigencia del Estatuto del río Uruguay (Ley 21.413 Estatuto, 9 septiembre de 1976) como elemento de la defensa nacional*, Buenos Aires, Instituto de Enseñanza Superior del Ejército, 2012, p. 6.

(un tratado internacional) fue firmado por Argentina y Uruguay, donde en su artículo 7 se puede leer que

La Parte que proyecte... la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar... la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte. Si así se resolviera o no se llegare a una decisión al respecto, la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra Parte a través de la misma Comisión. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará... a la calidad de sus aguas.¹³

Como explicación, es necesario indicar que la referencia a la “Comisión” en el texto citado alude a la denominada Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU, en adelante),¹⁴ encargada de conocer y regular el uso que incluye “utilización del río por cualquiera de las partes”. El procedimiento se describe en el artículo citado: doble aviso y notificación, esencial esta última, supuesta una alteración de la calidad de las aguas. Es un “caso de manual”, donde el “aprovechamiento” o “utilización” es esencial como concepto para entender el problema jurídico que se suscita.

2. *Multiplicidad de visiones en torno al conflicto*

En 2002, el gobierno uruguayo, presidido por Jorge Batlle, negoció con empresas multinacionales un proyecto similar. Con ENCE (española) negoció un proyecto denominado “M’Bopicuá”, y con Botnia (finlandesa), un proyecto denominado “Orión”. Los mismos consistieron en construir dos plantas, una por empresa. Ambas plantas se destinarían a la producción de celulosa producto de las plantaciones de eucaliptos y otros árboles, ya indicados más arriba.¹⁵ El problema jurídico ambiental se suscitó con la construcción de las plantas “Orión” y “M’Bopicuá”, por cuanto los ciudadanos de Argentina en la ciudad inmediatamente enfrente al lugar donde empezó a ejecutarse la

¹³ Texto completo del Estatuto del Río Uruguay, *El Cronista*, 26 de febrero de 2006, disponible en: <https://www.cronista.com/impresageneral/Texto-completo-del-Estatuto-del-Rio-Uruguay-20060301-0077.html>.

¹⁴ Anglés Hernández, Marisol, *op. cit.*, p. 78.

¹⁵ Para una descripción: López, Sebastián, “El asunto de las plantas celulósicas del río Uruguay”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 3, pp. 850 y ss.

construcción (Gualeguaychú) se opusieron. Ellos llegaron a constituirse como “grupo de presión ciudadana”, que impidió el transporte terrestre desde y hacia Uruguay (específicamente ciudad de Fray Bentos) en el puente que existe en esa zona (internacional General San Martín) sobre el río Uruguay.¹⁶ En algunos casos, se miró a este caso como un problema limítrofe.¹⁷

Es necesario indicar que el conflicto es jurídico; sin embargo, ha sido analizado desde diferentes ángulos, como la política internacional,¹⁸ su transformación,¹⁹ sociopolíticos,²⁰ aproximación a los principios,²¹ etcétera.

III. DESARROLLO DEL LITIGIO

Demanda Argentina a Uruguay (4 de mayo de 2006) presentada ante la Corte. Brevemente es posible indicar la contaminación y la falta de notificación de construcciones cerca del río cuyos desechos habrían de afectar al río Uruguay como fundamentos.

1. *La competencia*

La “cláusula compromisoria” contenida en el artículo 60 del Tratado de 1975 entrega la competencia material a la Corte Internacional de Justicia

¹⁶ Lago, Horacio Daniel, *op. cit.*, pp. 7-9; Ponte Iglesias, María Teresa, “El asunto de la construcción de las plantas de celulosa en las proximidades del río Uruguay a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 2010”, en Rey Tristán, Eduardo y Calvo González, Patricia, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, septiembre de 2010*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp. 2298-2320; Anton, Donald K., “Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgement) [2010] ICJ Rep (20 April 2010)”, *Australian International Law Journal*, 2010; ANU College of Law Research Paper, núm. 10-84.

¹⁷ López, Sebastián, *op. cit.*, p. 850.

¹⁸ Hernández Beloqui, Juan, “El conflicto de las papeleras entre Argentina y Uruguay: ¿resolución o transformación?”, *ICIP Working Papers*, Barcelona, Institut Català Internacional per la pau, 2013/13, 2013.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Arbuert Vignali, Herbert y Vignali Giovanetti, Daniel, “Corte Internacional de Justicia, caso núm. 135, Caso de fábricas de celulosa sobre el río Uruguay, Argentina con Uruguay. Fallo de 20 de abril de 2010”, *Prismas. Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, vol. 8, núm. 1, jan-jun, 2011, pp. 147-214.

²¹ Borrás, Susana, “El desenlace del conflicto de la celulosa: Argentina v. Uruguay”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I, núm. 1 (2000), pp. 1-45.

concordado con el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto.²² Sin embargo, las razones o fundamentos para la ausencia de competencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de contaminación visual, ruidos y malos olores contenidos en el artículo 36 del tratado (no se refiere a un “Estatuto” como se indica en algunas publicaciones) de 1975, no son aplicables. Asimismo, es necesario considerar que se concedía la competencia específica a la Corte: la contaminación sobre calidad de las aguas. Además, son obligaciones de carácter sustantivo, y marcarán el objeto de este artículo. Lamentablemente, un mínimo de contaminación no resulta aceptable; es contaminación, y debe ser sancionada.²³ El “uso racional del río” es un elemento relevante cuando existe una necesidad de determinación de quién tiene derecho a qué en materia de administración del río. Si un Estado tiene derechos sobre una parte del río no significa abuso del derecho(s).²⁴ La Corte indica que tiene competencia para conocer sólo lo que se encuentra consignado en el Tratado de 1975, y que no la rigen las afirmaciones de las partes, y la competencia reconocida excluye ruidos, malos olores y contaminación visual (algunos de los temas discutidos en esta discusión).²⁵

La referencia a “derecho y obligaciones emergentes de tratados u otros acuerdos vigentes para cada una de las partes”²⁶ es relevante para efectuar análisis del problema jurídico que se desdobra. Asimismo, como elementos de interés, el texto en español del acuerdo es un punto de partida para los jueces. Este análisis, denominado por Andrés Bello “gramatical”, y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “de las palabras”, es considerado *stricto sensu*, sin embargo, todo el razonamiento de La Corte se golpea con la decisión, la competencia de la Corte se limita al Tratado de 1975.²⁷

2. *Las pretensiones*

En esta materia habría habido obligaciones procedimentales y obligaciones sustantivas violentadas. Las obligaciones procedimentales se pueden

²² (Argentina vs. Uruguay), fallo..., *cit.*, para. 48.

²³ *Ibidem*, para. 49-51.

²⁴ Peña Neira, Sergio, *La equidad en la utilización de los recursos genéticos naturales defendiendo los derechos de los sujetos internacionales. Interpretación, aplicación y derecho comparado*, La Rábida, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, p. 405.

²⁵ (Argentina vs. Uruguay), fallo..., *cit.*, para. 52.

²⁶ *Ibidem*, para. 53-55.

²⁷ Bello, Andrés, Código Civil, República de Chile, Santiago de Chile, 2016, artículo 19; Organización de Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Naciones Unidas, Viena, 1967, artículo 31, CIJ, Argentina vs. Uruguay, *cit.*..., para. 66.

considerar de forma independiente entre sí y, a la vez, de manera conjunta. Así, se deben considerar las obligaciones procedimentales en el artículo 7, que consisten en “informar”, “notificar” y “negociar” para obtener “óptimo y racional utilización del río como un recurso compartido”. El supuesto es que el “recurso natural” sobre el cual existen derechos de las partes tiene un “ser real”, puede ser percibido por los sentidos; es decir, es tangible y no eventual, sino actualmente determinable.

El agua y su situación jurídica es posible de ser observada en su conjunto y de manera independiente respecto de sus actividades y recorridos. Hoy, además, es medible su caudal y su pureza. Asimismo, la relación con la diversidad de seres vivos semovientes o no en el agua, con la pureza del ambiente es definible previamente, constantemente. Es posible de definir luego de haberse aplicado en el agua productos considerados desechos, provocando “contaminación” por normas jurídicas internacionales. En esta materia, a fin de definir la intervención en un área determinada de la tierra, la Corte ha propuesto la denominada “evaluación de impacto ambiental”. Sin embargo, un procedimiento destinado a la evaluación de actos humanos sobre el medio ambiente no puede convertirse en su esencia transformándose desde una prevención a una permisión. En este sentido, no es menor la “obligación de informar” y de “informar previamente” (a la autorización) a la Comisión Administrativa del Río Uruguay (CARU) (sobre los actos en el río y la definición de CARU de la existencia de un riesgo), de notificar a la contraparte, de notificar sobre la evaluación de impacto ambiental. Existe además una pregunta sobre derogación de las obligaciones procedimentales del 2 de marzo de 2004 no contestada claramente. Asimismo, aparece la obligación de negociar de “buena fe”: si hay o no hay obligación de construcción durante el periodo de negociación. Finalmente, el problema de la obligación de una de las partes (Uruguay), siguiendo el término del proceso de negociación, de abstenerse o de continuar con los permisos de construcción de las papeleras.²⁸

En cuanto a las obligaciones sustantivas, aparece la de la “carga de la prueba” y la “aproximación precautoria” sin modificación del *onus*, porque éste es el problema de la prueba de “expertos”, ya que debió haberse empleado a expertos o peritos para determinar si existía una contaminación del río Uruguay. Es decir, fue suficiente el que una de las partes proveyera o no de dicha prueba (y finalmente fuera insuficiente) o el tribunal debió o no exigir los peritajes correspondientes. Salta a la vista, además, el problema de un conflicto real. Esto, por cuanto la decisión del tribunal pareciera enmarcarse

²⁸ (Argentina vs. Uruguay), fallo..., *cit.*, para. 67-158.

en la idea de un conflicto artificial creado por personas naturales (los denominados actores), y carente de fundamentación científica. Asimismo, aparece la necesidad de una “racional y óptima utilización” del río Uruguay por cuanto al usarse por una de las partes como medio para depositar los efluvios de la planta se procedía a contaminar el río y a abusar de sus derechos. En este contexto, se discuten las obligaciones del tratado sobre protección al medio ambiente y la “administración” del río (en este aspecto una equitativa y racional utilización del río como parte del desarrollo sustentable es desarrollo económico y protección ambiental, y no sólo crecimiento económico producto de la construcción de plantas de celulosa). Es necesario mencionar la obligación de asegurar que no se cambie en su cualidad a suelos y bosques, provocando gran impacto en la biodiversidad. Ese cambio modifica la configuración del agua como elemento para el consumo y la vida de los seres vivos del río. Se discute también la “obligación” de contar con medidas de coordinación para evitar cambios al ambiente ecológico. Asimismo, la obligación de debida diligencia de avisar es parte relevante, y, por otra parte, de no contaminar de manera alguna, de prevenir contaminación y preservar el medio ambiente acuático y de efectuar evaluación de impacto ambiental. La tecnología de producción en la papelera en cuanto tecnología de última generación y carezca de impacto en el ambiente y en las personas es un elemento fundamental para alcanzar la solución al conflicto relativo a la contaminación o no contaminación de las aguas. Esto se relaciona necesariamente con el impacto de las descargas en la calidad del agua del río.²⁹

3. *Medidas provisionales contra Uruguay (planteadas el 4 de mayo de 2006, rechazadas 13 de julio de 2006)*³⁰

Argentina solicitó que la Corte decretara medidas provisionales, suspensión inmediata de todas las autorizaciones para la construcción de usinas, y que se mantuviera tal suspensión hasta el 28 de junio de 2006.³¹ La ausencia de prueba de Argentina por posible contaminación, buena fe se entiende de las palabras de su agente (con relación al monitoreo del río), es el fundamento del rechazo de la solicitud de medida provisional.³²

²⁹ *Ibidem*, para. 159-266.

³⁰ (Argentina v. Uruguay), medidas cautelares, solicitud de medidas cautelares por el gobierno de la República de Argentina, 4 de mayo de 2006.

³¹ *Ibidem*, p. 4, lettre “D”.

³² (Argentina v. Uruguay), medidas cautelares, orden, 13 de julio de 2006, para. 76 y ss.

4. *Medidas provisionales solicitadas por Uruguay contra Argentina (fallo 19 diciembre 2006)*³³

Asimismo, Uruguay solicitó tomar medidas razonables y apropiadas, según determine la Corte, para prevenir o finalizar con la interrupción del tránsito entre Uruguay y Argentina (incluyendo bloqueo de puentes y caminos entre los Estados). Asimismo, se solicitó que se abstuvieran de tomar medidas que agraven, extiendan o hagan más difícil la solución de este problema, y de perjudicar los derechos de Uruguay ante la Corte.³⁴ Del mismo modo que en el caso argentino, estas fueron rechazadas.³⁵

5. *Sentencia del 20 de abril de 2010*

La sentencia fue dictada por la Corte en la fecha reseñada en el título, siendo los resultados como siguen:

- 1) 13-0: violación o incumplimiento de obligaciones procedimentales (Tratado sobre el río Uruguay, artículos 7 al 12).
- 2) 11-3: no violación o incumplimiento de obligaciones sustantivas (Tratado sobre el río Uruguay, artículos 35, 36, 41).³⁶
- 3) Unanimidad: rechazan toda otra solicitud de las partes.

6. *La ausencia de resolución*

Luego de observar la participación de sujetos y grupos de personas en contra o a favor de la explotación maderera, las emanaciones de olores, las evacuaciones de productos nocivos después del proceso químico en las plantas y su llegada al río Uruguay, es dable indicar la ausencia de resolución de la Corte del problema principal, de fondo: hubo o no hubo contaminación, y si la hubo, ¿fue ésta suficiente para provocar contaminación destructiva para la vida en el río y sus alrededores?

³³ (Argentina v. Uruguay), medidas cautelares, solicitud de medidas cautelares por Uruguay, 30 de noviembre de 2006.

³⁴ *Ibidem*, núm. IV, para. 29.

³⁵ (Argentina v. Uruguay), medidas cautelares, orden, 23 de enero de 2007, p. 16, para. 47 y ss.

³⁶ (Argentina v. Uruguay), fallo..., *cit.*, para. 282.

Cualquier contaminación afecta el medio ambiente, pero de acuerdo con la noción de “desarrollo sustentable” sostenida por la Corte misma, pareciera contradecir la afirmación.³⁷ Tal principio indica que se debe “reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente”, en razón de que durante

...años la humanidad, por razones económicas y de otro tipo, ha constantemente interferido con la naturaleza. En el pasado eso fue constantemente efectuado sin consideración de los efectos sobre el medio ambiente. Debido a nuevos descubrimientos científicos y a una creciente capacidad de conciencia del riesgo para la humanidad... de proseguir dichas intervenciones a una velocidad desconsiderada e imposible de contener, nuevas normas y nuevos estándares han sido desarrollados, establecidos en un número muy grande de instrumentos durante las últimas dos décadas. Estas nuevas normas deben ser tomadas en consideración y a tales nuevos estándares debe darse un peso suficiente, no sólo cuando los Estados contemplan nuevas actividades, sino también cuando continúan con actividades iniciadas en el pasado.³⁸

Sin embargo, dado el concepto tan general hubo críticas al mismo.³⁹

Este concepto no fue debidamente aplicado por la Corte en el caso en comento. No aparecen referencias al problema singular de la contaminación en el río, y menos aún a la intervención en él. Es más, no hubo referencia a la posibilidad de una mayor exigencia en materia de contaminación, desde la época en que se celebró el tratado hasta el momento en que se dicta la sentencia. En la aplicación del concepto correspondiente establecido por la Corte en la década de los noventa no hubo consideración de los mínimos y máximos de contaminación. Lo que es más grave: no hay una referencia a la contaminación existente en el río hasta la fecha. De la sentencia, entonces, se puede deducir que no se tomó en serio el problema de la contaminación o se consideró el mismo, pero se rechazó el exigir pruebas sobre el asunto. Si se hubieran aplicado “estándares” a fin de cumplir con los “instrumentos” (la Corte tiene necesariamente la posibilidad de aplicar “principios”⁴⁰ que se contienen en leyes nacionales)

³⁷ (*Hungary/Slovakia*), fallo..., *cit.*, p. 78, para. 140.

³⁸ *Idem*.

³⁹ A-Kavhari, A. y Rothwell, D., “The ICJ and the Danube Dam case: A missed opportunity for international environmental law?”, *Melbourne University Law Review*, vol. 22, 1998, pp. 507-536.

⁴⁰ *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión disidente del juez Weeramantry..., *cit.*

hubiera bastado revisar comparativamente los requisitos mínimos y máximos de contaminación acuática en países desarrollados para poder definir si existía o no contaminación.⁴¹

IV. OPINIONES ACERCA DEL FALLO

1. *Opiniones generales*

Según indican algunos autores, es el caso más relevante en medio ambiente conocido por la Corte, porque se extiende a todas las materias relacionadas con el “uso equitativo”, protección del medio ambiente, desarrollo sustentable, temas económicos (inversión de varias empresas en las dos papeleras), proceso de interpretación “derecho internacional evolutivo”; ello sin aceptar que se incorporaran obligaciones internacionales en virtud del tratado de 1975, pero sí por los tratados internacionales de los cuales los Estados eran partes.⁴² Es necesario contar con una evaluación de impacto ambiental para cualquier proyecto que implique poder provocar impacto ambiental internacional. Asimismo, “...declara la posición de y trata de clarificar el contenido de la evaluación del impacto ambiental y el desarrollo sostenible como normas de derecho internacional”.⁴³

2. *Opiniones disidentes conjuntas Al-Khasawneh- Simma*

Los jueces Al-Khasawneh y Simma indican que la sentencia se refiere a la protección del ambiente y la salud humana;⁴⁴ acogen la violación de Uruguay de la obligación de informar, obligación procedimental, y exponen problemas de prueba en material internacional, particularmente el actuar del tribunal frente a la necesidad de probar el ilícito internacional. Metodológicamente existen fallos en materia de hechos científicos, y se

⁴¹ Un ejemplo es la ley de Estados Unidos sobre el tema.

⁴² Boyle, Alan, “Pulp Mills Case: A Commentary”, *British Institute of International and Comparative Law*, p. 4, disponible en: www.biicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf.

⁴³ Boyle, Alan, “Developments in international law of EIA and their relation to the Espoo Convention”, *Revue of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 20, Issue 3, pp. 227 y 228.

⁴⁴ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma..., *cit.*, para. 1.

omitió efectuar actos respecto de hechos científicos disputados.⁴⁵ Existiría un “método deficiente de encontrar hechos científicos”, y con esto no pueden aceptar o rechazar que exista o no exista una violación de una obligación contenida en el Tratado de 1975.⁴⁶ Es más, los autores, en lo que es *leitmotiv* de esta contribución (la contaminación), indican que la Corte falló en una evaluación comprensiva (“sistemática”, en el lenguaje jurídico hispano) de los riesgos (*comprehensive risk assessment*).⁴⁷ En este sentido, los autores suponen una visión diferente a la expresada por el autor del artículo (reparación), por una visión de mirada adelantada (aproximación prospectiva), que incluye la mencionada evaluación comprensiva de los riesgos. Esta visión es acorde, según los disidentes, con la sentencia del caso Gabčíkovo-Nagymaros, en cuanto “vigilancia y prevención”⁴⁸ serían los elementos esenciales en las decisiones en materia ambiental. Esto es el fundamento de la actitud del tribunal en cuanto a la prueba. El giro que proponen los autores de una actitud pasiva de la Corte a una actitud activa lleva a que se considere el uso de “conocimiento pericial científico y técnico externo”⁴⁹ que funde una evidencia entendible para el razonamiento y formulación de la decisión de la Corte basado en una matriz, que es explicada por los disidentes en su pronunciamiento.⁵⁰

De lo anterior y otras consideraciones, los disidentes, además, establecen que aparece una excepción al principio *iura novit curia* a través del principio *factum novit curia*. Necesidad de contar con nuevos elementos que auxilien en material internacional, a fin de desarrollar la prueba versus el rol del tribunal. Metodológicamente existieron ausencias en la evaluación de la Corte de la evidencia científica, con lo cual, en apretada síntesis, los disidentes indican que podría haber una violación de las normas sustantivas del Tratado de 1975.⁵¹ Los disidentes reiteran que se trata de un caso de contaminación transfronterizo.⁵² Esto ha llevado a que la Corte resuelva el asunto de manera formal utilizando la “carga de la prueba” y evitando asumir una opción de mirar a la prueba para producirla ella a través de peritos, lo que he denominado *factum novit curiae*. Lo anterior, con base en

⁴⁵ *Ibidem*, para. 2.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 22.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibidem*, para. 23.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, para. 1.

⁵² *Idem*.

el artículo 50 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, citado en la disidencia.⁵³

3. *Opinión separada del juez Keith*⁵⁴

La opinión del juez Keith se vincula con el tema de la prueba y su necesidad de tecnicidad en estas materias. Esto dice relación con la actividad del tribunal cuando debe resolver un asunto “de hecho” o conflicto jurídico vinculado a los elementos materiales de la norma jurídica violentada.⁵⁵ Se concentra en los informes técnicos, donde equipos multidisciplinarios midieron los efectos de las papeleras en el medio ambiente del río.⁵⁶ Las mismas no son “significativas en términos de la evaluación del impacto de la operación de la planta de la calidad del agua en el río”.⁵⁷ Esto lleva a considerar que Argentina no fue capaz de probar la violación de la obligación internacional sustantiva de haberse afectado la “calidad del agua”.⁵⁸ Sin embargo, lo interesante es la discrepancia con la opinión referida anteriormente; así, considera innecesaria la solicitud de peritos y peritajes por la Corte, debido a que tales peritajes, presentados por Argentina, no podrían llevar a otra conclusión, porque serían efectuados con la misma metodología y tiempo que el presentado por el referido país.⁵⁹ El disidente expone su opinión de que en los actos que ejecutara Uruguay existía una disminución o violación de la “buena fe” de parte de Uruguay, porque no negoció ni aplicó debidamente el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el caso del cumplimiento del Tratado de 1975.⁶⁰ Esto se desarrolla o aplica a los 180 días desde el reclamo argentino hasta la presentación de la demanda ante la Corte.⁶¹ Sin embargo, de no llegarse a un acuerdo, indica el juez que Uruguay podía continuar con las obras. Es más, concluye que al entregar autorizaciones Uruguay durante las negociaciones no hubo incumplimiento de la obligación de negociar de “buena fe”.⁶²

⁵³ *Ibidem*, para. 8.

⁵⁴ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Keith, 20 de abril de 2010.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 121(111).

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 122(112), 123(113).

⁵⁷ *Ibidem*, para. 7, *in fine*.

⁵⁸ *Ibidem*, para. 8.

⁵⁹ *Ibidem*, para. 11.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 17.

⁶¹ *Ibidem*, para. 18.

⁶² *Ibidem*, para. 25.

