

215. Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)

Fallo de 17 de marzo de 2016

El 17 de marzo de 2016, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia)*.

La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Magistrados *ad hoc* Daudet, Caron; Secretario Couvreur.

*

* *

El párrafo dispositivo del fallo (párr. 111) dice lo siguiente:

“...

La Corte,

1) a) Por unanimidad,

Rechaza la primera excepción preliminar formulada por la República de Colombia;

b) Por quince votos contra uno,

Rechaza la segunda excepción preliminar formulada por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la existencia de una controversia relativa a presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua;

Votos a favor: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; *Magistrado ad hoc* Daudet;

Voto en contra: *Magistrado ad hoc* Caron;

c) Por unanimidad,

Acoge la segunda excepción preliminar formulada por la República de Colombia en la medida en que se refiere a la existencia de una controversia relativa a presuntas violaciones por Colombia de su obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza;

d) Por quince votos contra uno,

Rechaza la tercera excepción preliminar formulada por la República de Colombia;

Votos a favor: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; *Magistrado ad hoc* Daudet;

Voto en contra: Magistrado ad hoc Caron;

e) Por unanimidad,

Determina que no existen motivos para pronunciarse sobre la cuarta excepción preliminar formulada por la República de Colombia;

f) Por quince votos contra uno,

Rechaza la quinta excepción preliminar formulada por la República de Colombia;

Votos a favor: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Robinson, Gevorgian; Magistrados ad hoc Daudet, Caron;

Voto en contra: Magistrado Bhandari;

2) Por catorce votos contra dos,

Determina que tiene competencia, sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la controversia entre la República de Nicaragua y la República de Colombia mencionada en el párrafo 1 b) *supra*.

Votos a favor: Presidente Abraham; Vicepresidente Yusuf; Magistrados Owada, Tomka, Bennouna, Cañado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Gaja, Sebutinde, Robinson, Gevorgian; Magistrado ad hoc Daudet;

Votos en contra: Magistrado Bhandari; Magistrado ad hoc Caron.

*

* *

El Magistrado Cañado Trindade adjuntó una opinión separada al fallo de la Corte; el Magistrado Bhandari adjuntó una declaración al fallo de la Corte; el Magistrado *ad hoc* Caron adjuntó una opinión disidente al fallo de la Corte.

*

* *

I. Introducción

La Corte recuerda que, en el presente procedimiento, Nicaragua propone fundar la competencia de la Corte en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. De conformidad con esa disposición, las partes en el Pacto reconocen la jurisdicción de la Corte como obligatoria en “todas las controversias de orden jurídico”. Alternativamente, Nicaragua sostiene que la Corte tiene una competencia inherente para conocer de las controversias relativas al incumplimiento de sus fallos y que, en el presente procedimiento, esa competencia inherente existe, habida cuenta de que la actual controversia surge del incumplimiento por Colombia del fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012 en la causa relativa a la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)* (*I.C.J. Reports 2012 (II)*, pág. 624) (en adelante, el “fallo de 2012”).

La Corte observa que Colombia ha formulado cinco excepciones preliminares a su competencia. En sus observaciones escritas y en sus argumentaciones finales durante las actuaciones orales, Nicaragua pidió a la Corte que rechazara las excepciones preliminares de Colombia en su totalidad.

II. Primera excepción preliminar

En su primera excepción preliminar, Colombia argumenta que la Corte carece de competencia *ratione temporis* con arreglo al Pacto de Bogotá, porque el procedimiento fue incoado por Nicaragua el 26 de noviembre de 2013, después de la notificación de la denuncia del Pacto hecha por Colombia el 27 de noviembre de 2012.

La Corte recuerda que, en su denuncia del Pacto de Bogotá, Colombia expresó que la denuncia “rige a partir del día de hoy respecto de los procedimientos que se inicien después del presente aviso, de conformidad con el párrafo segundo del artículo LVI”, que establece que la denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo. La Corte observa que la demanda de Nicaragua fue presentada ante ella después de transmitida la notificación de la denuncia de Colombia pero antes de que hubiera transcurrido el período de un año mencionado en el primer párrafo del artículo LVI. Con arreglo a dicha disposición, al final del período de preaviso en cuestión el Pacto cesará en sus efectos para el denunciante, pero quedará subsistente para los demás signatarios.

Colombia sostiene que la inferencia natural de la disposición expresa del segundo párrafo del artículo LVI del Pacto es que la denuncia surtirá efectos respecto de los procedimientos iniciados después de la transmisión de la notificación y refuta la sugerencia de que su interpretación del segundo párrafo del artículo LVI privaría de efecto útil al primer párrafo de dicho artículo. Aun cuando Colombia acepta que su interpretación significaría que ninguno de los distintos procedimientos previstos en los capítulos segundo a quinto del Pacto podría ser iniciado por un Estado que hubiese realizado una notificación de denuncia, o contra él, durante el año en que el tratado permaneciera vigente de conformidad con el primer párrafo del artículo LVI, sostiene que las importantes obligaciones sustantivas contenidas en los otros capítulos del Pacto permanecerían de todos modos vigentes durante el período de un año, de modo que el primer párrafo del artículo LVI tendría un efecto claro. Colombia argumenta que su interpretación del artículo LVI se ve confirmada por el hecho de que, si las partes en el Pacto hubiesen querido que la denuncia no afectara a ninguno de los procedimientos iniciados durante el período de un año de preaviso, fácilmente podrían haberlo dicho de manera expresa, a saber, adoptando una redacción análoga a las disposiciones de otros tratados. Finalmente, sostiene que su interpretación es “también congruente con la práctica estatal de las partes en el Pacto” y los *travaux préparatoires*.

