

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 Díkē, 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, Gabčíkovo-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", ILLJ 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 CVDI 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.
- MARSCHIK, 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.