4. *Opinión separada del juez Cançado Trindade*⁶³

Esta opinión separada se centra principalmente en principios (prevención y precaución, ambos aceptados por las partes); el problema de las dimensiones temporales: equidad intergeneracional, dimensión temporal subyacente (desarrollo sostenible), la determinación de los hechos judicialmente, más allá de las relaciones interestatales (imperativos de la salud humana y la calidad de vida y el rol de la sociedad civil en la protección ambiental). Los “principios” expresan una idea objetiva de justicia. No dependen de la voluntad de los sujetos internacionales, sino de los fundamentos del necesario derecho de las naciones. Estos principios son fundamento, medida y alcance del sistema legal. Vienen desde el derecho romano y son parte del Estado de derecho desde la Ilustración. Los principios regulan tanto la legalidad como la legitimidad tanto inter como intra-Estados. Los principios aseguran tanto el elemento axiológico al sistema jurídico como la expresión de los fundamentos, constituyéndose en un segundo grupo de fuentes formales.⁶⁴ Es una de las opiniones más interesantes acerca del desarrollo del derecho internacional de los principios, algo tan presente hoy en la discusión internacional, con una impronta iusnaturalista sobre la materia y de tratamiento individual en sí, imposible en breves líneas. Principios de “prevención” y “precaución” son, por cierto, diferentes, pero unidos, y generalmente se confunden. El “principio de precaución” o “precautorio” implica la posibilidad de tomar medidas cuando la evidencia científica sobre un peligro ambiental o de salud humana no es seguro y las consecuencias negativas pueden ser irreversibles.⁶⁵ El principio preventivo, en cambio, es aquel en que se toman medidas para proteger el medio ambiente desde los inicios de un acto contrario al mismo.⁶⁶ Como es lógico, la diferencia se da en cuanto al objeto (el primero, ambiental y de salud; el segundo, ambiental) y al momento (el primero, antes que se plantee, y el segundo, al inicio).

⁶³ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Cançado Trindade, 20 de abril de 2010.

⁶⁴ *Ibidem*, para. 191-220.

⁶⁵ European Parliament Think Tank, *The precautionary principle: Definitions, applications and governance*, European Parliament, Brussels, 2015, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ID_\(2015\)573876](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ID_(2015)573876); Hanson, J., “Precautionary principle: Current Understanding in Law and Society”, *Encyclopaedia of the Anthropocene*, vol. 4, 2018, pp. 361-366.

⁶⁶ European Environment Agency, *Prevention Principle*, Brussels, European Environment Agency, 2019.

5. *Declaración del juez Skotnikov*

Un problema de interpretación relacionado con los pasos a seguir luego de la negociación obligatoria del Estatuto de 1975 es la disidencia del juez Skotnikov.⁶⁷ Uruguay no podía libremente construir, luego de la negociación con Argentina y el sometimiento del asunto a la Corte, las papeleras, y, por el contrario, existió una “obligación de no construir”.⁶⁸ Sitúa el disidente su interpretación en los artículos 7 a 12 del Tratado de 1975 (denominado “Estatuto”). Dice que las “normas contenidas en los artículos 7 al 12 tuvieron la clara intención de prevenir acción unilateral que no se encuentre en conformidad con las normas substantivas del Estatuto [de 1975] y con eso se evite causar daño a los derechos de ambas partes y protejan el curso de agua compartido”.⁶⁹ Una vez concluidas las negociaciones, la parte que tenía el proyecto o lo abandona o recurre a la Corte.⁷⁰ Así, no hay daño a los derechos y hay protección al curso de agua. En cambio, la Corte tiene otra visión: primero el daño, la rectificación de la consecuencia por la Corte.⁷¹ Se aclara aún más la irracionalidad de la interpretación de la Corte en cuanto el artículo 1 del Estatuto propone la “utilización racional y óptima del río Uruguay”. El causar daño al río e incurrir en pérdidas financieras (al construir y destruir lo construido) no cumple el objetivo indicado de racionalidad y optimización de la utilización.⁷²

6. *Declaración del juez Yusuf*³

El juez Yusuf pone su atención en la necesidad de haber ordenado peritajes por la Corte a fin de comprender mejor el caso: los detalles técnicos y científicos del caso.⁷⁴ El juez Yusuf reconoce las diferencias de afirmaciones y las contradicciones de cada una de las partes, pero centra su argumentación contra el párrafo 168 de la sentencia, en cuanto a que

⁶⁷ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez Skotnikov, 20 de abril de 2010.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 2.

⁶⁹ *Ibidem*, para. 3.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Ibidem*, para. 4.

⁷³ Yusuf, Abdulqavi Ahmed, Declaration of Judge Yusuf, CIJ, *Argentina v. Uruguay*, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.

⁷⁴ *Ibidem*, para. 1.

la Corte “hace su determinación propia de los hechos sobre la base de la evidencia que se le ha presentado”, y es por eso que el juez indica que es responsabilidad de la Corte para determinar los hechos y evaluar su valor probatorio.⁷⁵ Señala el criterio del caso *Nicaragua* en cuanto a rechazar prueba generada o solicitar un perito como inaplicable al caso.⁷⁶ Esto en cuanto no existen los problemas prácticos, como en el caso mencionado.⁷⁷ Inclusive acude a la opinión del juez Wellington Koo en el caso *Preah Vi-har*, quien a su vez llamó a un informe de un perito de forma similar que se hizo en el caso *Canal de Corfú*, y del mismo modo que el juez Shigeru Oda.⁷⁸ Se hace presente el problema de la función del perito, si experto que clarifica o reemplazante del juez.⁷⁹ El juez Yusuf se inclina en favor de la primera, y funda su opinión no sólo en argumentos propios, sino en el caso *Laguna del Desierto*.⁸⁰ Finaliza con una cuestión que se ha discutido entre expertos de derecho procesal, a saber: que mientras más complejos son los temas, los tribunales requerirán peritos a fin de entender el asunto sometido a su conocimiento, y, a su vez, las partes exigirán ese nivel de conocimiento.⁸¹

7. Opinión separada del juez Greenwood⁸²

El juez Greenwood se concentra en que la violación procedimental de Uruguay es más limitada de lo que la Corte considera.⁸³ Explica lo que él denomina una “maquinaria de notificaciones del Tratado de 1975 y negociaciones”.⁸⁴ Dice que de no obtenerse el acuerdo de la contraparte, se puede proceder a continuar con las obras.⁸⁵ El problema jurídico es determinar desde cuándo se violenta la obligación procedimental de aviso, por cuanto señala el juez Greenwood que los “actos preliminares” de la cons-

⁷⁵ *Ibidem*, para. 4 y 5.

⁷⁶ *Ibidem*, para. 8.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, para. 8 y 9.

⁷⁹ *Ibidem*, para. 10.

⁸⁰ *Ibidem*, para. 11.

⁸¹ *Ibidem*, para. 14.

⁸² Greenwood, Christopher, Separate Opinion of Judge Greenwood, en CIJ, Argentina v. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.

⁸³ *Ibidem*, para. 1.

⁸⁴ *Ibidem*, para. 2-7.

⁸⁵ *Ibidem*, para. 8.

trucción (limpieza de terreno, u otros) no constituirían tal violación.⁸⁶ De hecho, indica que existen una serie de actos administrativos antes de poder considerar el inicio del ilícito.⁸⁷ Es más, si bien las negociaciones son indispensables, no significa que se encuentren resultados significativos.⁸⁸ Es decir, los actos preparatorios no son parte de las negociaciones de buena fe, y no constituyen, conforme a Greenwood, violación de la obligación de “buena fe” que se entiende incorporada en el proceso de negociación.⁸⁹ En otras palabras, el juez Greenwood no acepta que se cuente la violación a la buena fe sino después de haberse autorizado la construcción de las papeleras y del terminal portuario de Fray Bentos.⁹⁰

8. *Opinión separada Torres Bernárdez*⁹¹

El juez Torres Bernárdez no acepta las conclusiones de las violaciones a las obligaciones procedimentales definidas en la sentencia.⁹² Es necesario resaltar que el juez Torres Bernárdez explica primero el funcionamiento de la comisión encargada de la administración del río (incluyendo la necesidad de común acuerdo y el que pueda dictar normas de administración en el uso del río)⁹³ y la interpretación a que se sujeta el Tratado de 1975.⁹⁴ El juez indica que acepta la interpretación evolutiva de la Corte sólo respecto de las obligaciones sustantivas del Tratado de 1975 y no respecto de las obligaciones procedimentales.⁹⁵ El problema se sitúa en materia de razonamiento jurídico; es decir, el razonamiento del juez se ve influido por su conocimiento del derecho nacional, y no así del razonamiento del derecho internacional.⁹⁶ Esto lleva a tener una interpretación diferente a la de la Corte.⁹⁷

⁸⁶ *Ibidem*, para. 14.

⁸⁷ *Ibidem*, para. 15.

⁸⁸ *Ibidem*, para. 16.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, para. 23.

⁹¹ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez *ad hoc* Torres Bernárdez, 20 de abril de 2010.

⁹² *Ibidem*, para. 2.

⁹³ *Ibidem*, para. 3-11.

⁹⁴ *Ibidem*, para. 12.

⁹⁵ *Ibidem*, para. 13.

⁹⁶ *Ibidem*, para. 14-103.

⁹⁷ *Ibidem*, para. 104.

9. *Opinión separada del juez Vinuesa*⁹⁸

El juez Vinuesa no acepta, a su vez, “la relación entre las obligaciones sustantivas con las procedimentales, la ausencia de una obligación de abstenerse de construir cuando no se llega a un acuerdo conforme al Tratado de 1975, y el razonamiento detrás de la decisión de que «satisfacción» es el medio de reparar”.⁹⁹ Una de las cuestiones que resalta el autor es la prohibición de actos unilaterales por el Tratado de 1975 en la determinación de los usos de los recursos naturales compartidos y obtener una utilización racional y óptima del mismo.¹⁰⁰ La utilización es la actividad de carácter destructivo sobre el recurso con objeto de un beneficio (de cualquier índole).

El juez basa su argumentación en el texto de diversos artículos discutiendo con el razonamiento de la Corte tanto la “línea argumental” como las conclusiones.¹⁰¹ Aborda el problema de la obligación de abstenerse o la prestación de no hacer, que consiste en evitar la construcción.¹⁰² Recurre a la interpretación utilizando las mismas normas jurídicas secundarias, normas sobre normas, que llevan a una conclusión divergente, no sólo de la Corte, sino del juez Torres Bernardez.¹⁰³ Es más, apunta a otro problema ya expuesto por el juez Keith; esto es, desde cuándo se inicia la “mala fe” o cuándo concluye la “buena fe”, a fin de autorizar, o no, actos sobre las riberas y el agua del río Uruguay.¹⁰⁴ Necesariamente indica que hay una falta de fundamentación para llegar al resultado que se afirma en la sentencia, y que constituye la base de la parte resolutive.¹⁰⁵

Asimismo, razona diferente en torno a la noción de “reparación”.¹⁰⁶ Respecto a las obligaciones sustantivas, como la determinación de la “carga de la prueba”, indica que conforme al Tratado de 1975 ambas partes tienen la obligación de la carga de la prueba.¹⁰⁷ Asimismo, es posible que se discuta el propósito del tratado, y, por consiguiente, el uso de las aguas debe hacer-

⁹⁸ (*Argentina v. Uruguay*), fallo, opinión separada del juez *ad hoc* Vinuesa, 20 de abril de 2010.

⁹⁹ *Ibidem*, para. 1.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para. 4.

¹⁰¹ *Ibidem*, para. 4-6.

¹⁰² *Ibidem*, para. 7-14.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 14-17.

¹⁰⁴ *Ibidem*, para. 18.

¹⁰⁵ *Ibidem*, para. 19-29.

¹⁰⁶ *Ibidem*, para. 30-39.

¹⁰⁷ *Ibidem*, para. 41-44.

se, previendo no afectarlas.¹⁰⁸ El “balance ecológico” es también motivo de discusión como obligación de no afectación del mismo.¹⁰⁹ La “preservación del medio ambiente acuático” y “prevenir su contaminación” se contienen como obligaciones que debieron hacerse cumplir por la Corte. Se pone el acento en la ausencia de coordinación de Uruguay para prevenir y evitar tal contaminación a través de una evaluación de impacto ambiental respecto de lo alegado en estrados, fosfatos, algas, la colocación de una de las plantas (Botnia), etcétera.¹¹⁰ Finalmente, pone el acento en la necesidad de la prueba de peritos para alcanzar una comprensión cabal del problema.¹¹¹ Asimismo, lamenta el que no se haya aplicado el “principio precautorio”.¹¹²

V. CUMPLIMIENTO

Violación o incumplimiento de obligaciones procedimentales (Tratado sobre el río Uruguay, artículos 7 al 12), “y que la declaración de la Corte de este incumplimiento constituye satisfacción de [reparaciones] suficientes”.

VI. CONCLUSIÓN

Respecto de un fallo, siempre es difícil formular una conclusión. Lo presentado aquí al menos nos permite señalar que el fallo sigue la línea de fallos anteriores de la Corte, pero no resolvió el asunto principal debido, entre otras razones, a la ausencia de prueba suficiente o a la falta de actividad probatoria del tribunal, no sólo de la parte sobre la cual recaía la carga de la prueba. Este no es un caso de delimitación de espacios, sino de uso de éstos ya delimitados, uso que no podía verse afectado por contaminación transfronteriza; así fue comprendido por el tribunal, pero no se falló en la forma en que fue comprendido.

Sin embargo, la envergadura de los comentarios y críticas y la ausencia de una solución al problema de fondo, y la contaminación o no del río de acuerdo con márgenes establecidos por la ciencia, nos lleva a plantear la ausencia de solución de la controversia o asunto controvertido. Es al menos necesario indicar que, en todo caso, el actor debió haber entregado pruebas

¹⁰⁸ *Ibidem*, para. 45-49.

¹⁰⁹ *Ibidem*, para. 50-52.

¹¹⁰ *Ibidem*, para. 53-91.

¹¹¹ *Ibidem*, para. 92-99.

¹¹² *Ibidem*, para. 100.

suficientes de incumplimiento sustantivo del demandado. Esto, salvo que no las hubiere, no por ausencia de ejecución de actos de prueba de la contaminación, sino porque la contaminación no exista.

La ausencia de fallo nos lleva a definir cuáles podrían haber sido los elementos para considerar. Un primero es el relativo a los niveles de contaminación. Fijar lo que podrían haber sido los niveles de contaminación máximos para la vida humana y no humana en el fallo hubiera sido muy interesante. Es definitorio que el tribunal debió plantearse por tal consideración. No se hizo, lo que ha traído necesariamente una ausencia de relación jurídica sujeto-objeto. Esto habría auxiliado a entregar mejor comprensión del fallo y a la ausencia de condena a Uruguay en relación con los problemas de destrucción de hábitat acuático. De otra parte, Argentina no probó, o al menos fue insuficiente la prueba en materia de vertidos desde las papeleras. Una segunda consideración es la aplicación del principio de que nadie puede afectar los derechos de otros cuando ejerce una actividad lícita desde su propio territorio. Este principio enunciado en la primera mitad del siglo XX en un ya famoso caso hubiera sido fuente de discusión y solución del caso de haberlo expresado el tribunal aplicándolo de manera concreta a la polución provocada. El uso de un espacio propio, legítimo, podría devenir en ilegítimo por actos que atacan la relación jurídica previamente establecida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- A-KHAVARI, A. y ROTHWELL, D., “The ICJ and the Danube Dam case: A missed opportunity for international environmental law?”, *Melbourne University Law Review*, vol. 22, 1998.
- AL-KHASAWNEH, Awn Shawkat and SIMMA, Bruno, “Joint dissenting opinion of judges Al-Khasawneh and Simma, CIJ, Argentina vs. Uruguay, Caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010”.
- AL-KHASAWNEH, Awn Shawkat and SIMMA, Bruno, “Opinión disidente de los jueces Al-Khasawneh y Simma, 20 de abril de 2010”, CIJ, Argentina vs. Uruguay, Caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2014, vol. 4, núm. 1/2014.
- ÁLVAREZ, Alejandro, Opinión disidente en CIJ, Opinión consultiva la Situación Internacional del Sud Oeste de África, La Haya, 1950
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, “Fallo de la Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, evidenciado en el asunto de la planta de celulosa del río Uruguay”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.

- ANTON, Donald K., “Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgement) [2010] ICJ Rep (20 April 2010)”, *Australian International Law Journal*, 2010; ANU College of Law Research Paper No. 10-84.
- ARBUERT VIGNALI, Herbert y VIGNALI GIOVANETTI, Daniel, “Corte Internacional de Justicia caso no 135 Caso de fábricas de celulosa sobre el río Uruguay Argentina con Uruguay. Fallo de 20 de abril de 2010”, *Prismas. Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, núm. 1, jan/jun. 2011.
- BORRÁS, Susana, “El desenlace del conflicto de la celulosa: Argentina v. Uruguay”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. I, núm. 1, 2000.
- BOYLE, Alan, “Pulp Mills Case: A Commentary”, presented at the *BIICL*, p. 4, disponible en: www.biicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf.
- BOYLE, Alan, “Developments in International Law of EIA and their Relation to the Espoo Convention”, *Revue of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 20, Issue 3.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, CIJ, Argentina vs. Uruguay, Caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Prevention Principle*, Brussels, European Environment Agency, 2019.
- EUROPEAN PARLIAMENT THINK TANK, *The precautionary principle: Definitions, applications and governance*, European Parliament, Brussels, 2015, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2015\)573876](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2015)573876).
- GREENWOD, Cristopher, Separate Opinión of Judge Greenwood, en CIJ, Argentina vs. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- HANSON, J., “Precautionary principle: Current Understanding in Law and Society”, in *Encyclopaedia of the Anthropocene*, vol. 4, 2018.
- HERNÁNDEZ BELOQUI, Juan, “El conflicto de las papeleras entre Argentina y Uruguay: ¿resolución o transformación?”, ICIP Working Papers: 2013/13, Barcelona, Institut Catalá Internacional per la pau, 2013.
- KEITH, Kenneth, Separate Opinion of Judge Keith, CIJ, Argentina vs. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México, UNAM, 1982.

- LAGO, Horacio Daniel, *La vigencia del Estatuto del Río Uruguay (Ley 21.413 Estatuto 9 de septiembre de 1976), como elemento de la defensa nacional*, Buenos Aires, Instituto de Enseñanza Superior del Ejército, 2012.
- LÓPEZ, Sebastián, “El asunto de las plantas celulosas del río Uruguay”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 3.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Naciones Unidas, Viena, 1967.
- PEÑA NEIRA, Sergio, *La equidad en la utilización de los recursos genéticos naturales defendiendo los derechos de los sujetos internacionales: Interpretación, aplicación y derecho comparado*, La Rábida, Universidad Internacional de Andalucía, 2015.
- PONTE IGLESIAS, María Teresa, “El asunto de la construcción de las plantas de celulosa en las proximidades del río Uruguay a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 2010”, en REY TRISTÁN, Eduardo y CALVO GONZÁLEZ, Patricia, *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, Sep. 2010*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos.
- REPÚBLICA DE CHILE, *Código Civil (escrito por Andrés Bello)*, Santiago de Chile, 2016.
- SKOTNIKOV, Leonid, Declaration of judge Skotnikov, CIJ, Argentina vs. Uruguay, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- Texto completo del Estatuto del Río Uruguay, *El Cronista*, 26 de febrero de 2006, disponible en: <https://www.cronista.com/impresageneral/Texto-completo-del-Estatuto-del-Rio-Uruguay-20060301-0077.html>.
- TORRES BERNARDEZ, Santiago, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Torres Bernardez en CIJ, Argentina vs. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- VINUESA, Raúl, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Vinuesa, en CIJ, Argentina vs. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.
- WEERAMANTRY, Cristopher, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry en CIJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, La Haya, Corte Internacional de Justicia, 1996.
- YUSUF, Abdulqavi Ahmed, Declaration of Judge Yusuf, CIJ, Argentina vs. Uruguay, caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010.

Corte Internacional de Justicia

CIJ, *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*.

CIJ, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*.

CIJ, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*.

CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*.

CIJ, *International Status of South West Africa*.

CIJ, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*.

CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*.

CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

CIJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*.

CASO ECUADOR C. COLOMBIA: ASPERSIONES DE GLIFOSATO EN LA FRONTERA: DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL, LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y NEGOCIACIÓN

Fabián CÁRDENAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Plan Colombia*. III. *Ecuador, sobre los efectos de las aspersiones*. IV. *El papel de la CIJ en la controversia*. V. *Entre la responsabilidad internacional y el Plan Colombia*. VI. *El acuerdo*. VII. *Reflexiones finales sobre la materialidad en el derecho internacional y los efectos de las demandas inconclusas para el derecho internacional ambiental*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En 2008, Ecuador demandó a Colombia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en razón de las fumigaciones con glifosato realizadas por el gobierno colombiano en la frontera ecuatoriana sobre cultivos ilícitos. De acuerdo con Ecuador, el efecto derivado de las aspersiones aéreas condujo el herbicida dentro del territorio ecuatoriano, y causó consecuencias nocivas en los recursos naturales, así como en los habitantes del territorio ecuatoriano afectado. Esta demanda generó un gran interés en los abogados internacionalistas, particularmente debido a que sería una gran oportunidad para que la Corte se pronunciara en materia de derecho internacional ambiental, ya que, de acuerdo con el demandante, se habían violado principios ambientales internacionales, como el de prevención, prohibición del daño ambiental transfronterizo, evaluación de impacto ambiental, precaución, entre otros. No obstante, el caso de las *Aspersiones Aéreas* —como se conoció—, terminó siendo sólo la anécdota de una jurisprudencia que no

* El autor extiende su agradecimiento a Andrea Camila Acuña Barragán, politóloga de la Universidad Nacional de Colombia y magister en derecho internacional de la Universidad de Los Andes, por su asistencia en la investigación que condujo a la realización de esta publicación.

fue. Esto, debido a que Ecuador decidió retirar la demanda inicialmente interpuesta.

Lo interesante es que esta decisión por parte de Ecuador ocurrió luego de la firma de un acuerdo bilateral firmado con Colombia, en el que se manifestó haber resuelto la controversia por medio de una negociación. En este aspecto es pertinente realizar un análisis y evidenciar cómo lo que se calificó como una negociación —un mecanismo de solución de controversias aceptado por el derecho internacional—, a nuestro parecer terminó siendo un allanamiento de los cargos por parte del Estado demandado, quien, entre otras cosas, pagó al demandante una contribución económica de quince millones de dólares. Esta situación, por cierto, no es debida a una falencia intrínseca del derecho internacional respecto de esta forma aceptada de solución de controversias, sino a la asignación nominal que se hiciera en el documento por parte de las partes.

Asimismo, resulta también relevante ver cómo una controversia llevada ante la CIJ —como cualquier otro diferendo internacional—, por estos dos países latinoamericanos no viene solamente con lo que explícitamente indican las pretensiones, sino que ella se suscita en el marco de un contexto jurídico-político internacional, que no puede ser ignorado, como lo es la lucha mundial contra el terrorismo, que se encuentra fundada en una resolución de la ONU, dotada de especial obligatoriedad y fuerza jurídica.

El presente capítulo presentará el caso y su contexto en cinco secciones. Inicialmente se describirá el contexto en el cual se dan las aspersiones, como lo fue el denominado Plan Colombia, o la política de lucha contra el narcotráfico como financiador del terrorismo (II), para de manera complementaria abordar la perspectiva ecuatoriana y los efectos de las aspersiones aéreas con glifosato (III). Después se explorará el rol de la CIJ en la controversia (IV), para finalmente analizar la responsabilidad internacional derivada (V) y los efectos del Acuerdo firmado entre Colombia y Ecuador (VI). A manera de conclusión se compartirán unas reflexiones finales en torno a la materialidad en el derecho internacional y los efectos de estas demandas en el derecho internacional ambiental (VII).