Nicaragua sostiene que la competencia de la Corte viene determinada por el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, según el cual tanto Colombia como Nicaragua habían reconocido la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El período de vigencia del tratado está determinado por el primer párrafo

del artículo LVI, que dispone que el Pacto regirá para el Estado que haya hecho una notificación de denuncia durante un año a contar de la fecha de dicha notificación. Como la fecha en que ha de establecerse la competencia de la Corte es la fecha en que se presenta la demanda, y como la demanda de Nicaragua se presentó menos de un año contado a partir de la notificación hecha por Colombia de su denuncia del Pacto, de ello se deduce —según Nicaragua— que la Corte tiene competencia en la presente causa. Nicaragua añade que la interpretación de Colombia excluiría del efecto del primer párrafo del artículo LVI a todos los procedimientos de buenos oficios y mediación (capítulo segundo del Pacto), investigación y conciliación (capítulo tercero), procedimiento judicial (capítulo cuarto) y arbitraje (capítulo quinto), que en conjunto comprenden 41 de los 60 artículos del Pacto. En cuanto a las disposiciones restantes, varias de ellas son disposiciones que ya han cumplido enteramente su objetivo y no cumplirían función alguna durante el período de un año de preaviso, mientras que otras están indisolublemente vinculadas con los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto y no imponen obligaciones independientes de dichos procedimientos. Finalmente, Nicaragua niega que la práctica de las partes en el Pacto de Bogotá o los *travaux préparatoires* respalden la interpretación de Colombia.

La Corte recuerda que la fecha en la cual se debe establecer su competencia es la fecha en que se presenta la demanda ante la Corte. En el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, las partes reconocen como obligatoria la jurisdicción de la Corte “mientras esté vigente el presente Tratado”. El primer párrafo del artículo LVI dispone que, en caso de denuncia del Pacto por un Estado parte, el Pacto permanecerá vigente entre el Estado denunciante y las demás partes durante un período de un año después de la notificación de la denuncia. La Corte opina que no se discute que, si solo existieran esas disposiciones, serían suficientes para conferir competencia en la presente causa. El Pacto seguía estando vigente entre Colombia y Nicaragua en la fecha que se presentó la demanda, y el hecho de que posteriormente el Pacto dejó de estar vigente entre ellas no afectaría esa competencia. Por consiguiente, la única cuestión que se plantea en relación con la primera excepción preliminar de Colombia radica en determinar si el segundo párrafo del artículo LVI, que establece que “la denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”, puede ser susceptible de una lectura *a contrario*, contrarrestando lo que de otra manera habría sido el efecto del primer párrafo, de modo que se llegase a la conclusión de que la Corte carece de competencia en el procedimiento a pesar de que este fue incoado cuando el Pacto seguía estando vigente entre Nicaragua y Colombia. Esta cuestión debe resolverse mediante la aplicación a las disposiciones pertinentes del Pacto de Bogotá de las reglas sobre interpretación de los tratados consagradas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena, que reflejan las reglas del derecho internacional consuetudinario.

La Corte observa que no es la denuncia *per se* lo que puede producir un efecto sobre la competencia de la Corte con arreglo al artículo XXXI, sino la cesación de los efectos del tratado (entre el Estado denunciante y las demás partes) que resulta de la denuncia. Ello se desprende tanto de los términos del artículo XXXI como del sentido corriente de las palabras utilizadas en el artículo LVI. El primer párrafo del

artículo LVI dispone que el tratado se puede dar por terminado mediante denuncia, pero que la cesación de los efectos solo tendrá lugar después de transcurrido un período de un año a partir de la notificación de la denuncia. Por consiguiente, es este primer párrafo el que determina los efectos de la denuncia. El segundo párrafo confirma que los procedimientos iniciados antes de la transmisión de la notificación de la denuncia podrán continuar independientemente de la denuncia y que, por lo tanto, su continuación queda asegurada independientemente de las disposiciones del primer párrafo relativas a los efectos de la denuncia en su conjunto.