II. PLAN COLOMBIA

El contexto en el cual ocurren las aspersiones aéreas con glifosato efectuadas por Colombia dentro de su territorio, pero con efectos sobre territorio ecuatoriano, se da en el marco de la lucha antidrogas establecido por el Plan

Colombia, contraído entre el gobierno de Colombia y Estados Unidos, a través de la agencia para la cooperación USAID en 1999.¹ Dichas aspersiones tuvieron lugar en la zona suroeste de Colombia entre los departamentos de Putumayo y Nariño. Como parte del Plan Colombia surge el “Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado”, considerado como complementario del Plan Nacional de Desarrollo Colombiano del periodo 2002-2006, que entre sus objetivos se planteó concertar “unos acuerdos de paz negociados con la guerrilla con base en la integridad territorial, la democracia y los derechos humanos, que además deban fortalecer el Estado de derecho y la lucha contra el narcotráfico”,² entre otros.

La erradicación manual de los cultivos de coca enfrentó grandes obstáculos, como el difícil acceso a las zonas en donde se encontraban los cultivos ilícitos y la constante amenaza sobre la vida de las personas que realizaban dicha actividad por parte de distintos actores,³ por lo cual la estrategia antinarcóticos estableció las fumigaciones aéreas como alternativa. Las fumigaciones aéreas fueron ampliamente criticadas debido al presunto grado de toxicidad y su limitada capacidad discriminativa.⁴ Un millón de hectá-

¹ *Le Monde Diplomatique* (2017). *Un Chaier Spécial sur l'Amérique Latine*. El Plan Colombia. Texto oficial de la embajada de los Estados Unidos, Bogotá, disponible en: <https://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ameriquelatine/plancolombiens>, 12 de septiembre de 2017.

² *Ibidem*, En resumen, las estrategias del Plan Colombia fueron: 1) *Económica que genere empleo, que fortalezca la capacidad del Estado para recaudar impuestos, y que genere una fuerza económica viable que contrarrestar el narcotráfico*. 2) *Fiscal y financiera, que adopte medidas severas de austeridad y ajuste, con el fin de promover la actividad económica, y de recuperar la credibilidad de Colombia en los mercados financieros internacionales*, 3) *De paz, llegar a acuerdos de paz negociados con la guerrilla, basados en la integridad territorial, la democracia y los derechos humanos. Esto con la finalidad de fortalecer el estado de derecho y la lucha contra el narcotráfico*, 4) *Reestructurar y modernizar las fuerzas armadas y la Policía*, 5) *Reafirmar el estado de derecho y para asegurar una justicia igualitaria e imparcial para todos*, 6) *Antinarcóticos en asocio con los demás países involucrados*. 7) *Desarrollo alternativo, lo que supone fomento a esquemas agropecuarios y otras actividades económicas rentables para los campesinos*. 8) *Participación social, que lleve a una concientización colectiva*, 9) *Desarrollo humano, garantías a los servicios de salud y de educación adecuados para los grupos vulnerables*, 10) *Orientación internacional, que confirme los principios de corresponsabilidad, acción integrada y tratamiento equilibrado para el problema de la droga*.

³ Actualmente: Colombian's strategy for strenththening democracy and promoting social development.

⁴ Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, “El Plan Colombia ¿sigue vigente?”, octubre 10 de 2003, disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/El-Plan-Colombia-Sigue-vigente#1>, Asociación Interamericana para la Defensa del Medioambiente, “Plan Colombia: Los impactos nocivos de la fumigación aérea de cultivos de coca y amapola”, 11 de noviembre de 2010, disponible en: <http://www.aida-america.org/es/project/planColombia>, Transnational Institute, “Las Fumigaciones en el marco del Plan Colombia, Drogas y democracia”, 1

reas en el periodo comprendido entre 2000 y 2008 fueron fumigadas en la zona suroeste de Colombia.⁵

III. ECUADOR, SOBRE LOS EFECTOS DE LAS ASPERSIONES

El 2 de julio de 2001 Ecuador solicitó a Colombia, detener las fumigaciones en la frontera, y requirió que revelara la composición exacta del producto químico utilizado. El gobierno de Ecuador informó que debido a las fumigaciones se habían reportado reacciones adversas a la salud de poblaciones que vivían en la frontera, entre ellas picazón en la piel, irritación en los ojos, sangrado intestinal, e incluso la muerte.⁶ Por su parte, Colombia manifestó a Ecuador luego de su comunicación, que se habían adoptado las precauciones necesarias para realizar las fumigaciones en un área menor a diez kilómetros; esto quedó así establecido en el acuerdo firmado el 7 de diciembre de 2005.⁷ A pesar de esto, las fumigaciones fueron reanudadas diez meses después, en 2006, lo cual nuevamente,⁸ generó nuevas protestas por parte de Ecuador y obligó a Colombia a detener las fumigaciones.⁹ Como una de las consecuencias de estos hechos se conformó una comisión tripartita integrada por delegados de Colombia, Ecuador y la OEA, encargada de determinar el daño ambiental en la zona que fue objeto de las fumigaciones, y de ese modo encontrar una solución al conflicto fronterizo entre los Estados.¹⁰

de diciembre de 2004, disponible en: <http://www.tni.org/es/article/las-fumigaciones-en-elmarco-del-plan-Colombia>.

⁵ Reporte del progreso del Plan Colombia (Plan Colombia Progress Report), Estrategia de Fortalecimiento de la democracia y el desarrollo social, p. 43.

⁶ CIJ, *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, procedimientos instituidos, solicitud, 31 de marzo de 2008, para. 4.

⁷ Acuerdo firmado entre la canciller Carolina Barco y su homólogo ecuatoriano Francisco Carrión, 7 de diciembre de 2005.

⁸ “Ecuador presenta en la OEA reclamo a Colombia por fumigaciones de herbicidas en la frontera”, OEA, comunicados de prensa, C-005 de 2007, disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-005/07.

⁹ “La policía colombiana pone fin a las fumigaciones aéreas con glifosato en la frontera con Ecuador”, *El Tiempo*, 29 de enero de 2007, disponible en: <http://e.eltiempo.com/media/produccion/especialReyes/cronologiaRelaciones/cronologiaReyes.swf>.

¹⁰ Cárdenas, Fabián y Casallas, Oscar, “La negociación como estrategia de defensa del Estado y el Caso Ecuador c. Colombia por las fumigaciones con glifosato”, en Prieto Sanjuán, Rafael A. (ed.), *Derecho del litigio internacional. Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el siglo XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Centro de Estudios de Derecho Internacional, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 198.

IV. EL PAPEL DE LA CIJ EN LA CONTROVERSIA

Ecuador decide presentar una demanda ante la CIJ en contra de Colombia el 31 de marzo de 2008, debido a que no se detuvieron completamente las fumigaciones, con base jurisdiccional en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, también llamado “Pacto de Bogotá”, según su artículo XXXI,¹¹ así como en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, también llamada “Convención de Drogas de las Naciones Unidas de 1988”.¹² Ecuador buscó con este recurso que la Corte se pronunciara sobre tres aspectos fundamentales:

- 1) La violación por parte de Colombia, de obligaciones de derecho internacional, al causar o permitir el depósito de herbicidas tóxicos que han causado daños a la salud humana, a los bienes y al medio ambiente en territorio ecuatoriano.
- 2) El pago de una indemnización a Ecuador por cualquier pérdida o daño causado por sus actos ilícitos derivados del uso de herbicidas en la fumigación aérea, a saber: la muerte o daños a la salud de cualquier persona o personas; daños o pérdidas de propiedades, medios de subsistencia o a derechos humanos; daños ambientales o disminución de recursos naturales; costos del monitoreo para evaluar e identificar futuros riesgos para la salud pública, los derechos humanos y el medio ambiente, así como cualquier otra pérdida o daño.
- 3) El reconocimiento y respeto por la soberanía y la integridad territorial de Ecuador, así como la obligación por parte de Colombia, de tomar inmediatamente las medidas necesarias para evitar que el uso de cualquier tipo de herbicidas tóxicos puedan ser depositados sobre el territorio de Ecuador, así como la prohibición del uso de dichos

¹¹ “Artículo 31. De conformidad con el inciso 2o. del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado”. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas “Pacto de Bogotá”, 30 de abril, Bogotá, 1948. *Aspersiones Aéreas* (Ecuador c. Colombia), *supra* nota 75, párr. 7.

¹² “Artículo 32.2. Toda controversia (acerca de la interpretación o la aplicación de la presente convención) que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1o. del presente artículo (o sea, por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a organismos regionales, procedimiento judicial u otros medios pacíficos de elección de las partes) será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia”.

herbicidas por medio de aspersión aérea en Ecuador o localidades cercanas a través de la frontera entre Colombia y Ecuador.¹³

Los principios de derecho internacional ambiental (DIA) invocados por parte de Ecuador fueron el de prohibición del daño transfronterizo, prevención y precaución, cuyos criterios han sido delineados a través de los fallos de la CIJ,¹⁴ vinculados directamente con la obligación de protección del medio ambiente.¹⁵ Al respecto, y para comprender la intención jurídica de Ecuador, valga la pena un panorama general del contenido de estos tres principios, relacionados, pero distintos:

El primero en el tiempo es sin duda el principio de la prohibición del daño ambiental transfronterizo. Éste se cita por primera vez en el marco del renombrado caso de la Fundidora de Trail (*Trail Smelter Case*), en el cual un tribunal de arbitramento resuelve la controversia causada por la emisión de gases generadores de contaminación atmosférica por parte de una fundidora de plomo y zinc ubicada en Canadá, pero cuyos daños eran percibidos en territorio de Estados Unidos. En esta ocasión, el tribunal generó una pieza jurisprudencial que hoy en día se considera prácticamente descriptiva de este principio:

Under the principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.¹⁶

¹³ (*Ecuador v. Colombia*), procedimientos instituidos, solicitud..., *cit.*, p. 26, para. 38.

¹⁴ Cárdenas, Fabián, “La obligación de protección ambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en Moreira, Alberto César y Prieto, Rafael A. (eds.), *La responsabilidad Internacional del Estado y el medio ambiente. Un debate urgente*, Bogotá, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Díké, 2017. Para ampliar más sobre los temas véase también Cárdenas, Fabián y García, Felipe, “Desafíos interpuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, vol. 2, 2009, p. 159; Cárdenas, Fabián, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 33, pp. 355-403, 2013; Uribe, Diego y Cárdenas, Fabián, *Derecho internacional ambiental*, Bogotá, Fundación Universitaria Jorge Tadeo Lozano, 2010.

¹⁵ CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, opinión disidente del juez Cançado Trindade, 20 de abril de 2010, p. 149.

¹⁶ *Trail Smelter Arbitration (U.S. v. Can.)* marzo 1941, Reports of International Arbitration Awards, UN, 2006.

La influencia de esta decisión judicial fue posteriormente vista en el primer fallo de la CIJ, del Canal del Corfú,¹⁷ donde esencialmente se usa el mismo criterio de Trail a fin de decidir sobre las bombas nazis que explotaron en espacio marítimo albanés con su conocimiento, y que devinieron en víctimas británicas. El principio fue posteriormente consolidado e incluido en el también conocido principio 21 de Estocolmo de 1972 (también principio 2 de la Declaración de Río de 1992), que lo desglosa como un elemento integrador del principio de la soberanía permanente de los recursos naturales:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del DI, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.¹⁸

A pesar del amplio reconocimiento, el principio de prohibición del daño ambiental transfronterizo tiene algunas limitantes. Por un lado, su enfoque es más la soberanía que el medio ambiente, y, por otro, se ocupa precisamente de daños ambientales que son originados en el territorio de un Estado y que generan consecuencias en el territorio de otro Estado, dejando por fuera la regulación de aquellos daños que se gestan y producen efectos en un mismo territorio. Aquí precisamente surge el principio de prevención o acción preventiva para llenar este vacío.

El principio de prevención sostiene la evitación de una actividad, acción u omisión cuando exista el conocimiento de la causación de un daño ambiental como consecuencia de la misma. Este enfoque se encuentra desarrollado, entre otros, en los principios 11 y 14 de la Declaración de Río. También ha sido contenido en diversas jurisprudencias internacionales, como aquella del Lac Lanoux, *Pacific Fur Seals*, así como en los fallos de la CIJ correspondientes a la Legalidad del Uso y Amenaza de Armas Nucleares, *Gabcikovo-Nagymaros*, *Papeleras del Río Uruguay*, *Costa Rica c.*

¹⁷ CIJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, fondo, fallo, 9 de abril de 1949.

¹⁸ Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, 1972. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992).

Nicaragua, por mencionar algunos.¹⁹ De forma particular en el caso de las Papeleras, la Corte indicó explícitamente que este principio de prevención es de carácter consuetudinario, y habiéndose originado del principio 21 de Estocolmo, se desarrolla a partir de la debida diligencia ambiental que se espera de un Estado aun dentro de su territorio.²⁰

Finalmente, y ante la incertidumbre científica respecto de los eventuales efectos que puede generar la actividad humana y teniendo en cuenta la consideración sobre la gestión adecuada del riesgo, se ha desarrollado el principio de precaución.²¹ Su contenido es descrito en el principio 15 de la Declaración de Río,²² que reza:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Así, mientras que el principio 21 se ocupa de los daños transfronterizos y el principio de prevención busca la evitación de daños respecto de los que existe certeza, el principio de precaución obliga a los Estados y demás sujetos de derecho internacional a abstenerse de realizar una actividad ante la existencia de un riesgo de daño ambiental y aun ante la incertidumbre científica respecto de su ocurrencia.²³ Como quiera que este es un enfoque bastante restrictivo, se ha asegurado que para la aplicación prudente del principio de precaución es necesario tener en consideración criterios de proporcionalidad, razonabilidad, evaluación periódica y participación democrática.²⁴

Igualmente, y respecto de la obligatoriedad del mismo, es claro poner de presente que mientras que no existe duda en relación con el carácter consuetudinario del principio 21 de Estocolmo ni del principio de prevención,

¹⁹ Cárdenas, Fabián, “La obligación de protección ambiental...”, *cit.*

²⁰ (Argentina v. Uruguay), fallo, 20 de abril de 2010, para. 101.

²¹ Uribe, Diego y Cárdenas, Fabián, *op. cit.*, p. 193.

²² “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, principio 15. Declaración de Río de Janeiro, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

²³ Uribe, Diego y Cárdenas, Fabián, *op. cit.*, pp. 185-192.

²⁴ Da Silva, Romeu y Mata, Jamile, “Precautionary Principle: Definition of Beacons for Prudent Application”, *Veredas do Direito*, núm. 15, 2018, pp. 39-66.

muchos aseguran que el principio de precaución es apenas una costumbre emergente.²⁵ En todo caso, desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio un guiño al carácter consuetudinario del mismo,²⁶ no hay duda de que las campañas argumentativas en procura de la consolidación de la precaución como costumbre internacional han venido incrementándose, al punto que es posible que incluso ahora ya pueda ser considerado como jurídicamente vinculante por vía consuetudinaria.²⁷

Se puede ver a la luz de estos desarrollos jurídicos el argumento presentado por parte del gobierno ecuatoriano, donde el daño mencionado no sólo tuvo repercusiones sobre las personas, sino también sobre el medio ambiente, además de la posibilidad de que el daño se incremente con el uso continuado del glifosato, dada la incertidumbre que conllevan sus efectos en un clima tropical en una zona considerada como megadiversa.²⁸

V. ENTRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y EL PLAN COLOMBIA

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) aprobó la Resolución 1373 de 2001 tras los ataques terroristas del 11 de septiembre en Nueva York y Washington, con la cual se consolidó la obligación uniforme para los 191 miembros de la ONU a través del CSNU de combatir el terrorismo, transformando de este modo los intereses de la comunidad internacional y, por ende, del derecho internacional. En esta resolución se insta a los Estados miembros de la ONU a prevenir y reprimir la financiación del terrorismo.²⁹ También se

²⁵ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2a. ed., New York, Cambridge University Press, 2003.

²⁶ *Opinión Consultiva 023, Derechos Humanos y Medio Ambiente*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

²⁷ En relación con la manera en que el derecho ambiental consuetudinario es producto de campañas de argumentación y no de *opinio juris*, y práctica estatal, como lo asegura el Estatuto de la CIJ, véase Cárdenas, Fabian, “Custom as the Product of Successful Argumentative Campaigns”, en D’Aspremont, Jean y Droubi, Sufyan (eds.), *Non-State Actors and the Formation of Customary International Law*, Manchester University Press, 2020; Cárdenas, Fabian, “Un caso de Volver al futuro. Las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la identificación de la costumbre”, *Vniversitas* 69, 2020; Cárdenas, Fabián y Rojas, Santiago, “Costumbre internacional: una lectura desde Latinoamérica a la perspectiva ortodoxa de la fuente no escrita del derecho internacional”, en Urueña, René (ed.), *Manual de derecho internacional público*, Universidad de Los Andes, 2022.

²⁸ *Ibidem*, p. 231.

²⁹ Resolución 1373 de 2001, aprobada por el Consejo de Seguridad en sesión 4385 del 28 de septiembre de 2001.

exhorta a los Estados a que tipifiquen el delito de financiación del terrorismo, así como se obliga a la abstención de proporcionar cualquier tipo de apoyo, activo o pasivo, a las organizaciones que participen en actos considerados como terroristas.

A partir de este antecedente, el sistema de obligaciones funciona basado en un modelo de jurisdicción universal, interconectada con las obligaciones internacionales, vinculadas a un territorio o conflicto específico.³⁰ Fue la primera vez en la que el CSNU creó una norma basada en el capítulo VII de la Carta de la ONU, no ligada a un conflicto específico, siendo la única alternativa hasta ahora en el derecho internacional a través de la cual se estableció una norma general y abstracta, obligatoria para los miembros de Naciones Unidas. El alcance de sus resoluciones plantea la posibilidad de considerar al CSNU como un legislador universal, a través de su *locus* en el sistema de Naciones Unidas.³¹

La Resolución 1373 como marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo ha generado repercusiones mayores a las de una fuente tradicional, y es efectiva y vinculante para los Estados miembros de la ONU,³² al ser una resolución emitida en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU, que le otorga estatus de superioridad jerárquica dentro del DI. Esto, de conformidad con el artículo 103 de la Carta de la ONU, donde se establece que en caso de un conflicto entre normas de otro convenio internacional con respecto a las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas prevalecerán las obligaciones emanadas de la Carta de la ONU.³³ De este modo, se puede deducir que la obligación de combatir al terrorismo posee efectos generales, así como su anteriormente descrita prevalencia respecto a otras obligaciones presentes en otros tratados fuera del sistema de Naciones Unidas. Por ello, se podría también alegar la prevalencia de la Resolución 1373 respecto de obligaciones relativas al medio ambiente. Este

³⁰ Shaw, Malcolm, *International Law*, 6a. ed., New York, Cambridge University Press, 2008, p. 116.

³¹ Marschik, Axel, "The Security Council as World Legislator?: Theory, Practice and Consequences of an Expanding World Power", IILJ Working Paper núm. 2005-18, 2005; Rosand, Eric, "Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism", *The American Journal of International Law*, vol. 97, núm. 2, 2003, pp. 333-341; Smit Duijzentkunst, Bart L., "Interpretation of Legislative Security Council Resolutions", *Utrecht Law Review*, vol. 4, núm. 3, December 2008, pp. 188-203.

³² De acuerdo con el artículo 48, "[l]a acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad".

³³ Artículo 103, Carta de la ONU.

panorama tendría un giro interpretativo en caso de que tales obligaciones ambientales sean de aquellas de *jus cogens*, a las que hizo referencia —pero no explicitó— la CIJ en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros.³⁴

Así, uno de los argumentos que pudo haber sido usado para la defensa de Colombia fue que las fumigaciones realizadas en la frontera se enmarcaban dentro de la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, respaldado por el Plan Colombia, y que se ha configurado como una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional.³⁵ Sobre este punto no se hizo ninguna mención en el acuerdo firmado pese a que pudo ser un argumento a favor del Estado colombiano ante la CIJ,³⁶ argumento que probablemente pudo presentar Colombia en el proceso contencioso, en tanto que las aspersiones aéreas fueron un mecanismo utilizado para detener los cultivos ilícitos, que fueron la principal fuente de financiación de grupos armados ilegales como las FARC-EP.³⁷

Cabe mencionar que este tipo de argumento sólo sería válido en un escenario donde las normas derivadas de la Resolución 1373 se consideren de mayor jerarquía normativa por cuenta de la Carta de la ONU, en el evento de que estos principios ambientales internacionales no se consideren de *jus cogens* (criterio que fue sugerido por la CIJ en su jurisprudencia),³⁸ así como en el entendido de que las FARC sean consideradas un grupo terrorista y no un grupo beligerante.

Frente a esto, es importante decir que este grupo armado ha tenido diversas etiquetas a lo largo de la historia en Colombia. En las primeras décadas no hubo un reconocimiento expreso de su estatus; no obstante, en el gobierno de Andrés Pastrana y hasta 2001, debido a unos diálogos de paz, fue reconocido explícitamente como un grupo beligerante. Así, aunque

³⁴ CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, 25 de septiembre de 1997, para. 112.

³⁵ Shaw, Malcolm, *op. cit.*, p. 123.

³⁶ Uribe, Diego y Cárdenas, Fabián, *op. cit.*, p. 322.

³⁷ Lista de organizaciones terroristas extranjeras del Departamento de Estado de Estados Unidos, “Foreign terrorist organizations, U.S. Department of State”, disponible en: <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>; véase también Medina Gallego, Carlos y Beltrán Beltrán, Santos Alonso, *FARC-EP, flujos y reflujos. La guerra de las regiones*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 34; Lloyd, Marshall, “Conflict, Intervention and Drug Trafficking: Unintended Consequences of United States Policy in Colombia”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 36, Issue 2, 2011, pp. 293-350; Holmes, J. S., “Drugs Violence and Development in Colombia: A department-level Analysis”, *Latin American Politics and Society*, vol. 48, núm. 03, 2006, pp. 157-184.

³⁸ *(Hungary/Slovakia)*, fallo..., *cit.*, para. 53 y 112. Aquí la Corte habló del surgimiento de estas “nuevas normas *peremptorias* del derecho ambiental”.

actualmente muchos lo consideran un grupo beligerante por cuenta de los acontecimientos acaecidos con posterioridad a la firma de los Acuerdos de Paz de La Habana de 2016, lo cierto es que al momento de la ocurrencia de los hechos que dieron origen al diferendo con Ecuador que aquí se analiza era considerado expresamente por el gobierno colombiano, así como los Estados Unidos y la Unión Europea, como grupo terrorista,³⁹ lo que de algún modo sirvió de base para que Colombia alegara la aplicabilidad de la Resolución 1373 al caso.

No obstante lo anterior, y aunque este no es el objeto central de análisis de esta contribución, lo cierto es que en nuestra opinión el derecho internacional siempre ha dado una prevalencia a la materialidad sobre la formalidad, de modo que independientemente del estatus que le hayan podido dar unos países a las FARC sería bien un grupo beligerante y no un grupo terrorista, siempre y cuando cumpla de forma material con los requisitos que enlista el Protocolo II Adicional de las Convenciones de Ginebra, incluidos un mando responsable, ejercicio de control sobre una parte del territorio y la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas, lo cual sin duda ha sido una realidad.⁴⁰

VI. EL ACUERDO

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia emitió un comunicado el 25 de agosto de 2013, en el que informaba la suscripción de un acuerdo bilateral con Ecuador, que ponía fin a la controversia por las fumigaciones aéreas con glifosato en la frontera.⁴¹ Este evento reiteró la importancia de la

³⁹ Departamento de Estado de los Estados Unidos, Organización terrorista internacional, disponible en: <https://web.archive.org/web/20090513211359/http://www.state.gov/s/ct/rls/other/des/123085.htm>, desde 1997 en el gobierno de Bill Clinton las FARC fue considerado un grupo terrorista por medio de la “Antiterrorism and Effective Death Penalty Act”. En 2001 fue ratificada la decisión cuando se incluyó en la lista de una Specially Designated Global Terrorist, disponible en: <https://web.archive.org/web/20100527154228/http://www.ustreas.gov/press/releases/hp119.htm>, fueron reconocidos como terroristas por la UE el 12 de junio de 2002. Se mantuvo en la lista de la Unión Europea hasta 2016, cuando se firmó el acuerdo de paz.

⁴⁰ Protocolo II Adicional a las Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional, 1977.

⁴¹ Comunicado sobre el Acuerdo amistoso alcanzado por Colombia y Ecuador para terminar el proceso ante la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/comunicado-sobre-acuerdo-amistoso-alcanzado-colombiay-ecuador-terminar-proceso-ante-la-corte>, “Colombia destaca acuerdo «amistoso» con Ecuador sobre fumigaciones en la frontera”,

figura de la negociación para la solución pacífica de controversias.⁴² En este texto publicado se pudo observar que su contenido en gran medida contenía una lista de obligaciones dirigidas de manera casi exclusiva hacia Colombia.⁴³ Tal y como se encontraban en la demanda original, los primeros nueve puntos del acuerdo parecen realmente un sumario de aceptación de las pretensiones de Ecuador ante la CIJ:

(a) Colombia ha violado sus obligaciones bajo el derecho internacional, al causar o permitir el depósito en el territorio de Ecuador de herbicidas tóxicos, que han causado daños a la salud humana, los bienes y el medio ambiente.

(b) Colombia deberá indemnizar a Ecuador por cualquier pérdida o daño causado por sus actos contrarios al derecho internacional, a saber, el uso de herbicidas, como por la aspersión aérea, y en particular por: (i) muerte o daños a la salud de cualquier persona o personas derivados de la utilización de tales herbicidas; y (ii) cualquier pérdida o daño a la propiedad o la vida o de los derechos humanos de esas personas, y (iii) el daño ambiental o el agotamiento de los recursos naturales, y (iv) los costos de monitoreo para identificar y evaluar los riesgos futuros para la salud pública, los derechos humanos y el medio ambiente resultante de la utilización por Colombia de herbicidas, y cualquier otra pérdida o daño, y

(c) Colombia deberá (i) respetar la soberanía y la integridad territorial de Ecuador; y (ii) tomar inmediatamente todas las medidas necesarias para evitar que, en cualquier parte de su territorio, el uso de herbicidas tóxicos, de tal manera que pudieran ser depositados en el territorio de Ecuador, y (iii) prohibir el uso, a través de la dispersión aérea, de estos herbicidas en el Ecuador, o sobre cualquier parte de su frontera”. En el primer punto del acuerdo Colombia declara que: “de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, de acuerdo con sus obligaciones internacionales, y con el ánimo de seguir construyendo la mencionada agenda positiva entre los dos países hermanos; reafirma su compromiso con la observancia del más absoluto respeto a la soberanía del hermano país de Ecuador, a los derechos de sus habitantes y a su medio ambiente”.⁴⁴

Caracol Radio, 13 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/colombia-destaca-acuerdo-amistoso-con-ecuador-sobre-fumigaciones-en-lafrontera/20130913/nota/1970683.aspx>.

⁴² Cárdenas, Fabián, “Negociar es la salida”, *El Espectador*, 27 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.elspectador.com/noticias/elmundo/negociar-salidaafectiva-cij-articulo-442618>.

⁴³ Cárdenas, Fabián, “El verdadero acuerdo entre Colombia y Ecuador”, *El Espectador*, 21 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.elspectador.com/noticias/politica/el-verdadero-acuerdo-entre-colombia-y-ecuador-articulo-452966>.

⁴⁴ Punto 1. Acuerdo entre la República de Ecuador y la República de Colombia para la solución de la controversia existente en la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 64.

Aunque Colombia y Ecuador aseguraron que el anterior acuerdo fue una negociación, vistos los parámetros que ha establecido el derecho internacional para su alcance, así como considerando la prevalencia de la materialidad sobre la formalidad, consideramos que el documento no es otra cosa que un allanamiento o aceptación de pretensiones. La doctrina de derecho internacional relativa a los mecanismos de solución de controversias incluye dentro de una de sus alternativas a la negociación. Según algunos doctrinantes, la negociación es un mecanismo por medio del cual las partes dan por terminada una controversia internacional de manera directa y sin la intervención de un tercero (como ocurre en la mediación o los buenos oficios).⁴⁵ Ella se perfecciona cuando las partes alcanzan un acuerdo relativo a puntos contrarios de hecho o de derecho que generaron el diferendo.⁴⁶ Asimismo, han existido instancias judiciales internacionales donde incluso se asegura que negociar es una obligación de las partes de una controversia aun antes de acudir a otro mecanismo.⁴⁷

En todo caso, y precisamente lo que nos interesa resaltar, es que en derecho internacional se ha considerado que más allá de su nombre o etiqueta, o de las modalidades que pueda tomar una negociación, este mecanismo de solución pacífica de controversias tiene unos elementos esenciales que deben ser necesariamente seguidos, como la buena fe⁴⁸ y la reciprocidad. Este último implica alcanzar un acuerdo que resuelva las divergencias de hecho o de derecho de modo que exista un balance muto de los compromisos y las cargas por parte de las partes; de modo que aunque no existe una regla respecto de la proporción en la que se deben distribuir los compromisos, sí se ha establecido que una negociación no es aquel acuerdo donde las cargas le corresponden a una sola de las partes. Esto, por ejemplo, se ilustra en el acuerdo logrado entre Islandia y Reino Unido relativo a los espacios de pesca en el Mar del Norte. También fue reiterado en casos como el de Malasia-Singapur, Estados Unidos y Canadá, así como Australia Papúa Nueva Guinea.⁴⁹

⁴⁵ Merrills, John, “The Means of International Dispute Settlement”, en Evans, Malcom (ed.), *International law*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 531.

⁴⁶ Respecto de la definición de “controversia internacional”, véase Corte Permanente de Justicia Internacional, *Macrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, fallo, 30 de agosto de 1924, p. 11.

⁴⁷ CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, fallo, 20 de febrero de 1969, para. 85.

⁴⁸ Lago Lanoux (Francia v. España), Tribunal de Arbitramento, decisión del 16 de noviembre de 1957, p. 127.

⁴⁹ “Reclamación de Tierras (Malasia c. Singapur)”, ITLOS, medidas provisionales, 8 de octubre de 2003, par. 10. Tratado del Estrecho de Torres: Tratado de delimitación marítima (Australia y Papua Nueva Guinea)”, *American Journal of International Law*, vol. 76, pp. 321-

De lo anterior se puede colegir, que el documento constituye materialmente una aceptación de responsabilidad internacional por parte de Colombia, y no una negociación en estricto sentido. De esto también se puede deducir que no hubo un reconocimiento mutuo de obligaciones, ya que esta fue una declaración unilateral de Colombia. En segundo lugar, Colombia se comprometió a adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el herbicida usado para la erradicación de cultivos ilícitos llegara a territorio ecuatoriano.⁵⁰ En el documento no se argumenta de alguna manera el hecho de que estas fumigaciones se realizaron en el marco de la obligación de enfrentar el financiamiento del terrorismo a través del narcotráfico, así como tampoco se solicitó a Ecuador la creación de políticas conjuntas para abordar el problema de los cultivos ilícitos en la frontera. A este desequilibrio agrega Colombia que en el documento lamenta que las aspersiones en territorio colombiano hayan alcanzado accidentalmente a territorio ecuatoriano,⁵¹ sin tener en cuenta lo ya descrito acerca de las obligaciones con respecto a la lucha contra el terrorismo.

Esta declaración, junto con los dos primeros artículos del Acuerdo, deja ver un reconocimiento implícito por parte del Estado colombiano de un daño al territorio ecuatoriano causado por las aspersiones. En los tres primeros puntos se puede ver la aceptación del daño causado por parte de Colombia al territorio de Ecuador, mientras los puntos posteriores del Acuerdo son medios de reparación y de no repetición del daño causado en la frontera, además de haberse vinculado con principios del derecho internacional ambiental, desde el punto de vista conceptual.⁵²

349; Dyal, Gary, “Canada-United States Memorandum of Understanding Regarding Application of National Antitrust Law: New Guidelines for Resolution of Multinational Antitrust Enforcement Disputes”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 6, Issue 4, 1985, p. 1065.

⁵⁰ Punto 2. Acuerdo entre la República de Ecuador y la República de Colombia, *supra* nota 64.

⁵¹ Punto 3. Acuerdo entre la República de Ecuador y la República de Colombia, *supra* nota 64.

⁵² “Artículo 28. Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito. La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30. Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

a) A ponerle fin si ese hecho continúa;

En el punto 4, donde Colombia se obliga a crear una zona excluida de aspersiones de diez kilómetros en la frontera, comprometiéndose a no reducirla a menos de dos kilómetros, complementa la obligación de Colombia de tomar medidas para prevenir que el herbicida llegara a territorio ecuatoriano.⁵³

El uso conceptual del DIA se puede evidenciar en el compromiso de informar a Ecuador acerca de las fumigaciones que se realizan en Colombia, siempre que éstas sean efectuadas en un área de diez kilómetros próximos a la frontera,⁵⁴ lo cual puede interpretarse en términos de responsabilidad como una forma de cesación y no repetición del daño;⁵⁵ asimismo, en un reconocimiento implícito al principio de evaluación del impacto ambiental, según el cual deberá emprenderse una evaluación cuando una actividad probablemente llegue a producir un efecto colateral negativo en el medio ambiente.⁵⁶ También podemos ver los conceptos del DIA en el compromiso de divulgación de la composición química de los elementos usados para la fumigación, así como el compromiso de no modificarlos sin consultar anticipadamente con Ecuador, en el que también se vería reconocido el deber de información y rendición de cuentas (*Accountability*) como producto de aplicación del principio de debida diligencia, así como el principio de precaución, dada la incertidumbre científica respecto a los impactos de las aspersiones aéreas con glifosato.⁵⁷ Materialmente, el Estado colombiano se allanó a las pretensiones presentadas por Ecuador en la demanda ante la CIJ.⁵⁸

El artículo 8 del Acuerdo establece la creación de un protocolo especial para la atención de quejas en la frontera, que sin embargo está dirigido únicamente a nacionales ecuatorianos, lo que hace evidente su carácter unila-

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001”.

⁵³ Punto 4. Acuerdo entre la República de Ecuador y la República de Colombia, *supra* nota 64.

⁵⁴ Punto 5. Acuerdo entre la República de Ecuador y la República de Colombia, *supra* nota 64.

⁵⁵ Artículo 31. Reparación. 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 113.

⁵⁶ Sands, Philippe, *op. cit.*, p. 799.

⁵⁷ Principio 15. Declaración de Río de Janeiro, *supra* nota 84. Véase Uribe, Diego y Cárdenas, Fabián, *op. cit.*, p. 193; Sands, Philippe, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁸ Si bien en las pretensiones de Ecuador no se incluyó expresamente que Colombia revelara la composición del químico utilizado, sí hace referencia a esto en la demanda (*Ecuador v. Colombia*)..., *cit.*, para. 4-6.

teral. Esto demuestra la falta de compromisos recíprocos, que además dejó de lado el problema de los cultivos ilícitos, al concentrarse de manera casi exclusiva en la reparación del daño causado por las fumigaciones.

En el artículo 9 del Acuerdo se establece la obligación por parte del Estado colombiano, de entregar una “contribución económica” de quince millones de dólares, que debía ser invertida en el desarrollo social y económico del área fronteriza afectada por las aspersiones. Esta contribución no fue definida en términos de cooperación o reparación; sin embargo, puede inferirse que se trata de una reparación en tanto indemniza los daños causados, y que Ecuador solicitó dentro de la demanda.⁵⁹ La única obligación establecida para Ecuador fue el retiro de la demanda conforme al artículo 89 del reglamento de la CIJ,⁶⁰ y esto fue blindado al frenar cualquier opción judicial internacional en el artículo 11 del acuerdo, lo que impidió iniciar un proceso similar acerca de los mismos hechos que generaron el acuerdo, y se restringió únicamente al arbitraje para la interpretación del documento.⁶¹

De acuerdo con el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos y las características por éste enunciadas acerca de la definición de la responsabilidad internacional,⁶² Colombia realizó las medidas indicadas en el capítulo correspondiente a la responsabilidad de los Estados, al atribuirse un hecho internacionalmente ilícito y detener el mismo, así como al obligarse a ofrecer las medidas apropiadas para garantizar la no repetición del daño y la reparación de los daños causados.⁶³

Como Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, Colombia se obligó a parar las fumigaciones en la frontera y establecer una zona de exclusión de las fumigaciones aéreas, deteniendo la actividad que

⁵⁹ *Ibidem*, para. 38.

⁶⁰ “Artículo 89, 1. Si, en el curso de un procedimiento incoado mediante una solicitud, el demandante informara por escrito a la Corte que renuncia a continuar el procedimiento y si, en la fecha de la recepción en la Secretaría de la Corte de este desistimiento, la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto de que se trate del Registro General. El secretario enviará copia de dicha providencia al demandado”.

⁶¹ “Artículo 11. Las autoridades de Ecuador y Colombia se abstendrán de iniciar procesos internacionales referentes a los mismos hechos que generan el presente Acuerdo, con la única excepción de los arbitrajes que se iniciaren en desarrollo de lo convenido en el párrafo 13 del presente Acuerdo”.

⁶² La existencia de una obligación internacional vigente, una acción u omisión que viola la obligación y que es imputable a un Estado responsable, y por último el daño ocurrido resultado de la acción u omisión ilegal. Shaw, Malcolm, *op. cit.*, p. 781.

⁶³ *Ibidem*, p. 800.

causaba daño, y establecer las garantías necesarias para la no repetición, según lo establecido en el artículo 30 del Proyecto de Artículos. Además, realizó una compensación económica, que puede interpretarse como una forma de reparar el daño causado en la frontera con Ecuador. De lo anteriormente expuesto es posible concluir que el Acuerdo entre los dos Estados constituyó la aceptación de la responsabilidad internacional por parte de Colombia de la violación de obligaciones internacionales en contra de Ecuador, haciendo de la negociación una herramienta alternativa al litigio internacional.

VII. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA MATERIALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS EFECTOS DE LAS DEMANDAS INCONCLUSAS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Hay dos aspectos que resulta importante comentar a manera de conclusión. Por un lado, un aspecto de naturaleza de teoría jurídica internacional, como lo es la lucha entre las realidades y las formas, y, por otro, el efecto final que dejan estas fallidas jurisprudencias en el derecho internacional (ambiental).

La tensión que se vive entre la materialidad y la forma en el derecho internacional es un fenómeno que se presenta en múltiples niveles. En el presente caso se vio manifestada en el Acuerdo que firmaron Ecuador y Colombia para ponerle fin a la controversia. Así, mientras que las partes divulgaron formalmente el haber llevado a cabo una negociación, materialmente el acto consistió más en un allanamiento a las pretensiones de la demanda por parte de Colombia a cambio de un favor político, consistente en un acto jurídico como lo fue el retiro de la misma por parte de Ecuador. Y la pregunta que queda es si un acto en el derecho internacional es lo que su nombre indica o lo que su materialidad representa; esto, en caso de que los dos elementos resulten contradictorios. Mientras que las partes llamaron al acuerdo una negociación, el contenido del documento carecía de la bilateralidad propia que el derecho consuetudinario exige de la misma. En derecho internacional los actos no son simplemente lo que su nombre indica, sino lo que materialmente constituyen.

Este criterio se ve claramente evidenciado, para citar un ejemplo, en el derecho de los tratados, y más concretamente, en la definición de tratado. Así, los comentarios de la CDI de la ONU son enfáticos en aclarar que si bien un tratado internacional propiamente dicho puede llevar cualquier nombre, como “protocolo”, “convención”, “carta”, “estatuto”, “pacto”, entre otros, lo que determina su naturaleza no es su nombre, sino el cumplimiento de los parámetros establecidos en la CVDT de 1969, es decir, que se

trate de un acuerdo internacional, celebrado por escrito, entre mínimo dos Estados, que sea regido por el derecho internacional.

La misma lógica jurídica ha sido utilizada también para entender, por ejemplo, la definición de una organización internacional, a fin de identificar un verdadero sujeto de derecho internacional distinto al Estado. Así, sin importar su designación, tenga o no en su calificativo el nombre de “organización internacional”, se hace siempre necesario verificar si se está frente a un espacio de cooperación creado a través de una fuente de derecho internacional, entre mínimo dos Estados, regido por el derecho internacional, y con por lo menos un órgano con voluntad propia. Esto permite evidenciar la existencia de organismos internacionales que teniendo el nombre de “organizaciones internacionales” no lo son, mientras que otros poseen debida subjetividad jurídica internacional aun a pesar de la carencia de un nombre propio que los identifique como tal.

Resulta apenas lógico que los mecanismos de solución de controversias no serían la excepción, de modo que una negociación no se determina por el nombre o calificativo que le den las partes, sino por el hecho que evidencia la materialidad que impone el derecho internacional, razón por la que reiteradamente se mencionó que la publicitada negociación realmente no se dio, cuando simplemente se aceptaron los cargos, respaldados con el pago de los quince millones de dólares que exigía la pretensión inicial. No obstante, quedan dudas frente a los efectos de dicha simulación. ¿Por qué un Estado decide finalmente pagar y allanarse a los cargos con tal de evitar una decisión de fondo? El beneficio es esencialmente político, al evitar que un acto jurídico salga a la luz en el que explícitamente se califica al Estado como violador del derecho internacional. Sin embargo, ¿quiere esto decir que finalmente no se vulneró el derecho internacional? De ninguna manera. Se estima que tan evidentes eran las vulneraciones y las bajas expectativas de tener resultados favorables en una eventual defensa de fondo, que por eso se opta por satisfacer las pretensiones del demandante. La desilusión radica más en el hecho de que se cerró, en esta circunstancia, la posibilidad de que la CIJ se pronunciara de manera taxativa sobre principios del derecho internacional del medio ambiente, lo cual se hace muy necesario en el mundo contemporáneo del siglo XXI.

La prevalencia de la materialidad sobre las formas en el derecho internacional continúa siendo una realidad jurídica que brinda enormes beneficios, brindando estabilidad y seguridad jurídica a las relaciones internacionales. Esto permite que el derecho no pueda ser absolutamente maleable y manipulable como en ocasiones se procura con el manejo textual. La pre-

valencia de la materialidad sobre las formas le ofrece al derecho internacional una dosis de objetividad necesaria, que permite la distinción entre la política y la diplomacia, por un lado, y la norma jurídica internacional, por el otro.

Por otra parte, no se podría cerrar este capítulo sin mencionar que se estima que la fallida jurisprudencia en materia ambiental no es inútil. Todo lo contrario. Aunque no sea posible concretar desarrollos normativos con la claridad que demandan las circunstancias vigentes, toda la práctica que emerge en el desarrollo de la actividad judicial internacional sin lugar a duda coadyuva para la consolidación de la práctica y *opinio juris* que muchos principios ambientales requieren para su caracterización consuetudinaria.

Así, si bien en un caso como el de Ecuador contra Colombia por las aspersiones aéreas con glifosato no se logró obtener una decisión de fondo que idealmente abordara el derecho internacional ambiental, ratificando la vigencia de sus diversos principios, se considera que lo contenido en los alegatos de las partes, así como en los procedimientos preliminares que alcanzaron a surtir, constituyen práctica internacional, que no puede ser ignorada al momento de analizar si sus diversos contenidos son formalmente costumbre internacional, y, por ende, jurídicamente vinculantes.

Es por esto que la aplicación en su conjunto, que referencia el carácter consuetudinario de principios como el de prevención, precaución, evaluación de impacto ambiental, prohibición del daño ambiental transfronterizo, entre otros, junto con el allanamiento de los cargos por parte de Colombia, son una importante fuerza legitimadora de los principios. Y aunque en algunos casos —como en el del principio de precaución— se mantiene aún la incertidumbre, eventos como el del presente diferendo profundizan el valor jurídico del mismo, y pueden servir como base argumentativa de futuros alegatos, en futuros casos, así como en un anhelado pronunciamiento futuro donde la Corte, finalmente, lo ratifique como tal. Todos estos esfuerzos, por ende, no son perdidos, y aunque por sí mismos no producen efectos jurídicos concretos, no hay duda de que contribuyen en gran medida al proceso continuo de consolidación del derecho internacional ambiental como una de las subespecialidades del derecho internacional, que dominará la práctica y la investigación jurídica internacional para el siglo XXI.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo firmado entre la canciller Carolina Barco y su homólogo ecuatoriano Francisco Carrión, 7 de diciembre de 2005.

- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE, “Plan Colombia. Los impactos nocivos de la fumigación aérea de cultivos de coca y amapola”, 11 de noviembre de 2010, disponible en: <http://www.aida-americas.org/es/project/planColombia>.
- CÁRDENAS, Fabián, “Custom as the Product of Succesful Argumentative Campaigns”, en Jean d’Aspremont & Sufyan Droubi (eds), *Non-State Actors and the Formation of Customary International Law*, Manchester University Press, 2020.
- CÁRDENAS, Fabián, “Un caso de Volver al futuro. Las conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la identificación de la costumbre”, *Vniversitas* 69, 2020.
- CÁRDENAS, Fabián, “Costumbre internacional: una lectura desde Latinoamérica a la perspectiva ortodoxa de la fuente no escrita del derecho internacional”, en URUEÑA, René (ed.), *Manual de derecho internacional público*, Universidad de Los Andes, 2020.
- CÁRDENAS, Fabián, “Negociar es la salida”, *El Espectador*, agosto 27 de 2013, disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/negociar-salidaefectiva-cij-articulo-442618>.
- CÁRDENAS, Fabián, “El verdadero acuerdo entre Colombia y Ecuador”, *El Espectador*, 21 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-verdadero-acuerdo-entre-colombia-y-ecuador-articulo-452966>.
- CÁRDENAS, Fabián, “La obligación de protección ambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en MOREIRA, Alberto César y PRIETO, Rafael A. (eds.), *La responsabilidad internacional del Estado y el medio ambiente. Un debate urgente*, Bogotá, Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2017.
- CÁRDENAS, Fabián y GARCÍA, Felipe, “Desafíos interpuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, vol. 2, 2009.
- CÁRDENAS, Fabián, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 33, 2013.
- CÁRDENAS, Fabián y CASALLAS, Oscar, “La negociación como estrategia de defensa del Estado y el caso Ecuador v. Colombia por las fumigaciones con glifosato”, en PRIETO SANJUÁN, Rafael A. (ed.), *Derecho del litigio internacional. Herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales*

- en el siglo XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Centro de Estudios de Derecho Internacional, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO, “El Plan Colombia ¿sigue vigente?”, octubre 10 de 2003, disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/El-Plan-Colombia-Sigue-vigente#1>.
- “Colombia destaca acuerdo «amistoso» con Ecuador sobre fumigaciones en la frontera”, *Caracol Radio*, 13 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/colombia-destaca-acuerdo-amistoso-con-ecuador-sobre-fumigaciones-en-lafrontera/20130913/nota/1970683.aspx>.
- Comunicado sobre el Acuerdo amistoso alcanzado por Colombia y Ecuador para terminar el proceso ante la Corte Internacional de Justicia, disponible en: <http://www.cancilleria.gov.co/comunicado-sobre-acuerdo-amistoso-alcanzado-colombiay-ecuador-terminar-proceso-ante-la-corte>.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.
- Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 6 de junio de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, 1972.
- Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992).
- DYAL, Gary, “Canada-United States Memorandum of Understanding Regarding Application of National Antitrust Law: New Guidelines for Resolution of Multinational Antitrust Enforcement Disputes”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 6, Issue 4, 1985.
- “Ecuador presenta en la OEA reclamo a Colombia por fumigaciones de herbicidas en la frontera”, OEA, comunicados de prensa, C-005 de 2007, disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-005/07.
- HOLMES, J. S., “Drugs Violence and Development in Colombia: A department-level Analysis”, *Latin American Politics and Society*, vol. 48, núm. 3, 2006.
- “La policía colombiana pone fin a las fumigaciones aéreas con glifosato en la frontera con Ecuador”, *El Tiempo*, 29 de enero de 2007, disponible en: <http://e.eltiempo.com/media/produccion/especialReyes/cronologiaRelaciones/cronologiaReyes.swf>.