La Corte considera que la interpretación que hace Colombia del segundo párrafo del artículo LVI es contraria a los términos del artículo XXXI. Opina que el segundo párrafo del artículo LVI es susceptible de otra interpretación —una interpretación que es compatible con el artículo XXXI— según la cual, mientras que los procedimientos iniciados antes de la transmisión de la notificación de denuncia podrán continuar en cualquier caso y, en consecuencia, no están sujetos al primer párrafo del artículo LVI, el efecto de la denuncia sobre los procedimientos iniciados después esa fecha se rige por el primer párrafo. Dado que el primer párrafo dispone que la denuncia solo determina la cesación de los efectos del tratado para el Estado denunciante después de que haya transcurrido un período de un año, los procedimientos iniciados durante ese año se inician mientras el Pacto todavía está vigente. Así pues, están dentro del alcance de la jurisdicción conferida por el artículo XXXI. La Corte añade que el resultado de la interpretación del segundo párrafo del artículo LVI propuesta por Colombia sería que, durante el año siguiente a la notificación de la denuncia, la mayor parte de los artículos del Pacto, que contienen sus disposiciones más importantes, no se aplicarían entre el Estado denunciante y las demás partes. Tal resultado es difícil de conciliar con los términos expresos del primer párrafo del artículo LVI, que dispone que “el presente Tratado” seguirá estando vigente durante el período de un año, sin distinguir entre las diferentes partes del Pacto, como trata de hacer Colombia. La Corte observa asimismo que la interpretación que hace Colombia no es compatible con el objeto y fin del Pacto de Bogotá, que es promover la solución pacífica de las controversias mediante los procedimientos previstos en el Pacto. Aunque Colombia argumenta que la referencia a los “procedimientos ... regionales” contenida en el primer párrafo del artículo II no se limita a los procedimientos establecidos en el Pacto, el artículo II debe interpretarse como un todo. Resulta claro del uso de las palabras “en consecuencia” al comienzo del segundo párrafo del artículo II que la obligación de recurrir a los procedimientos regionales, que las partes “reconocen” en el primer párrafo, ha de cumplirse mediante el empleo de los procedimientos establecidos en los capítulos segundo a quinto del Pacto.

A la Corte no le resulta convincente el argumento de Colombia de que, si las partes en el Pacto de Bogotá hubiesen deseado que los procedimientos iniciados en cualquier momento anterior al vencimiento del período de un año mencionado en el primer párrafo del artículo LVI no se vieran afectados, habrían podido fácilmente insertar una disposición expresa en tal sentido. El argumento de Colombia relativo a la práctica estatal materializada en las denuncias del Pacto por El Salvador en 1973 y por la propia Colombia en 2012, junto con lo que Colombia describe como ausencia de reacción ante la notificación de esas denuncias, no arroja luz alguna

sobre la cuestión que la Corte tiene actualmente ante sí. En cuanto a los *travaux préparatoires*, no dan indicación alguna sobre la finalidad precisa de la adición de lo que se convirtió a la postre en el segundo párrafo del artículo LVI.

Por todas estas razones, la Corte considera que no se puede aceptar la interpretación que hace Colombia del artículo LVI. Tomando el artículo LVI en su conjunto, y a la luz de su contexto y del objeto y fin del Pacto, la Corte concluye que el artículo XXXI, que confiere competencia a la Corte, seguía estando vigente entre las partes en la fecha en que se presentó la demanda en la presente causa. La posterior cesación de los efectos del Pacto entre Nicaragua y Colombia no afecta a la competencia que existía en la fecha en que se inició el procedimiento. Por consiguiente, debe rechazarse la primera excepción preliminar de Colombia.

III. Segunda excepción preliminar

En su segunda excepción, Colombia argumenta que, aunque la Corte no acoja la primera excepción, la Corte tampoco tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá porque no existía una controversia entre las partes al 26 de noviembre de 2013, fecha en la cual se presentó la demanda.

La Corte señala que la existencia de una controversia entre las partes es una condición de la competencia de la Corte. Tal controversia, de conformidad con la jurisprudencia establecida de la Corte, consiste en “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas”. No importa cuál de ellas formula una pretensión y cuál se opone a esa pretensión. Lo que importa es que “los dos lados [tengan] opiniones claramente opuestas acerca de la cuestión del cumplimiento o el incumplimiento de determinadas” obligaciones internacionales. La Corte recuerda asimismo que “la existencia de una controversia internacional debe ser determinada objetivamente” por la Corte. “La determinación de la Corte debe fundarse en un examen de los hechos. Es un asunto de sustancia, no de forma”. En principio, la fecha crítica para determinar si existe una controversia es la fecha en que se presenta la demanda ante la Corte.

La Corte recuerda que Nicaragua formula dos pretensiones diferentes: por un lado, que Colombia ha violado los derechos soberanos de Nicaragua en sus zonas marítimas y, por otro, que Colombia ha violado su obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza. La Corte examinará estas dos pretensiones por separado a fin de determinar, con respecto a cada una de ellas, si existía una controversia en la fecha de presentación de la demanda.

Con respecto a la primera pretensión de Nicaragua, la Corte presta particular atención a las opiniones expresadas por los dos Estados en las declaraciones y manifestaciones hechas por sus altos funcionarios sobre la cuestión de sus respectivos derechos en las zonas marítimas comprendidas en el fallo de 2012; los incidentes en el mar con participación de buques o aeronaves de Colombia presuntamente ocurridos en esas zonas; y las posiciones de las partes sobre las consecuencias, en lo tocante a la extensión de sus espacios marítimos, del Decreto de Colombia sobre el establecimiento de una “zona contigua integral”.

Considerando, primero, las declaraciones y manifestaciones de los altos funcionarios de los dos Estados, la Corte observa que, luego de dictado el fallo de 2012, el Presidente de Colombia propuso a Nicaragua negociar un tratado relativo a los efectos de dicho fallo, mientras que el Presidente de Nicaragua, en varias ocasiones, expresó su disposición a entablar negociaciones para la concertación de un tratado dirigido a hacer efectivo el fallo, teniendo en cuenta las preocupaciones de Colombia en relación con la pesca, la protección ambiental y el tráfico de drogas. La Corte considera que el hecho de que las partes estuvieran dispuestas a un diálogo no prueba por sí mismo que, a la fecha de la presentación de la demanda, no existiera una controversia entre ellas con respecto al objeto de la primera pretensión de Nicaragua. La Corte señala que Colombia consideró que sus derechos habían sido “infringidos” como resultado de la delimitación marítima hecha por el fallo de 2012. Nicaragua, por su parte, insistió en que debían respetarse las zonas marítimas declaradas por la Corte en el fallo de 2012. La Corte concluye, sobre la base de esas manifestaciones, que está claro que las partes sostenían opiniones contrapuestas sobre la cuestión de sus respectivos derechos en las zonas marítimas comprendidas en el fallo de 2012.

Con respecto a la proclamación por Colombia de una “zona contigua integral”, la Corte señala que las partes asumieron distintas posiciones sobre las consecuencias jurídicas de esa acción en el derecho internacional. Mientras que Colombia sostuvo que tenía derecho a una zona contigua tal como la que se definía en el Decreto 1946 con arreglo al derecho internacional consuetudinario, Nicaragua afirmó que dicho Decreto violaba sus “derechos soberanos y zonas marítimas” determinados por la Corte en el fallo de 2012.

En lo tocante a los incidentes en el mar con participación de buques o aeronaves de Colombia presuntamente ocurridos antes de la fecha crítica, la Corte considera que, aunque Colombia rechaza la caracterización que hace Nicaragua de lo ocurrido en el mar como “incidentes”, no refuta la alegación de Nicaragua de que continuó ejerciendo jurisdicción en los espacios marítimos que Nicaragua reclamaba como propios sobre la base del fallo de 2012.

Finalmente, la Corte señala que, aunque Nicaragua no envió a Colombia su nota diplomática formal de protesta por las presuntas violaciones de sus derechos marítimos en el mar hasta el 13 de septiembre de 2014, casi diez meses después de la presentación de la demanda, en las circunstancias específicas de la presente causa las pruebas indican claramente que, en la época en que se presentó la demanda, Colombia tenía conocimiento de que la promulgación de su Decreto 1946 y su conducta en las zonas marítimas que el fallo de 2012 había declarado que pertenecían a Nicaragua eran objeto de positiva oposición por parte de Nicaragua. Habida cuenta de las manifestaciones públicas hechas por los más altos representantes de las partes, Colombia no podía haber malinterpretado la posición de Nicaragua sobre esas diferencias.

Sobre la base de las pruebas examinadas *supra*, la Corte determina que, a la fecha en que se presentó la demanda, existía una controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas

marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua.

La Corte pasa a continuación a la cuestión de la existencia de una controversia sobre la segunda pretensión de Nicaragua, a saber, que Colombia, con su conducta, ha violado la obligación de no recurrir al uso o la amenaza del uso de la fuerza que le imponen el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario.

Si bien Nicaragua hace referencia a varios incidentes presuntamente ocurridos en el mar, la Corte observa que, con respecto a los incidentes presuntamente ocurridos antes de la fecha crítica, no hay en las pruebas aportadas nada que sugiera que Nicaragua hubiese indicado que Colombia había violado las obligaciones que le imponen el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas o el derecho internacional consuetudinario respecto de la amenaza o el uso de la fuerza. Por el contrario, miembros de las autoridades ejecutivas y militares de Nicaragua confirmaron que la situación en el mar era calma y estable. Además, la Corte observa que los incidentes presuntamente ocurridos antes de que Nicaragua presentase su demanda se relacionan con la primera pretensión de Nicaragua y no con una pretensión relativa a una amenaza de uso de la fuerza vedada por el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y por el derecho internacional consuetudinario. Habida cuenta de esos hechos, la Corte considera que, a la fecha en que se presentó la demanda, la controversia que existía entre Colombia y Nicaragua no se refería a las posibles violaciones por Colombia del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional consuetudinario en relación con la prohibición del uso o la amenaza del uso de la fuerza.

A la luz de las consideraciones que anteceden, la Corte concluye que, a la fecha en que Nicaragua presentó su demanda, existía una controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua. Consiguientemente, se debe rechazar la segunda excepción preliminar de Colombia con respecto a la primera pretensión de Nicaragua y acogerla con respecto a su segunda pretensión.

IV. Tercera excepción preliminar

Colombia sostiene en su tercera excepción que la Corte no tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá porque, a la fecha de la presentación de la demanda, las partes no opinaban que la supuesta controversia “no [podía] ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales”, como exige, a juicio de Colombia, el artículo II del Pacto de Bogotá antes de poder recurrir a los procedimientos de solución de controversias previstos en el Pacto.