- Lista de organizaciones terroristas extranjeras del Departamento de Estado de los Estados Unidos “Foreign Terrorist Organizations, U.S. Department of State”, disponible en: <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>.
- LLOYD, Marshall, “Conflict, Intervention and Drug Trafficking: Unintended Consequences of United States Policy in Colombia”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 36, Issue 2, 2011.
- MARSHIK, Axel, “The Security Council as World Legislator?: Theory, Practice and Consequences of an Expanding World Power”, IILJ Working Paper núm. 2005-18, 2005.
- MEDINA, Carlos, *FARC EP. Flujos y Reflujos: la guerra de las regiones*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MERRILLS, John, “The Means of International Dispute Settlement”, *International Law*, Malcom Evans (ed.), New York, Oxford University Press, 2003.
- Opinión Consultiva 023, Derechos Humanos y Medio Ambiente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.
- Reporte del progreso del Plan Colombia (Plan Colombia Progress Report), Estrategia de Fortalecimiento de la democracia y el desarrollo social.
- Resolución 1373 de 2001, aprobada por el Consejo de Seguridad en sesión 4385 del 28 de septiembre de 2001.
- ROSAND, Eric. “Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism”, *The American Journal of International Law*, vol. 97, núm. 2, 2003.
- TRANSNATIONAL INSTITUTE, “Las Fumigaciones en el marco del Plan Colombia, Drogas y democracia”, 1o. de diciembre de 2004, disponible en: <http://www.tni.org/es/article/las-fumigaciones-en-elmarco-del-plan-Colombia>.
- SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, 2a. ed., New York, Cambridge University Press, 2003.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 6a. ed., Cambridge University Press, New York, 2008.
- SILVA, Romeu da y MATA, Jamile, “Precautionary Principle: Definition of Beacons for Prudent Application”, *Veredas do Direito*, 15, 2018.
- SMIT DUIJZENTKUNST, Bart L., “Interpretation of Legislative Security Council Resolutions”, *Utrecht Law Review*, vol. 4, núm. 3, December 2008.
- Trail Smelter Arbitration (U.S. v. Can.), marzo 1941, Reports of International Arbitration Awards, UN, 2006.
- Tratado del Estrecho de Torres: Tratado de Delimitación Marítima (Australia y Papua Nueva Guinea), *American Journal of International Law*, vol. 76.

“*Un Chaier Spécial sur l’Amérique Latine*. El Plan Colombia—Texto Oficial de la embajada de los EEUU”, *Le Monde Diplomatique*, Bogotá, disponible en: <https://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ameriquelatine/plancolombieus>, 12 de septiembre de 2017.

UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html>, accessed 23 October 2017.

URIBE, Diego y CÁRDENAS, Fabián, *Derecho internacional ambiental*, Bogotá, Fundación Universitaria “Jorge Tadeo Lozano”, 2010.

Casos

CIJ, *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*.

CIJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*.

CIJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*.

CIJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*.

CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

CPJI, *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, *Caso Lago Lanoux (Francia v. España)*, decisión del 16 de noviembre de 1957.

ZONA FRONTERIZA (COSTA RICA C. NICARAGUA)
Y CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA
A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN (NICARAGUA C. COSTA RICA)
(PROCEDIMIENTOS ACUMULADOS), 16 DE DICIEMBRE DE 2015

Juan Manuel PORTILLA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de las pretensiones de Costa Rica y Nicaragua sobre la cuenca del río San Juan*. III. *La existencia de violaciones a la soberanía territorial de los Estados*. IV. *La existencia de violaciones a las obligaciones de los Estados en materia de derecho ambiental internacional*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos acumulados en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua) y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica) demuestran la complejidad de los problemas geopolíticos que han caracterizado la relación bilateral entre estos dos Estados centroamericanos en los últimos años.

Esta complejidad se refleja en el importante número de casos contenciosos que opusieron Costa Rica y Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ). En efecto, en los últimos ocho años los dos países han interpuesto demandas ante este órgano judicial internacional en cinco ocasiones. En primer lugar, el 13 de julio de 2009 la CIJ adoptó una sentencia en el asunto *Dispute regarding Navigational and Related Rights*.¹ Actualmente se encuentran en proceso ante la Corte una demanda presentada por Costa Rica en 2014 en el caso *Maritime delimitation in the Caribbean sea and the*

¹ CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), fallo, 13 de julio de 2009.

Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)² y otra sometida por Costa Rica en 2017 en el caso *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos* (Costa Rica v. Nicaragua).³ Por una orden procesal del 2 de febrero de 2017, la Corte decidió acumular los procedimientos en estos dos asuntos.⁴ Estos antecedentes manifiestan así una tendencia en Nicaragua⁵ y Costa Rica de considerar a la CIJ como un mecanismo “predilecto” para la resolución de sus controversias internacionales.⁶

Desde una perspectiva general, el asunto es muy ilustrativo de la proliferación de casos latinoamericanos ante la CIJ. En efecto, en el periodo de 2010 a 2017 fueron introducidos ante el foro de este tribunal internacional más de diez casos contenciosos entre países latinoamericanos. Adicionalmente, se trata del tercer caso latinoamericano ante la Corte que trata de una problemática relacionada con la protección internacional del medio ambiente,⁷ y el tercer caso de la jurisprudencia de la CIJ, cuyo trasfondo

² CIJ, *Maritime delimitation in the Caribbean sea and the Pacific Ocean* (Costa Rica v. Nicaragua), procedimientos instituidos, solicitud, 25 de febrero de 2014.

³ CIJ, *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos* (Costa Rica v. Nicaragua), procedimientos instituidos, solicitud, 16 de enero de 2017.

⁴ *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos*, orden, 2 de febrero de 2017.

⁵ Junto con estos cinco casos, desde 1960, Nicaragua suma en total trece controversias, en las que ha comparecido ante la CIJ en la cualidad de demandante, demandado o interviniente. Podemos citar los casos: *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Colombia) 2013, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast* (Nicaragua v. Colombia) 17 de marzo de 2016; *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua) 13 de junio de 2009; *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) (El Salvador v. Honduras) 18 de diciembre de 2003; *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia) 13 de diciembre de 2007; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras) 8 de octubre de 2007; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) 13 de septiembre de 1990; *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras) 20 de diciembre de 1988; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) 27 de junio de 1986; *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (Honduras v. Nicaragua) 18 de noviembre de 1960.

⁶ Cabe señalar que este recurso constante a la CIJ por parte de Nicaragua y Costa Rica ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina de derecho internacional en ambos Estados. Así, por ejemplo, según el profesor costarricense Nicolás Boeglin, los repetidos recursos ante la justicia de La Haya representan importantes e innecesarios gastos por parte de Costa Rica (Boeglin, Nicolás, *El fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes*, 26 de diciembre de 2015, disponible en: www.dipublico.org).

⁷ La Corte tuvo que pronunciarse sobre problemas relativos a la existencia de daños ambientales transfronterizos en el caso *Plantas de Celulosa* (CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Fallo, 20 de abril de 2010) y en el asunto de las Fumigaciones

atañe a posibles daños ambientales en el área de un río que constituye un recurso natural compartido entre dos Estados.⁸

El presente caso se originó en una demanda presentada por Costa Rica ante la Secretaría de la Corte el 18 de noviembre de 2010. En dicha demanda, Costa Rica alegaba que Nicaragua había invadido y ocupado territorio costarricense, y que posteriormente había excavado un canal (o “caño”) en dicho territorio como resultado de la realización de trabajos de dragado en el río San Juan.

Después de haber examinado la demanda de Costa Rica, el 8 de marzo de 2011, la Corte adoptó una orden de medidas cautelares, dirigida a ambas partes. Entre otros, la Corte indicó que “las partes se abstendrán de enviar o mantener personal, ya sea civil, policial o de seguridad, en el territorio en disputa, incluido el caño...”.⁹

El 22 de diciembre de 2011, Nicaragua presentó ante la Corte una demanda en contra de Costa Rica; argumentó que Costa Rica había violado su soberanía y había causado un grave daño ambiental en su territorio como consecuencia del desarrollo de un proyecto de construcción de carretera a lo largo del cauce del río San Juan.

Posteriormente, el 23 de mayo de 2013, Costa Rica solicitó a la CIJ, modificar las medidas cautelares ya pronunciadas en 2011 sobre la base del artículo 76 de su Reglamento.¹⁰ La Corte rechazó esta solicitud y precisó que en aplicación de dicha disposición no existía un cambio de la situación, susceptible de justificar una modificación de las medidas indicadas.¹¹ En

(CIJ, *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, 2008) que había sido iniciado mediante una demanda interpuesta por Ecuador en abril de 2008 y fue retirado por una orden del presidente de la Corte del 13 de septiembre de 2013 después de que ambas partes alcanzaron un acuerdo para poner fin a la controversia, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/138/17529.pdf>.

⁸ En el caso *Gabcikovo-Nagymaros* (CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Fallo, 25 de septiembre de 1997) la Corte tuvo que pronunciarse sobre la protección del medio ambiente en el río Danubio y en el caso *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Pulp Mills on the River Uruguay...)*, *cit.*) sobre la posible presencia de contaminantes en el río Uruguay.

⁹ CIJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, fondo, fallo, 16 de diciembre de 2015, para. 3.

¹⁰ En virtud de dicho artículo, la Corte es competente para “revocar o modificar” en cualquier momento, antes del fallo definitivo en un caso, cualquier decisión relativa a medidas provisionales que haya tomado, debido a que se presente “un cambio en la situación” que justifique dicha acción.

¹¹ Quintana, Juan José, “Cuestiones de procedimiento en los casos *Costa Rica c. Nicaragua* y *Nicaragua c. Costa Rica* ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, p. 133.

su orden de medidas cautelares de 2013, la Corte instó a Nicaragua, entre otras cosas, a abstenerse de la realización de trabajos de dragado o de cualquier otra actividad en el “territorio en disputa” y a retirar de dicho territorio todo personal civil, militar o policiaco.¹²

La competencia contenciosa de la Corte para la resolución de los casos acumulados no fue objeto de contestaciones, y se basó en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá y en las declaraciones de aceptación de su jurisdicción obligatoria, presentadas por ambos Estados. La Corte adoptó su sentencia en el fondo de los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica c. Nicaragua) y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (Nicaragua v. Costa Rica) el 16 de diciembre de 2015.

Dicha sentencia presenta importantes implicaciones para el desarrollo de distintas reglas procesales que gobiernan los procedimientos contenciosos ante la CIJ. Asimismo, la resolución del fondo de la controversia aclara y consolida varias normas sustanciales del derecho internacional, en particular las relativas a la protección internacional del medio ambiente frente a posibles daños ambientales transfronterizos.

En el aspecto procesal, cabe resaltar que en aplicación del artículo 47 de su Reglamento,¹³ la CIJ decidió acumular los procedimientos en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica v. Nicaragua) y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* (Nicaragua v. Costa Rica). En su práctica judicial, la Corte había acumulado procedimientos únicamente en dos asuntos anteriores: *South West Africa*¹⁴ y *North Sea Continental Shelf*.¹⁵ En los casos comentados, la acumulación de los procedimientos había sido solicitada por parte de Nicaragua y aceptada por la Corte sobre la base de las similitudes que éstos presentaban. En dos órdenes del 17 de abril de 2013, la Corte señaló que dichas similitudes se derivaban, entre otros, de la identidad de las partes, de las referencias a la

¹² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, medidas cautelares, orden, 22 de noviembre de 2013, p. 354.

¹³ Según esta disposición, “la Corte podrá ordenar en cualquier momento la acumulación de los procedimientos relativos a dos o más asuntos. Podrá ordenar, asimismo, que los procedimientos escritos u orales, incluso la cita de testigos, sean comunes; también podrá ordenar la Corte, sin llegar a una acumulación formal, una acción común respecto a uno o varios elementos de esos procedimientos”.

¹⁴ CIJ, *South West Africa*, (*Ethiopia v. South Africa*; *Liberia v. South Africa*), segunda fase, fallo, 18 de julio de 1966, p. 6.

¹⁵ CIJ, *North Sea Continental Shelf* (*Federal Republic of Germany/Netherlands*), fallo, 20 de febrero de 1969.

misma área geográfica y de los efectos ambientales de obras, realizadas a proximidad de un río común.¹⁶ Además, dicha decisión fue motivada por el deseo de promover la “buena administración de la justicia” y la economía procesal.¹⁷ En este sentido, la Corte señaló que

Una decisión en el sentido de acumular los procedimientos le permitirá a la Corte examinar en forma simultánea la totalidad de los diversos asuntos interrelacionados que están en disputa y que han sido planteados por las partes, incluyendo cualesquiera cuestiones de hecho o de derecho que sean comunes a las disputas presentadas.¹⁸

No obstante, la acumulación no tuvo muchos efectos prácticos¹⁹ porque en la sentencia en el fondo, la Corte prefirió resolver ambos casos de manera separada, y su análisis en un texto único resultó artificial.²⁰

Asimismo, en los procedimientos acumulados, la Corte subrayó la importancia del cumplimiento por parte de los Estados de las medidas cautelares pronunciadas por este órgano judicial internacional.²¹ En este sentido, en el caso *Costa Rica v. Nicaragua*, la Corte consideró que, “al excavar dos caños y establecer una presencia militar en el territorio en disputa”, Nicaragua había violado sus obligaciones en virtud de la orden de medidas cautelares del 8 de marzo de 2011. A pesar de que Nicaragua había reconocido este incumplimiento y había procedido a retirar su personal militar del área, en su sentencia de fondo, la Corte enfatizó que esto no implicaba la ausencia de responsabilidad de Nicaragua por la violación ya cometida. En términos de la Corte, “lo que puede haber cesado es la violación, no la responsabilidad que emerge de esa violación”.²² La solidez de esta afirmación se entiende fácilmente en el contexto de la problemática que ha suscitado el tema de la obligatoriedad de las medidas cautelares en el de-

¹⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, acumulación de procedimientos, orden, 17 de abril de 2013, p. 170, para. 19-22; p. 187, párr. 13-16.

¹⁷ Boeglin, Nicolás, *Costa Rica/Nicaragua et CIJ. Une procédure incidente revisitée: la jonction d'instances*, Sentinelle, Bulletin, núm. 347, 2013, disponible en: http://pre.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2013/20130505_bull_347/bulletin_sentinelle_347.php#510.

¹⁸ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, acumulación de procedimientos, orden..., *cit.*, pp. 170 y 171, para. 23; pp. 187 y 188, para. 17.

¹⁹ Quintana, Juan José, *op. cit.*, p. 126.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Quintana, Juan José, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

²² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 126.

recho internacional.²³ La importancia de este aspecto de la sentencia fue subrayada en las opiniones individuales de varios de sus jueces. En su opinión individual conjunta, los jueces Tomka, Greenwood, Sebutinde y el juez *ad hoc* Dugard resaltaron la obligatoriedad de las medidas cautelares y las consecuencias que se derivan de la misma en materia de reparación.²⁴ Esta postura fue adoptada también por el juez *ad hoc* Dugard en su opinión individual.²⁵ De igual modo, en su opinión individual, el juez Cançado Trindade subrayó la dimensión preventiva de las medidas cautelares, y consideró que su régimen jurídico autónomo debe ser reconceptualizado y reforzado.²⁶

En el aspecto sustancial de los casos acumulados, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la existencia de violaciones a la soberanía territorial de los Estados (III). Asimismo, la Corte apreció el cumplimiento por parte de Costa Rica y Nicaragua de las obligaciones que les incumben en virtud de distintas normas y principios aplicables en materia de derecho ambiental internacional (IV). Ambas problemáticas se relacionan estrechamente con los antecedentes del conflicto histórico entre Costa Rica y Nicaragua y sus pretensiones respectivas sobre la cuenca del río San Juan (II).

²³ La Corte proclamó el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el controvertido caso *LaGrand* (CIJ, “*LaGrand (Germany v. United States of America)*”, fondo, fallo, 27 de junio de 2001). La Corte confirmó lo establecido en el caso *LaGrand* en el posterior caso *Avena* (CIJ, *Avena and Other Mexican Nationals (México v. United States of America)*, fondo, fallo, 31 de marzo de 2004). Esta misma afirmación fue realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el importante caso *Mamatkulov y Askarov vs. Turquía*, 4 de febrero de 2005) para desviarse de la jurisprudencia. Asimismo, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones establecieron, por su propia iniciativa, el carácter obligatorio de las medidas cautelares en el derecho internacional (CIDH, *Gutiérrez Soler v. Colombia*, 30 de junio 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/gutierrez_se_04.pdf, CIADI, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chili*, 25 de septiembre de 2001. (Para más detalles sobre este tema, véase Le Floch, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Pédone, 2008).

²⁴ Según los jueces, la CIJ tuvo que haber condenado a Nicaragua a pagar a Costa Rica todos los gastos de procedimiento (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada conjunta de los jueces Tomka, Greenwood, Sebutinde y del juez *ad hoc* Dugard, 16 de diciembre de 2015, para. 7-9).

²⁵ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez *ad hoc* Dugard, 16 de diciembre de 2015, para. 1.

²⁶ En particular, el juez examinó las condiciones para el otorgamiento de dichas medidas, el control de su aplicación por parte de la Corte y las posibles sanciones en caso de incumplimiento. Según Cançado, dichas medidas son un importante instrumento de prevención y protección que permite asegurar la preeminencia del derecho en el plano internacional. (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez Cançado Trindade, para. 46).

II. ANTECEDENTES DE LAS PRETENSIONES DE COSTA RICA Y NICARAGUA SOBRE LA CUENCA DEL RÍO SAN JUAN

La frontera entre Costa Rica y Nicaragua es el resultado de la firma de un tratado limítrofe, conocido como Tratado Cañas-Jerez, en 1858. El artículo II de este tratado establece que una parte de la frontera entre los dos Estados sigue el cauce del río San Juan desde Punta de Castilla, una pequeña población de Nicaragua, hasta la desembocadura del río en el océano Atlántico. Según el artículo VI de dicho tratado, Nicaragua cuenta con el dominio sobre las aguas del río San Juan, y Costa Rica dispone de un derecho de libre navegación en el mismo.²⁷

En la década de 1870, el gobierno nicaragüense empezó a cuestionar la validez del Tratado Cañas-Jerez, y ambos países decidieron, en 1886, someter esta cuestión al arbitraje de Grover Cleveland, el entonces presidente de Estados Unidos. En su parágrafo 3 (1), el laudo, adoptado por el presidente Cleveland (generalmente referido como “laudo Cleveland”), estableció que la frontera este entre los dos Estados “inicia en el extremo de Punta de Castilla en la desembocadura del río San Juan de Nicaragua, como ambos existían el 15 de abril de 1858”. Asimismo, dicho laudo resolvió otros aspectos controvertidos en cuanto a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Tratado Cañas-Jerez.²⁸ Posteriormente, Nicaragua y Costa Rica crearon varias comisiones de demarcación nacional, con el objetivo de resolver problemas adicionales de delimitación territorial. Uno de los miembros de estas comisiones, el general Edward Porter Alexander, adoptó cinco laudos (conocidos como “Los Laudos Alexander”), que trataron de resolver aspectos adicionales de dichos problemas, en particular los referentes a la soberanía territorial de los Estados sobre el río San Juan.²⁹

El río San Juan presenta una gran importancia natural. La cuenca del río cuenta con reservas boscosas, una abundante biodiversidad y una gran variedad de ecosistemas (forestal, fluvial, lacustre, costero).³⁰ Además, este territorio alberga varias zonas ecológicas, protegidas en el plano internacional. En particular, en la cuenca del río se ubican distintos humedales, protegidos por la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (o Convención de Ramsar).

²⁷ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 59.

²⁸ *Ibidem*, para. 60.

²⁹ *Ibidem*, para. 61.

³⁰ Quesada, Marvin, “Disputa fronteriza y valor geoestratégico del río San Juan: Nicaragua y Costa Rica”, *Revista Colombiana de Geografía*, vol. 23, 2014, pp. 69-83.

Adicionalmente, el río San Juan presenta un importante valor geoestratégico, al ser considerado como una de las mejores rutas transoceánicas en América central y una posible alternativa al ya existente canal de Panamá.³¹ Un proyecto concreto de construir un segundo canal transoceánico en el cauce de este río fue elaborado recientemente por una empresa multinacional china.³²

Nicaragua ha manifestado estar a favor de la conversión del río San Juan en un segundo canal transoceánico debido a los importantes beneficios económicos que este proyecto generaría. Por su parte, Costa Rica se ha mostrado en contra de dicha conversión y ha invocado los serios daños que dicho proyecto causaría al medio ambiente en el área.³³ Según Costa Rica, los trabajos de construcción del canal y su futuro funcionamiento provocarían daños ambientales severos en distintos ecosistemas³⁴ y afectarían negativamente el turismo ecológico que este Estado trata de promover.³⁵

Estas dos posturas contrarias se agudizaron después del inicio de dos proyectos de construcción en el área del río San Juan.

Por un lado, en octubre de 2010, Nicaragua comenzó a realizar trabajos de limpieza y dragado de un canal de navegación (o “caño”), ubicado cerca de la bahía Harbor Head o Isla Portillos, con el objetivo de mejorar el carácter navegable del río San Juan. Estos trabajos se llevaban a cabo con la presencia de personal militar y policiaco de Nicaragua en el área de la Isla Portillos. Por su parte, en diciembre de 2010, Costa Rica inició la construcción de la Ruta 1856 “Juan Rafael Mora Porras”, cuya extensión seguía

³¹ En particular, se ha considerado que, por sus dimensiones y potencial navegable, el río San Juan podría volverse un canal interoceánico más atractivo y eficiente que el canal de Panamá. Como lo señala Marvin Quesada, las dimensiones del canal de Panamá son, en la actualidad, insuficientes para hacer frente al aumento del volumen del comercio en el Pacífico y el Atlántico como consecuencia del aumento del tamaño de los buques de carga que navegan por dicho canal (Quesada, Marvin, *op. cit.*, pp. 69-83).

³² El empresario chino Wang Jing, presidente de HK Nicaragua Canal Development Investment Co., propuso financiar un proyecto multimillonario para la construcción del canal interoceánico en Nicaragua, tomando como primera opción para su ubicación el río San Juan (Quesada, Marvin, *op. cit.*, pp. 69-83).