Haciendo referencia al fallo de 1988 en la causa relativa a las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, Colombia alega que solo correspondería recurrir a los procedimientos de solución pacífica del Pacto de conformidad con el artículo II si se hubiera hecho un intento de buena fe de negociar un arreglo y resultara claro, después de realizar esfuerzos razonables, que

se había llegado a un punto muerto y que no era verosímil que se pudiera resolver la controversia por esos medios. Colombia afirma que, en contra de lo que sostiene Nicaragua, la expresión “en opinión de las partes” que figura en el artículo II debe entenderse referida a la opinión de ambas partes, como se dice en las versiones del Pacto en español, inglés y portugués, y no a la opinión de una de las partes. Colombia sostiene que, sobre la base tanto de su propia conducta como de la de Nicaragua, no se puede concluir que, en opinión de las partes, la controversia alegada no pudiese ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua.

Por su parte, Nicaragua rechaza la interpretación del artículo II propuesta por Colombia y sostiene que esta no interpreta bien el fallo de la Corte de 1988. Fundándose en la versión del Pacto en francés, Nicaragua argumenta que el artículo II del Pacto requiere que la Corte determine si, desde un punto de vista objetivo, una de las partes tenía la opinión de que la controversia no podía ser resuelta por negociaciones directas.

La Corte recuerda que, en el fallo de 1988, decidió que, a los efectos de determinar la aplicación del artículo II del Pacto, no estaba obligada “por la simple aseveración de una u otra de las partes de que tiene determinada opinión”. La Corte destacó que debía “ser libre, en el ejercicio de su función judicial, para resolver por sí misma esa cuestión sobre la base de las pruebas de que disponga”. La Corte dejó en claro que las partes habían de proporcionar pruebas sustantivas para demostrar que consideraban de buena fe que su controversia podía o no podía ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales. La fecha crítica en la cual debe determinarse “la opinión de las partes” a los efectos de la aplicación del artículo II del Pacto es la fecha en que se inicia el procedimiento. Además, la Corte tomó nota de la discrepancia entre el texto francés y los otros tres textos oficiales (español, inglés y portugués) del artículo II; el primero se refiere a la opinión de una de las partes (“de l’avis de l’une des parties”), mientras que los otros tres se refieren a la opinión de ambas partes. Sin embargo, la Corte no consideró necesario resolver el problema planteado por esa discrepancia textual antes de examinar la aplicación del artículo II del Pacto en esa causa. Procedió a considerar, sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, si la “opinión” de ambas partes era que no resultaba posible resolver la controversia mediante negociación. Consiguientemente, en el presente procedimiento, la Corte comenzará por determinar si las pruebas aportadas demuestran que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, ninguna de las partes podía verosímilmente sostener que la controversia entre ellas podía resolverse por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales.

La Corte observa que, en diversas comunicaciones entre los Jefes de Estado de los dos países después de dictado el fallo de 2012, cada parte había indicado que estaba dispuesta al diálogo para considerar algunas cuestiones planteadas por Colombia como resultado del fallo. La Corte señala, empero, que el objeto de la negociación es diferente del objeto de la controversia entre las partes. Según Nicaragua, las negociaciones entre las partes debían haberse llevado a cabo sobre la base de que el tratado previsto no afectaría a las zonas marítimas declaradas por el fallo de 2012. En otras palabras, para Nicaragua esas negociaciones debían limitarse

a las modalidades o los mecanismos para la implementación de dicho fallo. Colombia no definía el objeto de las negociaciones de la misma manera. En palabras de su Ministro de Relaciones Exteriores, se proponía “firmar *un tratado que establezca los límites* y un régimen jurídico que contribuya a la seguridad y la estabilidad en la región”.

La Corte señala que las partes no cuestionan que la situación en el mar se mantuvo “calma” y “estable” durante el período pertinente. Ese hecho, sin embargo, no es necesariamente una indicación de que, en opinión de las partes, la controversia a que se refiere la presente causa pudiese ser resuelta mediante negociaciones. Desde el comienzo de los acontecimientos posteriores al dictado del fallo de 2012, Nicaragua se opuso firmemente a la conducta de Colombia en las zonas que el fallo de 2012 había declarado que pertenecían a Nicaragua. La posición de Colombia sobre la negociación de un tratado fue igualmente firme durante todo el curso de sus comunicaciones con Nicaragua. Ninguna de las pruebas presentadas a la Corte indica que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, las partes hubiesen contemplado, o estuviesen en condiciones de celebrar, negociaciones para resolver la controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua.

Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, la Corte concluye que, a la fecha en que Nicaragua presentó su demanda, se había cumplido la condición enunciada en el artículo II. Por consiguiente, la tercera excepción preliminar de Colombia debe ser rechazada.

V. Cuarta excepción preliminar

La Corte recuerda que Nicaragua invoca dos bases para la competencia de la Corte. Dice que, si la Corte determina que no tiene competencia con arreglo al artículo XXXI del Pacto de Bogotá, su jurisdicción podría fundarse en “su potestad inherente de pronunciarse sobre las acciones requeridas por su fallo”. En su cuarta excepción preliminar, Colombia sostiene que la Corte no tiene una “competencia inherente” en la que pueda fundarse Nicaragua y que la pretensión de Nicaragua no puede encontrar apoyo ni en el Estatuto de la Corte ni en su jurisprudencia.

La Corte señala que la “competencia inherente” invocada por Nicaragua es un fundamento alternativo que invoca para el establecimiento de la competencia de la Corte en la presente causa. El argumento de Nicaragua solo podría, en todo caso, aplicarse a la controversia que existía a la fecha de presentación de la demanda. Dado que la Corte ha fundado su competencia con respecto a dicha controversia en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, considera que no es necesario considerar la invocación por Nicaragua de una “competencia inherente” y, por lo tanto, no tomará posición al respecto. Consiguientemente, no hay motivos para que la Corte se pronuncie sobre la cuarta excepción preliminar de Colombia.

VI. Quinta excepción preliminar

Según la quinta excepción preliminar de Colombia, la Corte no tiene competencia con respecto al cumplimiento de un fallo anterior.

La Corte señala que la quinta excepción preliminar de Colombia se dirige primeramente contra el argumento alternativo de Nicaragua según el cual la Corte tiene una competencia inherente en relación con la presente causa. Colombia sostiene que, aun cuando la Corte determinase —en contra de la cuarta excepción preliminar de Colombia— que posee una competencia inherente, esa “competencia inherente” no abarca una competencia de ejecución de sus decisiones judiciales posterior a la adopción de tales decisiones. La Corte ya ha decidido que no es necesario determinar si posee una competencia inherente porque ha llegado a la conclusión de que su competencia se funda en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Consiguientemente, es innecesario pronunciarse sobre la quinta excepción preliminar de Colombia en la medida en que se refiere a la competencia inherente. Sin embargo, Colombia indicó en sus argumentaciones que su quinta excepción preliminar también estaba planteada como excepción a la competencia de la Corte con arreglo al artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Colombia argumenta que “incluso suponiendo ... que la Corte tenga competencia en la presente causa con arreglo al artículo XXXI del Pacto de Bogotá, dicha competencia ... no abarcaría las pretensiones de Nicaragua de ejecución por la Corte fundadas en el presunto incumplimiento del fallo de 2012 por Colombia”. Dado que la Corte ha concluido que tiene competencia con arreglo al artículo XXXI, la quinta excepción preliminar debe ser considerada en la medida en que se refiere a la competencia con arreglo al Pacto de Bogotá.

La quinta excepción preliminar de Colombia se funda en la premisa de que se pide a la Corte que haga cumplir su fallo de 2012. La Corte concuerda con Colombia en que incumbe a la Corte, y no a Nicaragua, decidir el verdadero carácter de la controversia que tiene ante sí. Sin embargo, como ha determinado la Corte, la controversia que tiene ante sí en el presente procedimiento se refiere a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas que, según Nicaragua, la Corte declaró en su fallo de 2012 que pertenecían a Nicaragua. En las relaciones entre Nicaragua y Colombia, esos derechos se derivan del derecho internacional consuetudinario. El fallo de la Corte de 2012 es indudablemente pertinente respecto de esa controversia, pues determina la frontera marítima entre las partes y, consiguientemente, determina cuál de las partes posee derechos soberanos con arreglo al derecho internacional consuetudinario en las zonas marítimas a que se refiere la presente causa. Sin embargo, en la presente causa Nicaragua pide a la Corte que juzgue y declare que Colombia ha incumplido “su obligación de no violar las zonas marítimas de Nicaragua delimitadas en el párrafo 251 del fallo de la Corte de 19 de noviembre de 2012, así como los derechos soberanos y la jurisdicción de Nicaragua en dichas zonas”, y “que, consiguientemente, Colombia tiene la obligación de eliminar las consecuencias jurídicas y materiales de sus actos internacionalmente ilícitos y reparar íntegramente los daños causados por dichos actos”. Nicaragua no pide que se ejecute el fallo de 2012 como tal. Por consiguiente, no corresponde que la Corte

examine los papeles respectivos otorgados a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (por el artículo L del Pacto de Bogotá), al Consejo de Seguridad (por el Artículo 94, párrafo 2, de la Carta) y a la Corte.

Por consiguiente, la quinta excepción preliminar de Colombia debe ser rechazada.

*

* *

Opinión separada del Magistrado Cançado Trindade

1. En su opinión separada, dividida en once partes, el Magistrado Cançado Trindade presenta los fundamentos de su posición personal sobre una cuestión planteada por las partes litigantes, Nicaragua y Colombia, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el curso del procedimiento (fases escrita y oral) en la presente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe*. La cuestión, relativa a la cuarta excepción preliminar formulada por Colombia, se refiere a los poderes o facultades inherentes de los tribunales internacionales contemporáneos, cuya jurisprudencia fue invocada por ambas partes litigantes ante la CIJ.

2. El Magistrado Cançado Trindade comienza observando (parte I) que, en el presente fallo, la CIJ, luego de determinar que tenía competencia con arreglo al Pacto de Bogotá y rechazar la primera excepción preliminar de Colombia, podía y debía haber arrojado alguna luz sobre los puntos controvertidos alegados por las partes litigantes, a saber, la pretensión de Nicaragua relativa a la “competencia inherente” y la cuarta excepción preliminar de Colombia (aunque posteriormente la rechazara también), en lugar de decir elípticamente, en una postura minimalista, que “no hay motivos” para que se pronuncie sobre la cuestión (párr. 104 del fallo).