³³ En particular, Costa Rica considera que la construcción del canal representa un grave riesgo para el equilibrio ecológico de los humedales, ubicados en la cuenca del río San Juan (Quesada, Marvin, *op. cit.*, pp. 69-83).

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ En este sentido, cabe señalar que la cuenca del río San Juan está ubicada cerca del Parque Tortuguero, uno de los parques ecológicos costarricenses más visitado y uno de los más grandes del mundo.

en buena medida el cauce del río San Juan. Posteriormente, Costa Rica envió personal militar y policiaco en su frontera con Nicaragua.³⁶

Este estallido de tensiones entre Costa Rica y Nicaragua justificó la adopción de una resolución del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 12 de noviembre de 2010. Dicha resolución instó a los gobiernos de ambos países a retirar la presencia militar de su frontera conjunta y a buscar medios pacíficos para la resolución de sus controversias. Nicaragua se negó a aplicar dicha resolución y estimó que a través de su adopción el Consejo Permanente había excedido sus competencias.³⁷

Pocos días después, el 18 de noviembre de 2010, Costa Rica presentó una demanda en contra de Nicaragua ante la CIJ; sostenía, en primer lugar, que Nicaragua había violado su soberanía territorial.

III. LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES A LA SOBERANÍA TERRITORIAL DE LOS ESTADOS

Tanto Costa Rica como Nicaragua presentaron alegatos, tendientes a demostrar la existencia de violaciones a su soberanía e integridad territorial.

En ambos casos, estos Estados se disputaban la soberanía territorial sobre un área ubicada cerca de la Isla Portillos y de la desembocadura del río San Juan en el océano Atlántico. En su orden del 8 de marzo de 2013 sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, la CIJ definió este “territorio en disputa” como “el área de humedal de aproximadamente tres kilómetros cuadrados entre el banco derecho del caño en disputa, el banco derecho del río San Juan, hasta la desembocadura de este en el mar Caribe y la laguna de Harbor Head”. El “caño en disputa” fue el que había dragado Nicaragua en 2010 durante la realización de trabajos de mejora de la navegabilidad del río.

Cabe recordar que el principio de integridad territorial es un principio consuetudinario y estructural del derecho internacional en virtud del cual los Estados tienen el derecho y la obligación de preservar sus te-

³⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 63 y 64.

³⁷ Malamud, Carlos y Carlota García Encina, “El conflicto fronterizo entre Costa Rica y Nicaragua: ¿medioambiente, soberanía, narcotráfico o mero instrumento electoral”, *Real Instituto Elcano*, 7 de febrero de 2011, disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari22-2011.

territorios respectivos de todo tipo de injerencias provenientes del exterior. Dicho principio fue reconocido en un gran número de tratados internacionales a partir de los finales del siglo XIX.³⁸ Así, por ejemplo, el principio de integridad territorial figura en los primeros artículos de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la ONU) como componente esencial de uno de los objetivos principales de la organización —la prohibición del recurso a la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales—. En la práctica internacional se han considerado como violaciones del principio de integridad territorial, entre otros: la ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; la conquista colonial de un territorio; los ataques militares contra objetivos situados en el territorio de un Estado; la anexión de una parte del territorio de un Estado o el apoyo a fuerzas secesionistas que operan dentro de su territorio.

En el primer caso, *Costa Rica c. Nicaragua*, Costa Rica sostenía que Nicaragua había violado “la obligación de respetar la soberanía e integridad territorial de la República de Costa Rica, dentro de las fronteras delimitadas por el Tratado de Límites de 1858...”. Este argumento se basaba en la pretensión de Costa Rica de ejercer “la soberanía sobre el territorio en disputa”.³⁹ Según Costa Rica, los actos nicaragüenses, violatorios de su soberanía territorial, resultaban de la realización de trabajos de dragado sobre el caño, ubicado en el “territorio en disputa” y de la presencia militar que Nicaragua había desplegado en el área.

Por su parte, Nicaragua negaba haber violado la integridad territorial de Costa Rica, y consideraba “gozar de plena soberanía” sobre el “territorio en disputa”.

³⁸ Así, por ejemplo, el artículo VII del Tratado General de Paz entre Gran Bretaña, Austria, Francia, Prusia, Rusia, Cerdeña y Turquía de 1856 establecía que las partes contratantes “se comprometen, cada una por su parte, a respetar la independencia e integridad territorial del imperio otomano; garantizan en común la estricta observancia de este compromiso, y en su consecuencia, consideran todo acto que tienda a violarlo como una cuestión de interés general”. En el siglo XX, el principio de integridad territorial fue previsto en el artículo 10o. del Pacto de la Sociedad de Naciones. De conformidad con dicha disposición, “los miembros de la sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad”.

³⁹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 65 (Galvis, Ricardo *et al.*, traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)* (procedimientos acumulados), *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, pp. 427-543).

En el segundo caso, *Nicaragua v. Costa Rica*, Nicaragua alegaba que, al llevar a cabo los trabajos de construcción de una carretera a lo largo del cauce del río San Juan, Costa Rica había violado su soberanía e integridad territorial. En particular, según Nicaragua, “los deltas creados por el sedimento erosionado de la carretera constituían invasiones físicas, incursiones por parte de Costa Rica en el territorio soberano de Nicaragua..., a través de la agencia del sedimento”.⁴⁰

En ambos casos contenciosos, la Corte trató de manera particularmente breve y “lacónica”⁴¹ los problemas, relativos a la existencia de violaciones al principio de soberanía e integridad territorial de los Estados.

En el caso *Nicaragua v. Costa Rica*, la Corte se limitó a considerar que la existencia de violaciones a la soberanía territorial de Nicaragua como resultado de la acumulación de sedimentos en el río San Juan no resultaba “convinciente”. En particular, la CIJ señaló que “no existe evidencia de que Costa Rica ejerciera ninguna autoridad en el territorio de Nicaragua o que haya llevado a cabo ninguna actividad allí”, y rechazó este argumento nicaragüense.⁴²

En el caso *Costa Rica v. Nicaragua*, la Corte consideró que era necesario, en primer lugar, determinar cuál de los dos Estados tenía la soberanía sobre el “territorio en disputa”.⁴³ En este sentido, la Corte afirmó que de los artículos II y VI del Tratado limítrofe de 1858 y de la interpretación de dichas disposiciones en los laudos Cleveland y Alexander, respectivamente, se desprendía que los derechos de navegación sobre el “banco derecho del canal del río” pertenecían a Costa Rica, y que estos derechos estaban “ligados a la soberanía sobre el banco derecho, que claramente se le ha atribuido a Costa Rica hasta la desembocadura del río”.⁴⁴ Dicho en otros términos, la Corte consideró que la soberanía de Costa Rica sobre el “territorio en disputa” se relacionaba estrechamente con sus derechos de navegación en esta parte del río.

Es de recordarse que la cuestión de los derechos de navegación de Costa Rica sobre el río San Juan fue resuelta por la Corte en el caso *Dispute regarding Navigational and Related Rights*.⁴⁵ En dicho asunto, la Corte consideró que

⁴⁰ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 221.

⁴¹ Ricard, Pascale, “L’arrêt rendu le 16 décembre 2015 par la CIJ opposant le Costa Rica au Nicaragua: entre contestation de souveraineté territoriale et prévention des dommages transfrontière”, *Journal du Centre de Droit International*, núm. 14, 2016, p. 4.

⁴² *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 223.

⁴³ *Ibidem*, para. 69.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 76.

⁴⁵ *Idem*.

Nicaragua tenía el *dominium* y el *imperium* sobre la parte del río San Juan, ubicada en territorio nicaragüense, pero Costa Rica gozaba de derechos de libre navegación en el afluente para fines comerciales. La necesaria protección de esos derechos reapareció en otras partes de la sentencia en los presentes casos.⁴⁶

Después de haber determinado la soberanía costarricense sobre el “territorio en disputa”, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la existencia de violaciones a dicha soberanía.

En este sentido, la Corte determinó que el caño excavado por Nicaragua no era un caño natural ya existente, sino uno artificial, creado como resultado de la realización de los trabajos de dragado, y concluyó que tanto la excavación del caño en el “territorio en disputa” como la presencia militar nicaragüense en el mismo constituían violaciones por parte de Nicaragua de la soberanía e integridad territorial de Costa Rica.⁴⁷

Finalmente, Costa Rica solicitaba a la Corte, declarar que estos actos ilícitos constituían, por un lado, una violación a la obligación de “no usar el río San Juan para llevar a cabo actos hostiles”, establecida en el artículo IX del Tratado de 1858, y, por el otro, una violación a la prohibición de recurrir a la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales, prevista tanto en la Carta de la ONU como en la Carta de la OEA. Costa Rica también consideraba que los actos realizados por Nicaragua en territorio costarricense podrían ser calificados como una “ocupación militar” ilegal de dicho territorio.

La Corte rechazó estos dos argumentos; estimaba, en primer lugar, que no existían pruebas suficientes para considerar a los actos realizados por Nicaragua en territorio costarricense como “actos hostiles”, y, en segundo

⁴⁶ Así, por ejemplo, la Corte reafirmó lo establecido en el laudo Cleveland respecto a la posibilidad para Costa Rica de negarle a Nicaragua “el derecho de desviar las aguas del río San Juan en caso de que esa desviación resultare en la destrucción o impedimento grave de la navegación del río o de alguna de sus bifurcaciones en cualquier punto donde Costa Rica tenga derecho a navegarlo” (párr. 116 de la sentencia.) En el mismo sentido, la Corte señaló que la desviación de las aguas del río como resultado de los trabajos de dragado no era de naturaleza a perturbar gravemente el ejercicio de los derechos de navegación de Costa Rica. En el caso *Nicaragua c. Costa Rica*, Nicaragua sostenía que la construcción de la carretera por parte de Costa Rica también había afectado el carácter navegable del río. No obstante, la Corte señaló que Nicaragua no había demostrado que dicha construcción hubiera causado “un daño significativo” a la navegabilidad del río. (párr. 207 de la sentencia) Finalmente, la Corte examinó algunos incidentes ocurridos en territorio nicaragüense, y que Costa Rica consideraba como violatorios de sus derechos de libre navegación y reconoció que dos de estos incidentes efectivamente lo eran (*ibidem*, para. 136).

⁴⁷ *Ibidem*, para. 92.

lugar, que no era necesario determinar si dichos actos constituían un uso ilegal de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales porque su carácter ilícito resultaba directamente de la existencia de una violación a la soberanía e integridad territorial de Costa Rica. Como lo señaló la Corte en el caso *Nicaragua v. Costa Rica*, la violación de la soberanía e integridad territorial de un Estado puede deducirse únicamente del ejercicio de una “autoridad” o de la realización de una “actividad” en su territorio sin que sea necesario analizar la naturaleza de dicha actividad.

Esta postura de la Corte fue muy criticada por el juez Owada en su opinión individual. En particular, el juez señaló que la presencia de personal militar de Nicaragua en territorio costarricense era, efectivamente, una violación de la prohibición del uso de la fuerza, establecida en el artículo 4-2 de la Carta de la ONU. Asimismo, según el juez, este uso indebido de la fuerza por parte de Nicaragua constituía un hecho internacionalmente ilícito, susceptible de acarrear la responsabilidad internacional de este Estado y la consecuente obligación de reparar el daño causado a Costa Rica.⁴⁸ En el mismo sentido, el juez Robinson criticó a la Corte por haberse negado a determinar si las actividades realizadas por Nicaragua en territorio costarricense constituían una violación de la prohibición de usar la fuerza conforme con el artículo 2-4 de la Carta de la ONU.⁴⁹ En la opinión del juez Robinson, los hechos del caso establecían el desacato por parte de Nicaragua de la obligación establecida en el artículo 2-4, que constituye la “piedra angular del sistema de las Naciones Unidas” y uno de los principios más fundamentales del orden jurídico internacional.⁵⁰ Según este juez, la Corte solamente podía liberarse de su obligación de aplicar y preservar la observancia de dicha disposición si los argumentos de las partes al respecto fueran manifiestamente frívolos.⁵¹

Respecto a la reparación de los daños causados a Costa Rica como resultado de la violación de su soberanía territorial, la Corte consideró que el reconocimiento del carácter ilegal de las actividades realizadas por Nicaragua era “una reparación adecuada por el daño no material” sufrido por Costa Rica.⁵² Asimismo, la Corte señaló que no era necesario solicitar a

⁴⁸ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez Owada, 16 de diciembre de 2015, para. 10-12.

⁴⁹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 3.

⁵⁰ *Ibidem*, para. 27.

⁵¹ *Ibidem*, para. 71.

⁵² *Ibidem*, para. 139.

Nicaragua garantías adicionales “de no-repetición” de su conducta ilícita.⁵³ La Corte afirmó su competencia para pronunciarse sobre el monto de esta indemnización en un procedimiento separado, e invitó a ambos países a negociar “para llegar a un acuerdo en este asunto”.⁵⁴

Esta invitación a negociar sobre el monto de la indemnización se inscribe en el aparente deseo de la CIJ de promover la cooperación entre las partes en el logro de una resolución mutuamente benéfica de la controversia. El deseo de lograr la cooperación y la negociación entre Costa Rica y Nicaragua parece explicar el gran “laconismo” y la brevedad que caracterizan los argumentos de la Corte en relación con la existencia de violaciones tanto al principio de soberanía territorial de los Estados como a la prohibición del uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones internacionales. Como lo señala Ricard, la manera expedita y prudente en la que la CIJ trata las cuestiones relacionadas con el respeto de dicho principio revelaría su voluntad de incitar a las partes a discutir⁵⁵ y tratar de resolver sus diferencias por medios alternativos, incluyendo las negociaciones diplomáticas. Otra explicación posible de este laconismo podría encontrarse en la voluntad de la Corte de preservar el objetivo de economía judicial en el tratamiento de los dos casos conexos. Asimismo, la prudencia de la Corte en el análisis de estos argumentos se relacionaría con su voluntad de lograr una solución equilibrada a la controversia que ayudaría a poner fin a las tensiones que han caracterizado a la relación bilateral entre Nicaragua y Costa Rica en los últimos años. Como lo señala Boeglin, la sentencia de la Corte podría analizarse como una ponderación “salomónica” de los intereses y pretensiones de las partes que busca “dar la razón” a ambas.⁵⁶

Esta ponderación prudente de las pretensiones de Costa Rica y Nicaragua también caracteriza el razonamiento de la CIJ en torno al segundo problema principal que originó la controversia entre estos Estados —la existencia de violaciones a las obligaciones que les incumben en virtud de distintas normas y principios fundamentales del derecho ambiental internacional—. En este sentido, es de mencionarse que, al basarse exclusivamente en normas y principios propios del derecho ambiental internacional, el caso comentado manifiesta la negativa de la CIJ de tomar en consideración la existencia de un régimen jurídico específico para la gestión de los cursos de

⁵³ *Ibidem*, para. 141.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 142.

⁵⁵ Ricard, Pascale, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶ Boeglin, Nicolás, *op. cit.*

agua internacionales⁵⁷ que aparentemente sí tendría vocación a aplicarse en las circunstancias particulares.⁵⁸

IV. LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES A LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

1. *La obligación de no realizar actividades susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo*

La obligación para un Estado de no desarrollar sobre su territorio actividades que podrían causar un daño transfronterizo⁵⁹ está contenida en un gran número de tratados internacionales e instrumentos jurídicos de *soft law*.⁶⁰ Dicha obligación fue enunciada por primera vez en el caso *Fonderie de Trail*,⁶¹ que opuso Estados Unidos a Canadá en 1941. La sentencia arbitral adoptada en dicho asunto consideró que ningún Estado puede usar su territorio para a causar un daño a otro Estado. Esta regla general fue posteriormente desarrollada en la jurisprudencia de la CIJ. Así por ejemplo, en el caso *Estrecho*

⁵⁷ Como lo señala Abdoul Wahab, el carácter atractivo de las normas del derecho internacional general parece explicarse por la posibilidad de tomar en cuenta no solamente aspectos de la protección del medio ambiente en el ecosistema fluvial, sino también la existencia de posibles daños ambientales en los ecosistemas “terrestres” aledaños (Abdoul Wahab, Abdoulaye Moussa, *Le Nicaragua introduit à son tour une requête devant la Cour Internationale de Justice contre le Costa Rica*, disponible en: http://www.sentinelles-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120108_bull_288/sentinelles_288.htm#101).

⁵⁸ En efecto, el río San Juan no puede considerarse como un curso de agua internacional. En los términos del artículo 2o. a) y b) de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, éste se define como un sistema de aguas de superficie y subterráneas, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos, que en virtud de su relación física constituyen un conjunto unitario que fluye hacia una desembocadura común.

⁵⁹ El concepto de daño transfronterizo es definido en el artículo 2o. del Proyecto de artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas. En virtud de dicha disposición, se trata del “daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes”.

⁶⁰ Artículo 194-1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; artículo 2o. de la Convención sobre Diversidad Biológica; artículo 3o. (1) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medioambiente y principio 2 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.

⁶¹ Caso, *Fonderie de Trail*, sentencia arbitral del 11 de marzo de 1941.

de *Corfú*,⁶² la Corte señaló que esta obligación podría ser violada no sólo por un acto positivo, sino también por una omisión. En el mismo caso, la Corte consideró que la noción de daño transfronterizo se refiere a la obligación de cada Estado de no permitir que su territorio sea usado para cometer actos contrarios a los intereses de otros Estados.⁶³ En su opinión consultiva sobre la Legalidad del Uso de Armas Nucleares,⁶⁴ la Corte aplicó dicha obligación en el contexto de la protección internacional del medioambiente. Esta obligación también fue reconocida por la Corte en el caso *Plantas de celulosa sobre el río Uruguay*⁶⁵ (en adelante, *Plantas de Celulosa*) en el que los posibles daños transfronterizos implicaban un importante impacto ambiental. Por su parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante, TIDM) citó el principal considerando del caso *Plantas de celulosa* en su opinión consultiva acerca de las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades respecto de actividades en la “Zona”*.⁶⁶ Tanto la CIJ como el TIDM consideraron que la obligación de prevenir los daños transfronterizos se deriva del deber de “debida diligencia” a cargo de los Estados en la prevención del impacto ambiental transfronterizo que podría resultar de actividades que se realizan en su territorio.

Como lo señaló la juez Donoghue en su opinión individual sobre los casos en comento, el deber de “debida diligencia” podría ser considerado como un límite al principio de soberanía territorial de los Estados. En la opinión de la juez, el Estado territorial tiene plena libertad de desarrollar diversos proyectos en su territorio (por ejemplo, construir una carretera o dragar un río). No obstante, en virtud del principio de igualdad soberana, el Estado territorial no puede ignorar el potencial impacto ambiental transfronterizo de su proyecto y la posible afectación que éste podría causar a los Estados “vecinos”. Al mismo tiempo, los derechos que se derivan del principio de igualdad soberana no otorgan al Estado vecino un “poder de veto” sobre todo proyecto desarrollado por el Estado territorial y susceptible de causar un daño ambiental transfronterizo.⁶⁷ De igual modo, en su opinión individual, el juez Cançado Trindade subrayó la importancia del principio de prevención y enfatizó la relación de este principio con el deber de debida

⁶² CIJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, fondo, fallo, 9 de abril de 1949.

⁶³ *Corfu Channel*, cit., p. 22.

⁶⁴ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, cit., para. 29.

⁶⁵ *Ibidem*, para. 193.

⁶⁶ Párr. 110 y párr. 117-120 de la opinión consultiva.

⁶⁷ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez Donoghue, para. 6.

diligencia y con el principio de precaución. En particular, el juez Cançado recordó la distinción realizada en su opinión individual sobre el caso *Plantas de Celulosa* entre el principio de prevención y el principio de precaución.⁶⁸ Según Cançado, es precisamente la relación entre estos dos principios la que fundamenta la obligación, en el derecho internacional general, de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental.⁶⁹

En los presentes casos acumulados, la Corte confirmó que la obligación de no causar daños transfronterizos se basa en el derecho internacional general, y se deriva del principio de prevención. En particular, la Corte citó lo establecido al respecto en el caso *Plantas de celulosa*.⁷⁰ En este sentido, la CIJ recordó que el principio de prevención constituye una norma consuetudinaria, originada en el deber de debida diligencia, y citó el caso *Canal de Corfú*, al señalar que “corresponde a cada Estado la obligación de no permitir que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”.⁷¹ Asimismo, la Corte se refirió a su opinión consultiva *Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares*⁷² para reiterar que un Estado debe usar todos los medios a su alcance para evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio causen un daño al medio ambiente de otro Estado.⁷³

En el caso *Nicaragua v. Costa Rica*, Nicaragua alegaba que la construcción de una carretera por parte de Costa Rica a lo largo del cauce del río San Juan había provocado un incremento del nivel de sedimentación en el río. Según Nicaragua, este aumento en los sedimentos le había causado un daño transfronterizo significativo.⁷⁴ Por su parte, Costa Rica estimaba que Nicaragua no había demostrado que la construcción de la carretera había cau-

⁶⁸ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez Cançado Trindade, para. 54 y 55.

⁶⁹ *Ibidem*, para. 57.

⁷⁰ El principio de prevención, como regla del derecho internacional consuetudinario, tiene sus orígenes en la debida diligencia que se requiere del Estado en su territorio. Es la “obligación de todo Estado no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados” —Canal de Corfú (*Corfu Channel...*, *cit.*)—, *ICJ Reports 1949*, p. 22. Por lo tanto, un Estado está obligado a usar todos los medios a su disposición para evitar que actividades que tienen lugar en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio ambiente de otro Estado.

⁷¹ *Corfu Channel...*, *cit.*

⁷² CIJ, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996, p. 242, para. 29.

⁷³ *Pulp Mills...*, *cit.*, para. 101.

⁷⁴ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.* para. 188 de la sentencia.

sado un daño transfronterizo significativo porque la cantidad de sedimento adicional, originada por este proyecto, era demasiado pequeña.

La Corte rechazó los argumentos de Nicaragua y señaló que el incremento del nivel de sedimentación como resultado de la construcción de la carretera no había causado un daño transfronterizo significativo al medio ambiente en el área. Asimismo, la Corte enfatizó que Nicaragua no había demostrado que las concentraciones de sedimento en el río se hubieran incrementado como consecuencia de la construcción de la carretera.⁷⁵

Nicaragua también consideraba que la acumulación de sedimentos había provocado cambios en la morfología del río San Juan a tal grado que había causado un daño transfronterizo significativo. En particular, según Nicaragua, la acumulación de sedimentos afectaba la navegabilidad del río y era susceptible de reducir el flujo de agua fresca a los humedales río abajo, afectando así el balance ecológico en la zona del bajo río San Juan.⁷⁶ Por su parte, Costa Rica rechazaba estos argumentos y señalaba que la acumulación de sedimentos y los efectos que ésta podría tener sobre la morfología del río constituían un fenómeno natural y no el resultado directo de la construcción de la carretera.

La Corte consideró que Nicaragua no había aportado pruebas suficientes de la existencia de cambios en la morfología del bajo río San Juan o de una afectación de su carácter navegable como resultado de la construcción de la carretera.⁷⁷

Finalmente, Nicaragua también argumentó que la construcción de la carretera había causado un daño a la calidad del agua del río y había afectado negativamente al ecosistema acuático.⁷⁸ Costa Rica rechazó estos argumentos y señaló la insuficiencia de las pruebas presentadas por Nicaragua para demostrar la existencia de dichas afectaciones.