3. Habida cuenta de la importancia que el Magistrado asigna a esta cuestión en particular, recurrente en la práctica de los tribunales internacionales, y habida cuenta de que la cuestión fue señalada a la atención de la CIJ en la presente causa, se siente obligado a dejar constancia en autos, primero, de las posiciones de las partes y el tratamiento que se les dio (partes II y III) y, a continuación, de los fundamentos de su propia posición personal sobre dicha cuestión, en sus aspectos interrelacionados (partes IV a X), a saber: a) los poderes inherentes más allá del consentimiento de los Estados; b) la interpretación teleológica (*ut res magis valeat quam pereat*) más allá del consentimiento de los Estados; c) la *compétence de la compétence / Kompetenz Kompetenz* más allá del consentimiento de los Estados; d) la *recta ratio* por encima de la *voluntas*, la conciencia humana por encima de la “voluntad”; e) los poderes inherentes como superación de las lagunas y la importancia de los principios generales; f) los poderes inherentes y la *juris dictio* más allá de la justicia transaccional; y g) los poderes inherentes y la supervisión del cumplimiento de las sentencias.

4. El Magistrado Cançado Trindade sostiene que se trata de un asunto que no se puede simplemente eludir, por ser “de importancia para el funcionamiento de los tribunales internacionales contemporáneos, en su común misión de la realización de

la justicia” (párr. 4). Después de recordar los escritos procesales de ambas partes, así como las respuestas dadas por Nicaragua y Colombia a las tres preguntas que el Magistrado les hizo a ambas en la audiencia pública de la Corte de 2 de octubre de 2015 (párrs. 5 a 12), señala el alcance más amplio de los poderes inherentes que sostiene Nicaragua (párr. 13). La CIJ, en su opinión, debió haberse pronunciado sobre la cuestión (las distintas perspectivas acerca de ella), en lugar de haberse “abstenido de hacerlo” en una “perspectiva más bien minimalista” —que él no comparte— del ejercicio de la función judicial internacional (párr. 15).

5. El Magistrado Cançado Trindade pone de relieve que la cuestión de los poderes o facultades inherentes ha sido, en efecto, planteada en reiteradas ocasiones ante los tribunales internacionales (párr. 16). Hace referencia a sus propias opiniones separadas y disidentes sobre esta cuestión (párrs. 16 a 18, 20 a 22, y 24 a 26), que ha emitido tanto en la CIJ como, anteriormente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus distintos aspectos, y destaca la existencia de poderes inherentes más allá del consentimiento de los Estados: “Aún a falta de una disposición expresa al respecto, los tribunales internacionales tienen derecho a ejercer sus poderes inherentes a fin de asegurar la buena administración de justicia” (párr. 19).

6. Esto lo lleva a la cuestión de la interpretación teleológica, en aplicación del principio del efecto útil, o *ut res magis valeat quam pereat*. A su entender, la interpretación teleológica, que él apoya, “comprende no solo el derecho material o sustantivo (por ejemplo, los derechos que se reivindican y que deben ser protegidos), sino también las cuestiones de competencia y de derecho procesal” (párr. 22), como lo demuestra la jurisprudencia pertinente tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana (párrs. 23 a 26).

7. Después de revelar las insuficiencias del voluntarismo estatal en el arreglo judicial de controversias internacionales, destacó que, a su juicio:

“a diferencia de lo que la CIJ ha presumido habitualmente, el consentimiento de los Estados no es en absoluto un ‘principio fundamental’, y ni siquiera es un ‘principio’; es, como máximo, una regla (que consagra una prerrogativa de los Estados o una concesión a ellos) que debe observarse como acto *inicial* de asunción de una obligación internacional. No es, ciertamente, un elemento de interpretación de los tratados. Una vez realizado ese acto inicial, este no condiciona el ejercicio de la jurisdicción obligatoria de un tribunal, que era preexistente a él y sigue operando sin resultar afectada por él” (párr. 27).

8. Pasando a otro aspecto, de orden epistemológico, el Magistrado Cançado Trindade afirma que la idea, que él sostiene, de que la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*, la conciencia humana por encima de la “voluntad”, se inscribe en el pensamiento iusnaturalista, desde las enseñanzas de los “padres fundadores” del derecho de gentes (comenzando con Francisco de Vitoria en el siglo XVI), basadas en una *lex praeceptiva* aprehendida por la razón humana y, ciertamente, no derivada de la “voluntad” de los propios sujetos de derecho (Estados y otros). Y añade que:

“De ese modo se abrió el camino para la aprehensión de un verdadero *jus necessarium* que trascendiera las limitaciones del *jus voluntarium*. Las

enseñanzas de los ‘padres fundadores’ de nuestra disciplina son perennes y de una impresionante actualidad. (...)