La Corte concluyó que Nicaragua no había presentado ninguna evidencia de daño significativo que la construcción de la carretera habría causado a los ecosistemas del río y a la calidad del agua.⁷⁹

⁷⁵ *Ibidem*, para. 196.

⁷⁶ *Ibidem*, para. 199 y 200.

⁷⁷ En particular, según Nicaragua, las acrecentadas concentraciones de sedimento en el río como resultado de la construcción de la carretera causaron un daño significativo a las especies de peces, muchas de las cuales pertenecen a familias que son vulnerables a niveles elevados de sedimentos, a los macroinvertebrados y a las comunidades de algas del río (*ibidem*, para. 203 y ss.).

⁷⁸ *Ibidem*, para. 208 y ss.

⁷⁹ *Ibidem*, para. 213.

Finalmente, Nicaragua también había presentado argumentos respecto a los posibles daños que la construcción de la carretera ocasionaría a la salud de las personas que viven a lo largo del río o al turismo en la zona, e invocaba la posibilidad de daños ecológicos futuros como resultado de eventuales derrames de materias tóxicas en el río.⁸⁰ Costa Rica rechazaba estos argumentos como carentes de pruebas y de naturaleza meramente especulativa.⁸¹ La Corte consideró que Nicaragua no había aportado ningún tipo de pruebas respecto a la existencia de daños transfronterizos a la salud o al turismo, y que sus argumentos respecto al futuro derrame de materiales tóxicos eran infundados y especulativos.⁸²

Después de apreciar la existencia de violaciones a la obligación sustancial de los Estados de no realizar en su territorio actividades susceptibles de generar un daño transfronterizo significativo, la Corte tuvo que pronunciarse sobre el respeto por parte de Costa Rica y Nicaragua de dos obligaciones procesales en materia de derecho ambiental internacional: la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental y la obligación de notificación y consulta.

2. *La obligación de realizar un estudio de impacto ambiental*

La obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en el caso de planear la realización de actividades susceptibles de causar daños transfronterizos al medio ambiente ha sido establecida en numerosos instrumentos jurídicos internacionales,⁸³ y su contenido ha sido aclarado en la jurisprudencia internacional.⁸⁴ Así por ejemplo, dicha obligación está prevista

⁸⁰ *Ibidem*, para. 214.

⁸¹ *Ibidem*, para. 215.

⁸² *Ibidem*, para. 216.

⁸³ Así, por ejemplo, esta obligación está prevista, entre otros, en el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (o Convenio de Espoo) en el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979, en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, en las Líneas Directrices del Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente sobre Evaluación del Impacto Ambiental y en el principio 17 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio ambiente y el Desarrollo de 1992.

⁸⁴ En particular, en el caso *Plantas de Celulosa*, la CIJ afirmó que “...la obligación de proteger y preservar, bajo el artículo 41 (a) del Estatuto, debe ser interpretada de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un

en la Convención sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, firmada en Espoo, Finlandia, en 1991 (en adelante, Convención de Espoo). En dicho instrumento se prevé la necesidad de realizar este estudio en caso de actividades susceptibles de causar un daño transfronterizo significativo; asimismo, se establecen las distintas etapas que este estudio debe comprender y se presentan indicaciones respecto al contenido del mismo.⁸⁵ La obligación de realizar un estudio de impacto ambiental figura, además, en el principio 17 de la Convención de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En virtud de dicha disposición: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Como lo señaló el juez Bhandari en su opinión individual, dicha obligación se deriva del deber de debida diligencia, y se relaciona con distintos principios generales del derecho ambiental internacional, en particular con los principios de prevención, precaución, desarrollo sustentable o el principio “el que contamina paga”.⁸⁶

En este sentido, ha surgido la cuestión de saber si la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental constituye una obligación autónoma en el ámbito del derecho internacional.

En los presentes casos acumulados la Corte citó el considerando del asunto *Plantas de celulosa*, al estimar que “podría considerarse hoy un requisito bajo el derecho internacional general llevar a cabo un estudio de impacto ambiental cuando existe un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial, en particular, en un recurso compartido”.⁸⁷ De esta manera, la CIJ afirmó el carácter autónomo de dicha obligación y su fundamento directo en el derecho internacional general.

Esta postura de la CIJ fue criticada por varios de sus jueces. Así, por ejemplo, en su opinión individual, el juez Owada estimó que la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental no constituye una obligación autónoma, sino solamente un medio para cumplir con la obligación

impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido” (*Pulp Mills...*, *cit.*, para. 204).

⁸⁵ Artículo 2-5., del Convenio de Espoo.

⁸⁶ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, opinión separada del juez Bhandari, para. 10.

⁸⁷ *Pulp Mills...*, *cit.*, para. 204.

al cargo de los Estados de actuar con debida diligencia para prevenir un daño transfronterizo significativo.⁸⁸ En el mismo sentido, en su opinión individual, la jueza Donoghue señaló que la práctica de los Estados y la *opinio iuris* difícilmente permitirían establecer la existencia, en el derecho internacional general (que la autora entiende como sinónimo de “derecho internacional consuetudinario”), de una obligación autónoma de realizar un estudio de impacto ambiental. En la opinión de la jueza, dicha obligación se deriva del deber de debida diligencia en la prevención de daños ambientales transfronterizos.⁸⁹

Uno de los aspectos más valiosos de la sentencia en los presentes casos acumulados consiste precisamente en aclarar y consolidar el contenido la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental.

En primer lugar, la Corte recordó que dicha obligación se basa en el deber de debida diligencia en la prevención de un posible daño transfronterizo significativo.⁹⁰ Asimismo, la Corte extendió el ámbito de aplicación de la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. En efecto, en el asunto *Plantas de Celulosa*, dicha obligación se aplicó en el caso de riesgos de impacto ambiental transfronterizo, resultantes de una “actividad industrial”. En el presente caso, la Corte señaló que el principio subyacente a la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental “aplica de manera general a posibles actividades que pueden ocasionar un impacto adverso significativo en un contexto extraterritorial”.⁹¹

En segundo lugar, la Corte consideró que el cumplimiento de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental supone distintas fases o etapas. En una primera etapa, el Estado que pretende realizar una actividad susceptible de afectar de manera negativa el medioambiente de otro Estado debe determinar si dicha actividad crea “un riesgo de daño transfronterizo significativo”.⁹² La existencia de este riesgo ambiental activa dos obligaciones subsecuentes al cargo del Estado: la de informar y consultar al Estado

⁸⁸ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 22.

⁸⁹ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, opinión deparada del juez Donoghue..., *cit.*, para. 13.

⁹⁰ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 153.

⁹¹ *Ibidem*, para. 104.

⁹² En términos de la Corte, “para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar adversamente el medio ambiente de otro Estado, averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental” (*ibidem*, para. 104).

potencialmente afectado respecto a la toma de “medidas apropiadas para prevenir o mitigar este riesgo”.⁹³

En los casos comentados, fue precisamente la existencia de un riesgo de daño transfronterizo significativo que se situó en el centro del debate en torno al cumplimiento tanto por parte de Costa Rica como por parte de Nicaragua de su obligación de realizar un estudio de impacto ambiental.

En el caso *Costa Rica v. Nicaragua*, Costa Rica consideraba que las actividades de dragado llevadas a cabo por Nicaragua en el río San Juan creaban un riesgo de daño transfronterizo significativo, que obligaba a Nicaragua a efectuar un estudio de impacto ambiental antes de su inicio. Por su parte, Nicaragua argumentaba que sí había realizado un estudio, cuyo resultado demostró que las actividades de dragado no representaban ningún riesgo de impacto ambiental.

La Corte señaló que Nicaragua, efectivamente, había llevado a cabo un estudio de impacto ambiental referente a su programa de dragado en el río San Juan que había concluido en la ausencia de riesgos de afectación negativa al medioambiente en el área.⁹⁴

En cambio, en el segundo caso, *Nicaragua v. Costa Rica*, la Corte estimó que Costa Rica había violado su obligación de realizar un estudio de impacto ambiental antes del inicio de los trabajos de construcción de carretera a lo largo del cauce del río San Juan.

En este caso, Nicaragua le reprochaba a Costa Rica no haber cumplido con dicha obligación, en particular, debido a la ubicación de la carretera y a la extensión del proyecto. Por su parte, Costa Rica alegaba que había llevado a cabo un estudio de diagnóstico ambiental y otros estudios similares después de haber iniciado el proyecto de construcción de la carretera.

La CIJ recordó que, de acuerdo con lo establecido en el caso *Plantas de celulosa*, “la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental es de carácter continuado, y que se debe realizar un monitoreo de los efectos del proyecto en el medio ambiente, cuando sea necesario, a lo largo de la vida del mismo”. No obstante, la Corte volvió a citar el caso *Plantas de celulosa* para enfatizar que “la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental precisa de una evaluación *ex ante* del riesgo de daño transfronterizo significativo”, y, de esta forma, “un estudio de impacto ambiental debe llevarse a cabo antes de la implementación de un proyecto”.⁹⁵ En consecuencia, la Corte concluyó que, en el caso particular, Costa Rica había

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Ibidem*, para. 105.

⁹⁵ *Ibidem*, para. 161.

incumplido con su obligación de realizar un estudio de impacto ambiental porque no lo había realizado antes, sino después del inicio de los trabajos de construcción de la carretera.

En el mismo caso, Costa Rica alegaba que la ocupación de la isla Portillos por parte de Nicaragua creaba un “estado de emergencia”, de naturaleza a exonerarla de su obligación de preparar un estudio de impacto ambiental.⁹⁶ En la opinión de Costa Rica, la utilización del “estado de emergencia” como causa de exoneración de la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental podría basarse en el derecho internacional general o en un *renvoi* a su propio derecho nacional.⁹⁷ Por su parte, Nicaragua negaba tanto la existencia de una emergencia, en el caso particular, como la posibilidad de considerarla como una causa de exoneración de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. En este sentido, Nicaragua señalaba que esta excepción no está prevista en el derecho internacional general, y, además, que Costa Rica no puede alegar la existencia de dicha excepción en su derecho interno para sustraerse al respeto de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.⁹⁸

Sobre este punto, la CIJ recordó que el primer paso para determinar la existencia de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental es la existencia de un riesgo de daño transfronterizo. La Corte señaló que este riesgo de impacto ambiental es “el umbral” que activa la obligación de realizar el estudio de impacto ambiental.⁹⁹ En el caso particular, la Corte estimó que el proyecto de construcción de carretera en el territorio de Costa Rica efectivamente representaba un riesgo de daño transfronterizo, debido a su escala sustancial y a su ubicación muy cercana al río San Juan.¹⁰⁰

En cuanto a la existencia de un “estado de emergencia” que justificaría el incumplimiento por parte de Costa Rica de su obligación de realizar dicho estudio, la CIJ recordó lo establecido al respecto en el caso *Plantas de Celulosa*, al considerar que “le corresponde a cada Estado determinar en su legislación doméstica o en el proceso de autorización del proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada

⁹⁶ En particular, según Costa Rica, la construcción de la carretera iba a permitir un mejor acceso a puestos de policía y a comunidades remotas, ubicadas a lo largo del río y la mejor conexión se revelaba esencial y urgente, ante la posibilidad de un enfrentamiento militar futuro con Nicaragua.

⁹⁷ *Ibidem*, para. 148.

⁹⁸ *Ibidem*, para. 150.

⁹⁹ *Ibidem*, para. 156.

¹⁰⁰ *Ibidem*, para. 155 y ss.

caso, teniendo en consideración varios factores”.¹⁰¹ No obstante, la Corte añadió que esta referencia al derecho nacional no concierne la obligación de realizar o no un estudio de impacto ambiental. Por lo tanto, la existencia, en el derecho nacional de un Estado, de una excepción, derivada del “estado de emergencia”, no lo exime de su obligación de realizar dicho estudio conforme con los compromisos que le incumben en virtud del derecho internacional.¹⁰² Asimismo, la CIJ señaló que, en el caso particular, Costa Rica no estableció la existencia de una emergencia, susceptible de exonerarla de su obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. Por lo tanto, la Corte concluyó que no era necesario “decidir si hay una excepción de emergencia frente a la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental en los casos en que exista un riesgo de daño transfronterizo significativo”.¹⁰³ Dicho en otros términos, la Corte prefirió dejar abierta la cuestión de saber si “el estado de emergencia” constituye una excepción a la obligación de preparar un estudio de impacto ambiental en el derecho internacional general.

Podemos considerar que esta afirmación se inscribe en la jurisprudencia tradicional de la Corte respecto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados.¹⁰⁴ En virtud de dicha jurisprudencia, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las normas del derecho internacional.¹⁰⁵ No obstante, resulta sorprendente que la Corte se haya negado a pronunciarse sobre la existencia, en el derecho internacional general, de una excepción a la obligación de realizar dicho estudio como consecuencia de un “estado de emergencia”.

Finalmente, en ambos casos, la Corte aportó importantes elementos de análisis en torno a la determinación del contenido del estudio de impacto ambiental.

¹⁰¹ *Ibidem*, para. 157.

¹⁰² *Ibidem*, para. 158.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 159.

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, en el caso *Tratamiento de los nacionales polacos a Dantzic* de 1932, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) afirmó que “Según principios generalmente aceptados, un Estado no podrá invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Internacional y de los Tratados en vigor”. En el mismo sentido, en el caso *Intereses alemanes en Alta Silesia* de 1926, la CPJI señaló que “En el Derecho Internacional..., las leyes nacionales son simples hechos, manifestación de la voluntad de los Estados”.

¹⁰⁵ En el caso particular de normas derivadas de los tratados internacionales, esta obligación figura en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como fue señalado anteriormente, en el caso *Plantas de Celulosa*, la CIJ consideró que dicho contenido debe basarse en los derechos internos de los Estados. En este sentido, la Corte siguió lo previsto al respecto en el Proyecto de artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas. En efecto, aunque dicho proyecto no prevé cuál debe ser el contenido de un estudio de impacto ambiental, en los comentarios al mismo se señala que la determinación del contenido específico del estudio debe ser realizada conforme con los derechos internos de los Estados.¹⁰⁶

No obstante, en el derecho internacional existen otras reglas que contienen indicaciones precisas respecto al contenido mínimo del estudio de impacto ambiental. Así por ejemplo, el artículo 4-1 de la Convención de Espoo establece que el estudio de impacto ambiental debe contener una serie de informaciones mínimas.¹⁰⁷ En el mismo sentido, en su opinión consultiva *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades respecto de actividades en la “Zona”*,¹⁰⁸ el TIDM citó el caso *Plantas de Celulosa* de la CIJ para subrayar la existencia de una obligación de realizar un estudio de impacto ambiental en el derecho internacional general, pero se deslindó de lo establecido en este caso respecto al contenido de dicho estudio. En particular, el tribunal consideró que el contenido del estudio de impacto ambiental de

¹⁰⁶ Según la CDI, “La determinación detallada del contenido de la evaluación se deja al derecho interno del Estado que la efectúe” (CDI, *Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Prevención de Daños Transfronterizos Resultantes de Actividades Peligrosas*, p. 450).

¹⁰⁷ El artículo 4o. de la Convención dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II de la propia Convención. En ese apéndice (“Contenido del Expediente de Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente”) se enumeran los nueve puntos siguientes: “a) Descripción de la actividad proyectada y de su objeto; b) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo concerniente al lugar de implantación o a la tecnología) que puedan razonablemente considerarse, sin omitir la opción «cero»; c) Descripción del medio ambiente que es probable que se vea sensiblemente afectado por la actividad proyectada y las soluciones de sustitución; d) Descripción del impacto que la actividad proyectada y las soluciones de sustitución pueden tener en el medio ambiente y estimación de su importancia; e) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en lo posible el impacto negativo en el medio ambiente; f) Indicación precisa de los métodos de previsión y de las hipótesis de base seleccionadas, así como de los datos ambientales pertinentes utilizados; g) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la compilación de los datos requeridos; h) Cuando proceda, resumen de los programas de control y gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores; i) Resumen no técnico con inclusión, si fuere necesario, de una representación visual”.

¹⁰⁸ TIDM, opinión consultiva del 1 de febrero de 2011.

actividades, realizadas en el área¹⁰⁹ no debe depender de los derechos internos de los Estados, sino que debe basarse en las recomendaciones y regulaciones adoptadas en la materia por la Autoridad de los Fondos Marinos.¹¹⁰ Dicho en otros términos, según el TIDM, el contenido de un estudio de impacto ambiental puede ser establecido de acuerdo con reglas y estándares internacionales y no internos.

Como atinadamente lo señala Plakocefalos, es preferible establecer estándares internacionales mínimos respecto al contenido del estudio de impacto ambiental para evitar así una dependencia excesiva hacia el derecho interno del Estado que prepara dicho estudio. En la opinión del autor, este Estado tendría una tendencia a instrumentar el estudio de impacto ambiental y las reglas jurídicas internas que lo fundamentan para autorizar sistemáticamente la realización de proyectos susceptibles de causar daños transfronterizos.¹¹¹

De la misma manera, en su opinión individual sobre el caso, el juez Bhandari consideró que resulta necesario precisar el alcance de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. El juez estimó que la Convención de Espoo podría ser considerada como un estándar internacional válido para determinar el contenido mínimo de un estudio de impacto ambiental. En este sentido, el juez recomendó tomar en cuenta lo previsto en el anexo I de la Convención de Espoo para establecer una lista de actividades industriales realizadas a proximidad de una frontera que exigirían automáticamente la realización de dicho estudio.¹¹²

Es de considerarse que una definición del contenido mínimo del estudio de impacto ambiental en el derecho internacional presentaría la ventaja de aclarar y uniformizar los estándares aplicables en materia de prevención de daños ambientales transfronterizos y serviría de base para el desarrollo de una mejor cooperación interestatal en este ámbito.

Dicha cooperación se relaciona estrechamente con la obligación de notificación y consulta a cargo de los Estados en caso de situaciones susceptibles de presentar una afectación negativa al medio ambiente.

¹⁰⁹ Se trata de una zona marítima establecida por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar como patrimonio común de la humanidad, que comprende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

¹¹⁰ TIDM, opinión consultiva *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades respecto de actividades en la "Zona"*..., cit., párr. 149.

¹¹¹ Plakocefalos, Ilias, *Prevention Obligations in International Environmental Law*, Amsterdam Center for International Law, Research Paper, 2013, p. 16.

¹¹² Entre otros, construcción de plantas nucleares, gaseoductos u oleoductos, etcétera.

3. *La obligación de notificación y consulta*

La obligación de notificación previa al desarrollo de un proyecto susceptible de causar un daño transfronterizo significativo está prevista en numerosos instrumentos convencionales. Así, por ejemplo, la Convención de Espoo, en su artículo 3, establece que

Siempre que exista la probabilidad de que una actividad propuesta de las que se enumeran en el apéndice I cause un impacto transfronterizo de carácter perjudicial y de magnitud apreciable, la Parte de origen, a fin de que se celebren consultas apropiadas y efectivas conforme al artículo 5, presentará una notificación a toda Parte que considere pueda ser Parte afectada lo antes posible y a más tardar cuando haya informado a su propio público acerca de dicha actividad propuesta.

De igual modo, la Convención sobre Seguridad Nuclear, en su artículo 17 iv), exige:

Consultar a las Partes Contratantes que se hallen en las cercanías de una instalación nuclear proyectada, siempre que sea probable que resulten afectadas por dicha instalación y, previa petición, proporcionar la información necesaria a esas Partes Contratantes, a fin de que puedan evaluar y formarse su propio juicio sobre las probables consecuencias de la instalación nuclear para la seguridad en su propio territorio.

En virtud del artículo 8 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, si el estudio de impacto ambiental “muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen debe hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y transmitirle la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación”.

La obligación de notificación y consulta también fue confirmada en la jurisprudencia internacional. En el caso *Plantas de Celulosa*, la Corte señaló que

...si el estudio de impacto ambiental confirma que existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, un Estado que planea una actividad que acarrea un riesgo tal debe, para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención del daño transfronterizo significativo, notificar y consultar al Estado potencialmente afectado de buena fe, cuando eso sea

necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo.¹¹³

En los presentes casos acumulados, tanto Costa Rica como Nicaragua alegaban la existencia de violaciones a la obligación de notificación y consulta en caso de riesgo de daño ambiental transfronterizo.

En el caso *Costa Rica c. Nicaragua*, la Corte señaló que ambos Estados estaban de acuerdo acerca de la existencia de dicha obligación en el derecho internacional general. Asimismo, Costa Rica alegaba que la obligación de notificación y consulta a cargo de Nicaragua se basaba, adicionalmente, en los artículos 3 y 5 de la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional (Convención de Ramsar) y en los artículos 13 (g) y 33 del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central.¹¹⁴ Por su parte, Nicaragua invocaba las disposiciones del Tratado limítrofe de 1858, en su interpretación en el Laudo Cleveland, para resaltar que dichas disposiciones no establecían ninguna obligación de información o consulta respecto al “dragado o cualquier otro trabajo de mejora”, llevado a cabo en el área del río San Juan. Según Nicaragua, dichas disposiciones debían considerarse como una *lex specialis* que derogaría la aplicación de las reglas del derecho internacional general¹¹⁵ en la materia. Adicionalmente, Nicaragua señalaba que en todo caso la obligación de información y consulta no se activaría, porque ya se había demostrado que su programa de dragado en el río San Juan no representaba un riesgo de daño transfronterizo significativo.¹¹⁶

En el caso *Nicaragua c. Costa Rica*, Nicaragua reprochaba a Costa Rica no haber cumplido con su obligación de notificación y consulta respecto a los trabajos de construcción de carretera a lo largo del río San Juan. Nicaragua sostenía que esta obligación tenía su base legal en el derecho internacional general, en la Convención de Ramsar y en el Tratado limítrofe de 1858. Según Nicaragua, dicha obligación se había activado por la existencia de un riesgo significativo de daño ambiental transfronterizo derivado de estos trabajos de construcción.¹¹⁷ Por su parte, Costa Rica negaba la existencia de un riesgo significativo de daño transfronterizo, y consideraba que, efectiva-

¹¹³ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 168.

¹¹⁴ *Ibidem*, para. 106.

¹¹⁵ En aplicación del principio general del derecho, *lex specialis generalibus derogant* (las leyes especiales derogan a las leyes generales).

¹¹⁶ *Ibidem*, para. 107.

¹¹⁷ *Ibidem*, para. 166.

mente, había invitado a Nicaragua a iniciar consultas, pero que este país no había aceptado la invitación.¹¹⁸

En respuesta a estos argumentos, la Corte recordó “la existencia en el derecho internacional general de una obligación de notificación y consulta con los Estados potencialmente afectados en relación con actividades que conlleven un riesgo de daño transfronterizo significativo”.¹¹⁹ Asimismo, la CIJ aclaró importantes aspectos de dicha obligación.

En primer lugar, la Corte tuvo que pronunciarse sobre los posibles fundamentos legales de la obligación tanto en los textos convencionales como en el derecho internacional general. En este sentido, la Corte consideró que la existencia de disposiciones específicas en el Tratado de 1858 no excluía la de “cualquier otra obligación procedimental con respecto al daño transfronterizo que pueda existir en el derecho internacional convencional o consuetudinario”. Dicho en otros términos, la Corte se negó a considerar que el Tratado de 1858 constituía una *lex specialis* susceptible de derogar a las reglas del derecho internacional general en lo relativo a la obligación de notificación y consulta en caso de daños ambientales transfronterizos. No obstante, la Corte afirmó que en el derecho internacional general esta obligación se activa únicamente en presencia de riesgo de daño transfronterizo significativo. Visto que este riesgo no había sido comprobado en el caso particular, Nicaragua no estaba obligada a notificar y consultar a Costa Rica acerca de las actividades de dragado que había realizado en el área del río San Juan.

Posteriormente, la Corte rechazó la aplicación de las disposiciones convencionales invocadas por las partes como base legal de la obligación de notificación y consulta. En primer lugar, la Corte consideró que el artículo 3 de la Convención de Ramsar no era aplicable en el caso particular, porque dicho artículo establecía la obligación de notificar a la oficina de cambios de dicha Convención de “posibles modificaciones «de las condiciones ecológicas de los humedales» en el territorio del Estado notificante”.¹²⁰ Por lo tanto, se trataba de una obligación distinta a la obligación general de notificar y consultar con otro Estado, posiblemente afectado por la existencia de un daño ambiental transfronterizo. Además, la Corte notó que en las circunstancias del caso particular no se había demostrado la existencia de “modificaciones en los humedales”.¹²¹ De la misma manera, la Corte

¹¹⁸ *Ibidem*, para. 167.

¹¹⁹ *Ibidem*, para. 106.

¹²⁰ *Ibidem*, para. 109.

¹²¹ *Idem*.

rechazó la aplicación del artículo 5 de la Convención de Ramsar, y consideró que dicha disposición establecía únicamente una obligación general de consultar “sobre el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Convención”,¹²² y no un deber específico de información y consulta al cargo de los Estados respecto a los trabajos respectivos que estaban realizando en el área del río San Juan. Finalmente, la Corte consideró que los artículos del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central invocados por Costa Rica no contenían ninguna “disposición vinculante de notificación o consulta”.¹²³

En este sentido, es de señalarse que existe una contradicción entre la sentencia que resolvió el fondo de los casos contenciosos y las distintas órdenes procesales que se adoptaron durante los procedimientos. Como lo señala Ricard, en dos de las órdenes de medidas cautelares la Corte subrayó la importante función de la Oficina de la Convención de Ramsar.¹²⁴ En particular, en su orden del 8 de marzo de 2001 y 13 de diciembre de 2013, la Corte había establecido la obligación de Costa Rica de consultar a dicha oficina sobre la adopción de medidas para encontrar una solución de su diferendo con Nicaragua. En las sentencias en el fondo, la Corte rechazó la aplicación de la Convención de Ramsar como fundamento de la obligación de notificación y consulta, negando así la función que podría desempeñar la oficina de la Convención en este proceso. En segundo lugar, la Corte concluyó que las disposiciones del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central no contenían ninguna obligación de notificación y consulta al cargo de los Estados. La Corte prefirió no citar ninguna disposición de dicho Convenio y rechazar su aplicación sin ninguna interpretación y argumentación acerca de su significado.¹²⁵ No obstante, cabe recordar que el artículo 13 g) de este tratado establece que “Con el propósito de cumplir a cabalidad con el presente Convenio, se deberá... Facilitar el intercambio de información entre las instituciones nacionales, entre los países de la región centroamericana, y otras organizaciones internacionales.” Por su parte, el artículo 33 prevé que “Se debe promover, sobre la base de reciprocidad, el intercambio de información sobre acciones potencialmente dañinas a los recursos biológicos que se pudieran desarrollar en los territorios bajo su jurisdicción, para

¹²² *Ibidem*, para. 110.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Ricard, Pascale, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 19.

evaluar entre los países afectados, las medidas bilaterales o regionales más apropiadas”.

Estas disposiciones, sobre todo el artículo 13, establecen una clara obligación vinculante de proceder a un intercambio de información acerca de la realización de actividades que podrían crear un riesgo de daño ambiental a recursos compartidos. La ausencia de toma en consideración de esta obligación convencional pondría a prueba la eficacia de los mecanismos de información y consulta previstos en numerosos instrumentos convencionales en materia de protección del medioambiente,¹²⁶ con el objetivo de prevenir y resolver los posibles conflictos interestatales sobre la cogestión de dichos recursos.

El segundo aspecto importante de la sentencia comentado en lo relativo a la obligación de notificación y consulta en caso de daños ambientales transfronterizos concierne el momento a partir del cual dicha obligación se vuelve exigible.

En particular, en el caso *Nicaragua c. Costa Rica*, la Corte concluyó que la obligación de notificación y consulta no se había activado porque Costa Rica no había iniciado un estudio de impacto transfronterizo.¹²⁷ Dicho en otros términos, según la Corte la obligación de notificación y consulta se aplicaría únicamente después de la realización de un estudio de impacto ambiental.

Sobre este punto, el presente caso confirma la jurisprudencia anterior de la Corte. En el caso *Plantas de Celulosa*, la CIJ consideró “que los estudios de impacto ambiental que son necesarios para tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un daño significativo transnacional a otro Estado deberán ser notificados por parte de la parte interesada a la otra parte”. Asimismo, la Corte afirmó que “esta notificación debe tener lugar antes de que el Estado involucrado decida sobre la viabilidad ambiental del proyecto, teniendo debidamente en cuenta el estudio de impacto ambiental que se le sometió”.¹²⁸

No obstante, se puede mencionar que al supeditar la obligación de información y notificación a la determinación previa de la existencia de un riesgo de daño transfronterizo y a la realización posterior de un estudio de impacto ambiental, la Corte estaría haciendo prevalecer un “unilateralismo” estatal frente a la necesaria cooperación de los Estados en la cogestión

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo, *cit.*, para. 168.

¹²⁸ *Pulp Mills...*, *cit.*, para. 119 y 120.

y coprotección de recursos naturales compartidos.¹²⁹ Si se considera que la obligación de notificación y consulta es posterior y únicamente exigible después de la realización de un estudio de impacto transfronterizo, y este estudio se realiza conforme con los requerimientos del derecho interno del Estado, entonces ese Estado no tendría la obligación de informar y consultar a otros Estados en las etapas preparatorias del estudio. Así, los Estados posiblemente expuestos al daño transfronterizo no tendrían la posibilidad de formular argumentos u opiniones respecto al contenido del estudio, su metodología, alcances, etcétera.¹³⁰

Cabe resaltar que la obligación de notificación y consulta no debe ser posterior, sino anterior, e incluso independiente de la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. La mayoría de las convenciones adoptadas en materia de protección del medio ambiente establecen la obligación para los Estados miembros, de intercambiar información acerca de la protección de recursos naturales compartidos. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Convención de Helsinki para la Protección del Mar Báltico prevé que

Siempre que un incidente de contaminación en el territorio de una Parte contratante pueda llegar a contaminar el medio marino de la zona del mar Báltico fuera de su territorio y la zona marítima adyacente sobre la que ejerce derechos soberanos y tiene jurisdicción en virtud del Derecho internacional, esa Parte contratante informará de ello inmediatamente a las Partes contratantes cuyos intereses se vean o puedan llegar a verse afectados.

De igual manera, en virtud del artículo 9 de la Convención para la Protección del Medio Marino en el Atlántico Norte (o Convención OSPAR):

Las Partes Contratantes se asegurarán de que a sus autoridades competentes se les exija facilitar lo antes posible y, a más tardar, en el plazo de dos meses, la información expresada en el apartado 2 del presente artículo, a cualquier persona física o jurídica, en respuesta a una solicitud razonable, sin que esa persona tenga que demostrar un interés y sin que se le cobre una cantidad desproporcionada. 2. La información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo consistirá en la información disponible en soporte escrito, visual, auditivo o informático sobre el estado de la zona marítima, sobre las actividades o medidas que la afecten o puedan afectarla negativamente y sobre las actividades o medidas introducidas de conformidad con el Convenio.

¹²⁹ Ricard, Pascale, *op. cit.*, p. 12.

¹³⁰ *Idem.*

Asimismo, como lo señala en su opinión individual la jueza Donoghue, el artículo 3 de la Convención de Espoo prevé que la obligación de notificación y consulta se ejerce antes de la realización de un estudio de impacto ambiental para permitir así al Estado notificado participar en la preparación del estudio.¹³¹ En la opinión de la jueza, el contenido y el momento de la obligación de notificación y consulta deben depender de las circunstancias de cada caso particular. Según la jueza, de las circunstancias del caso particular podía desprenderse que Nicaragua estaba en la obligación de informar a Costa Rica de los posibles daños ambientales transfronterizos resultantes del programa de dragado del río San Juan antes de la realización del estudio de su impacto ambiental.¹³²

Por último, la apreciación de las condiciones de aplicación de la obligación de notificación y consulta fue la ocasión para que la Corte invitara a los Estados a dialogar y cooperar en la búsqueda de una solución pacífica de la controversia. La CIJ notó tanto la disposición de Nicaragua de cooperar con Costa Rica en la evaluación del impacto ambiental del proyecto de construcción de carretera en el área del río San Juan como la disposición de Costa Rica de “consultar en buena fe” con Nicaragua “para determinar las medidas apropiadas a fin de prevenir un daño transfronterizo significativo o minimizar el riesgo”.¹³³

En este sentido, la Corte reafirmó la obligación de los Estados de consultar y negociar en materia de protección del medio ambiente. El deber general de cooperar es establecido en numerosos instrumentos de derecho internacional.¹³⁴ En materia de protección del medio ambiente, esta obligación fue reconocida por la CIJ en el caso *Plantas de Celulosa*. En dicho asunto, la Corte señaló que “es cooperando que los Estados concernidos pueden gestionar en común los riesgos de daños al medio ambiente que podrían ser generados por los proyectos iniciados por uno u otro de ellos”.¹³⁵ En el mismo sentido, el TIDM, en el caso *MOX Plant*, afirmó que la obligación de cooperar es un principio fundamental en la prevención de la contaminación

¹³¹ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, opinión separada del juez Donoghue..., *cit.*, para. 21.

¹³² *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, fondo, fallo..., *cit.*, para. 22-24.

¹³³ *Ibidem*, para. 173.

¹³⁴ Por ejemplo, en el artículo 1o. (3) de la Carta de la ONU o en el artículo de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Por su parte, la CIJ afirmó la importancia del deber de cooperación de los Estados en el caso *Fisheries Jurisdiction* (Reino Unido v. Islandia), 1974, para. 78.

¹³⁵ *Pulp Mills...*, *cit.*, para. 77.

del medio ambiente marino.¹³⁶ En el caso *Gabcikovo Nagymaros*,¹³⁷ la CIJ citó el caso *North Sea Continental Shelf*¹³⁸ para considerar que los Estados tenían la obligación de “negociar en buena fe”, con el objetivo de lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio. Los principios 7, 14 y 27 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo¹³⁹ o el artículo 9 del Proyecto de artículos de la CDI¹⁴⁰ sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas también establecen este deber de cooperar.

El énfasis de la Corte en el deber de cooperar de Nicaragua y Costa Rica parece subrayar, por un lado, el deseo de la CIJ de promover una solución pacífica y extrajudicial de la controversia entre estos Estados, y, por el otro, la voluntad de la Corte de lograr su participación conjunta en la prevención de futuros daños al medio ambiente en el área del río San Juan.

V. CONCLUSIÓN

El caso *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan* manifiesta la necesidad de tomar en consideración la dimensión preventiva del derecho internacional en materia de protección del medio ambiente.¹⁴¹ Como lo señaló la Corte en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, en el ámbito de la protección del medio ambiente se requieren la vigilancia y la prevención, en virtud del carácter muchas veces irreversible e irreparable de los daños causados al medio ambiente.¹⁴²

¹³⁶ TIDM, *MOX Plant*, 3 de diciembre de 2003, para. 82.

¹³⁷ (*Hungary/Slovakia*)..., *cit.*, para. 141.

¹³⁸ *North Sea Continental Shelf*..., *cit.*

¹³⁹ Según el principio 7: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

¹⁴⁰ En virtud de dicha disposición: “Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un dado transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo. 2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10”.

¹⁴¹ *Certain Activities carried Out by Nicaragua in the Border Area*, opinión separada del juez Cançado Trindade, párr.

¹⁴² (*Hungary/Slovakia*)..., *cit.*, p. 78.

El razonamiento desarrollado por la Corte en este caso aclara y consolida distintos aspectos procesales y sustanciales de las normas y principios del derecho ambiental internacional. Como fue señalado anteriormente, en el plano sustancial, el presente caso reiteró la importancia del respeto por parte de los Estados del deber de debida diligencia y de la obligación de no realizar sobre su territorio actividades susceptibles de causar un daño ambiental transfronterizo. En cuanto al alcance de las reglas procesales en materia de protección del medio ambiente, el caso precisó la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental, y aclaró el contenido de la obligación de información y consulta que los Estados deben observar en la co-gestión y co-protección de recursos naturales compartidos.

Asimismo, el caso subraya los retos que enfrenta la protección jurídica internacional del medio ambiente. El principal de estos retos concierne a la eficacia en el cumplimiento de las normas y principios del derecho ambiental internacional. Como lo manifiesta la presente sentencia de la Corte, el principal obstáculo para que dichas normas logren su objetivo de prevenir los daños ambientales se deriva de la posibilidad para un Estado de adoptar medidas de carácter unilateral al respecto. En particular, la obligación de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental otorga a los Estados un amplio margen de apreciación para decidir si autorizar o no la realización de las actividades potencialmente perjudiciales para el medio ambiente.¹⁴³ La misma consideración se refiere a la obligación de notificación y consulta, que, según lo establecido por la Corte en el presente caso, se aplica únicamente después de la realización de un estudio de impacto ambiental. Si el Estado que prepara el estudio es el único responsable de determinar tanto los métodos del mismo como su alcance y sus resultados, la posterior información y consulta del Estado potencialmente afectado por las actividades proyectadas podrían volverse una mera formalidad.

Este importante margen de apreciación del Estado en cuyo territorio han de realizarse dichas actividades se relaciona con el necesario respeto del principio de soberanía territorial de los Estados. No obstante, la jurisprudencia internacional, en particular la de la CIJ, debería ponderar su aplicación con la de otros principios fundamentales del derecho internacional en materia de protección del medio ambiente, como lo son los principios de prevención, precaución y uso óptimo y racional de los recursos naturales. Si no los toma en consideración de manera efectiva, la Corte seguirá siendo criticada de no constituir un foro adecuado para la resolución de las controversias de derecho ambiental internacional, y el caso *Ciertas actividades*

¹⁴³ Plakocefalos, Ilias, *op. cit.*, p. 52.

llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan será utilizado como un argumento más en favor de la creación de un nuevo tribunal internacional, especializado en esta materia.

Es de anticiparse que la sentencia comentada no pondrá fin a las críticas de las soluciones aportadas por la CIJ a los diferendos interestatales de naturaleza ambiental. Desafortunadamente, dicha sentencia tampoco resolvió la larga serie de controversias que oponen Nicaragua a Costa Rica. Como fue señalado anteriormente, en febrero de 2017, Costa Rica presentó una nueva demanda en contra de Nicaragua en el asunto *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos*, invocando la instalación de un campo militar nicaragüense en una playa contigua a la isla Portillos. Este nuevo caso contencioso podría seguir alimentando las tensiones de un conflicto geopolítico que parece estar lejos de terminarse.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABDOUL WAHAB, Abdoulaye Moussa, *Le Nicaragua introduit à son tour une requête devant la Cour Internationale de Justice contre le Costa Rica*, disponible en http://www.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2012/20120108_bull_288/sentinelle_288.htm#101.

BOEGLIN, Nicolás, *Costa Rica /Nicaragua et CIJ, Une procédure incidente revisitée: la jonction d'instances*, Sentinelle, Bulletin, núm. 347, 2013, disponible en: http://pre.sentinelle-droit-international.fr/bulletins/a2013/20130505_bull_347/bulletin_sentinelle_347.php#510.

El fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes, 26 de diciembre de 2015, disponible en www.dipublico.org.

FLOCH, Guillaume-le, *L'urgence devant les juridictions internationales*, París, Pédone, 2008.

GALVIS, Ricardo *et al.*, “Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos: *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)* (Procedimientos acumulados)”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017.

MALAMUD, Carlos y GARCÍA ENCINA, Carlota, *El conflicto fronterizo entre Costa Rica y Nicaragua: ¿medioambiente, soberanía, narcotráfico o mero instrumento electoral*, Real Instituto Elcano, 7 de febrero de 2011, disponible en: <http://>

www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari22-2011.

PLAKOKEFALOS, Ilias, *Prevention Obligations in International Environmental Law*, Amsterdam Center for International Law, Research Paper, 2013.

QUESADA, Marvin, “Disputa fronteriza y valor geoestratégico del río San Juan: Nicaragua y Costa Rica”, *Cuadernos de Geografía. Revista Colombiana de Geografía*, vol. 23, 2014.

QUINTANA, Juan José, “Cuestiones de procedimiento en los casos *Costa Rica v. Nicaragua* y *Nicaragua v. Costa Rica* ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017.

RICARD, Pascale, “L’arrêt rendu le 16 décembre 2015 par la CIJ opposant le Costa Rica au Nicaragua: entre contestation de souveraineté territoriale et prévention des dommages transfrontière”, *Journal du Centre de Droit International*, núm. 14, 2016.

ACERCA DE LOS AUTORES

Manuel Becerra Ramírez. Doctor en derecho internacional por la Universidad Estatal M.V. Lomonósov de Moscú. Es investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Es profesor de derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la UNAM. Director del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.

Laura Alicia Camarillo Govea. Profesora-investigadora en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.

Fabián Cárdenas. Doctor en ciencias jurídicas (*Summa Cum Laude*) por la Pontificia Universidad Javeriana en convenio con la Universidad de Manchester. *Legum Magister* en derecho internacional público por la Universidad de Leiden (Países Bajos). Especialista en derecho privado económico y abogado (diploma de honor) por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor investigador de derecho internacional ambiental en la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro fundador del Consejo Directivo de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.

Marisol Cuevas Tavera. Licenciada en derecho, especialista en derecho internacional público y maestranda en filosofía del derecho por la UNAM; certificada por la Academia Internacional de Arbitraje de París y la Academia de La Haya sobre Derecho Internacional. Trabajó por seis años en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el área de Litigios. Actualmente colabora en el Instituto Federal de Telecomunicaciones elaborando regulación.

Luis Gabriel Ferrer Ortega. Doctor en derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; investigador en el Centro de Investigación, Información y Apoyo a la Cultura, Centro Lindavista; miembro del Servicio Exterior Mexicano. Actualmente se desempeña como consultor jurídico en la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Rodrigo González Quintero. Doctor en derecho (J.S.D.) y magíster en derecho (LL.M.), Washington University in St. Louis. Magíster en Historia (M.A), Illinois State University. Abogado de la Universidad de Navarra. Investigador y consultor en derecho comparado.

Paola Hernández Ozuna. Licenciada y maestra en relaciones internacionales por la UNAM. Actualmente cursa estudios de doctorado en la misma institución. Se ha desempeñado como becaria, asistente de investigación y profesora en el IIJ y la FCPyS de la UNAM.

Gerhard Niedrist. Doctor en derecho internacional público y derecho de la Unión Europea por la Universidad de Salzburgo, Austria. De nacionalidad austriaca, se desempeña desde 2007 como profesor-investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Sus investigaciones se concentran en las características de derecho internacional público, derechos humanos internacionales, la relación entre comercio y derechos humanos, organizaciones internacionales y derecho de la Unión Europea.

Sergio Peña Neira. Doctor por la Universidad Internacional de Andalucía; profesor asociado en la Universidad Mayor de Santiago de Chile. Brandon Research fellow, Lauterpacht Center for International Law, University of Cambridge (8.1.18); Visiting Researcher de Transnational Law Institute, King's College London, Catalyst, Climate CoLab, MIT.

Virdzhiniya Petrova Georgieva. Doctora en derecho internacional por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; maestra en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; licenciada en derecho y especialista en derecho de la Unión Europea y en derecho internacional económico por la Escuela de Derecho de la Sorbona (Sorbonne Law School) de la Universidad de París I. Actualmente es investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Juan Manuel Portilla Gómez. Doctor en derecho internacional; profesor titular C de tiempo completo en la FES Acatlán de la UNAM; titular de la Cátedra José Vasconcelos; miembro del Consejo Editorial del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; miembro de la International Law Association.

Iliana Rodríguez Santibáñez. Doctora en derecho y maestra en relaciones internacionales por la UNAM. Profesora-investigadora del Departamento Regional de Derecho del Tecnológico de Monterrey, campus Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México, de LASA, ILA y Comexi.

Andrés Sarmiento Lamus. Abogado (*cum laude*) por la Universidad Sergio Arboleda. Candidato a doctor (PhD) y magíster en Estudios Avanzados (LLM Adv.) en derecho internacional público de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Profesor asociado de la Universidad Sergio Arboleda. Miembro activo de la Academia Colombia de Derecho Internacional (ACCOLDI).

Barbara Anna Stepień. Doctora en derecho por la Universidad Jaguelónica en Cracovia. Profesora de derecho del mar y derecho internacional marítimo en la Universidad Iberoamericana (2020). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Ha sido investigadora visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional e investigadora posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Actualmente se desempeña como ejecutiva de investigación y análisis en el Tribunal Electoral de la Ciudad de México.

Eric Tardif Chalifour. Licenciado en derecho por la Universidad de Ottawa (Canadá); maestro y doctor en derecho por la UNAM. Profesor por oposición de derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-Conacyt). Actualmente se desempeña como asesor jurídico en la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para México y América central.

Ricardo Valero. Licenciado y maestro en relaciones internacionales por El Colegio de México. Ha impartido cátedra en distintas instituciones, destacando entre éstas la UNAM, de teoría y ciencia política, teoría de las relaciones internacionales, tendencias políticas en el mundo contemporáneo, proceso político en México, continuidad y cambio político en América Latina y política exterior de México. Ha ostentado diversos cargos públicos y diplomáticos. Fue embajador de México en Chile en el periodo 2001-2004, y también en Argentina.

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás. Doctor en relaciones internacionales, y doctor en ciencias políticas y sociales por la UNAM. Profesor de carrera en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, y en el Posgrado de Derecho de la UNAM. Investigador nacional (SNI, nivel III). Tutor a distancia en la Universidad de las Naciones Unidas. Investigador de posdoctorado en la Universidad Complutense de Madrid, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). Autor de libros, artículos y trabajos reconocidos, en áreas disciplinarias de su especialidad.

Casos de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia. Fronteras, conflictos armados, derechos humanos y medio ambiente, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 7 de septiembre de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

En la presente obra, un grupo de especialistas en derecho internacional y relaciones internacionales, radicados en América Latina, unen esfuerzos para, desde enfoques diversos, ofrecer al lector análisis detallados de los más de veinte casos que los gobiernos latinoamericanos han disputado entre sí y con Estados de otras regiones bajo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, cuya intervención ha sido determinante en la solución de los conflictos, especialmente en materia de fronteras y delimitaciones, pero también de derechos humanos, medio ambiente y conflictos armados, que se han suscitado a lo largo de poco más de dos siglos de haberse constituido estos pueblos como naciones independientes y que se han solventado en el recurso a la Corte.

Convencidos de la importancia del estudio de los criterios judiciales emitidos por la Corte, como el que aquí se efectúa, para la enseñanza y el estudio del derecho internacional, en tanto dilucida las normas practicadas por los Estados de la región, se anticipa que esta obra será de interés para juristas y expertos en asuntos internacionales, así como para latinoamericanistas y estudiantes de derecho.