En sentido contrario, la concepción voluntarista, obsesionada con el consentimiento o la ‘voluntad’ de los Estados, ha demostrado tener fallas, no solo en el ámbito del derecho, sino también en otras ramas del conocimiento humano. La adhesión al poder, olvidando los valores, no lleva a ningún lado. En cuanto al derecho internacional, si —como argumentan los partidarios del positivismo voluntarista— es por la ‘voluntad’ de los Estados que se crean las obligaciones, también es por su ‘voluntad’ que se violan, y uno termina dando vueltas en círculos viciosos que no permiten explicar la naturaleza de las obligaciones internacionales” (párrs. 28 y 29).

9. El Magistrado Cançado Trindade pasa luego revista a la doctrina jurídica internacional sobre esta línea de pensamiento (párrs. 30 a 37) —que es la suya—, así como a sus propias opiniones separadas y disidentes en este sentido en la CIJ (párrs. 38 a 40), y añade:

“Resulta sumamente lamentable que, aún en nuestros días, la obsesión por fundarse en el consentimiento de los Estados siga presente en la práctica jurídica y las decisiones judiciales internacionales, aparentemente por inercia mental. En mi percepción, es difícil evitar la impresión de que, si se sigue dando un lugar de honor al voluntarismo estatal, no avanzaremos más allá de la prehistoria del arreglo judicial de las controversias entre Estados, en la que todavía vivimos. Me permito reiterar aquí que la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*, la conciencia humana está por encima de la ‘voluntad’” (párr. 41).

10. Pasando a la cuestión de la *compétence de la compétence* (*Kompetenz Kompetenz*) más allá del consentimiento de los Estados, el Magistrado Cançado Trindade señala que los tribunales internacionales de derechos humanos (como la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo), en particular, cuya jurisprudencia ha sido invocada por las partes litigantes en el curso del procedimiento ante la CIJ en la presente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe*, han logrado

“liberarse de las cadenas del consentimiento de los Estados y, de esa forma, han logrado preservar la integridad de sus respectivas jurisdicciones. Han aplicado sistemáticamente una interpretación teleológica, han hecho valer su *compétence de la compétence* y han ejercido sus poderes inherentes.

(...) Han comprendido, con razón, que su *compétence de la compétence* y sus poderes inherentes no están limitados por el consentimiento de los Estados; si no fuera así, simplemente no podrían impartir justicia.

Esos dos tribunales internacionales se han opuesto a la postura voluntarista y han insistido en su *compétence de la compétence*, como guardianes y dueños de sus respectivas jurisdicciones. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana han contribuido a la primacía de las consideraciones de orden público sobre el voluntarismo subjetivo de los Estados. (...) En suma, al tomar esa posición de principio, la Corte Interamericana y el Tribunal

Europeo han determinado, acertadamente, que la conciencia está por encima de la voluntad” (párrs. 43 a 45).

11. En cuanto a los tribunales penales internacionales —continúa—, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia se ha fundado asimismo en su propia *compétence de la compétence* (párrs. 46 y 47). Además, los tribunales internacionales han hecho uso de sus poderes o facultades inherentes en distintas situaciones (párrs. 48 a 55), por ejemplo colmando lagunas de sus *interna corporis* (párr. 56). En efecto, parece haber actualmente un reconocimiento general de la multiplicidad de situaciones posibles en que los tribunales internacionales pueden utilizar sus poderes inherentes, teniendo presentes en particular las distintas funciones propias de cada tribunal internacional. En suma:

“los tribunales internacionales contemporáneos han recurrido a los poderes inherentes que les parecen necesarios para el adecuado ejercicio de sus respectivas funciones judiciales. Han demostrado que están dispuestos a utilizar sus poderes inherentes (decidiendo cuestiones de competencia o de tratamiento de las pruebas, o bien cuestiones relativas al fondo y a las reparaciones) y, en casos no infrecuentes, han hecho uso de ellos en distintas situaciones a fin de asegurar una adecuada y sana administración de justicia” (párr. 58).

12. En la percepción del Magistrado Cançado Trindade, los tribunales internacionales se preocupan en “dotar a sus respectivas funciones judiciales de los poderes inherentes necesarios para asegurar la adecuada y sana administración de justicia” (párrs. 59 y 60). Según entienden, “su cometido va más allá del arreglo pacífico de controversias, pues también *dicen lo que es el derecho (juris dictio)*” (párrs. 61 y 62). Han ido más allá de la tradicional justicia transaccional. Su concepción más amplia de la función judicial, que abarca la *juris dictio* y contribuye también al desarrollo progresivo del derecho internacional, encuentra apoyo, por ejemplo, en la jurisprudencia pertinente de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales penales internacionales (párr. 63). También está implícita en la noción de “sentencias piloto”, específicamente en la labor del Tribunal Europeo (párr. 66).

13. En cuanto al aspecto restante relativo a los poderes inherentes y la supervisión del cumplimiento de sentencias (punto planteado ante la CIJ, con distintos fundamentos, por las dos partes litigantes), el Magistrado Cançado Trindade considera que el hecho de que un tribunal internacional pueda contar con la asistencia de otro órgano de supervisión para el cumplimiento de sus propias sentencias y decisiones no significa en modo alguno, en su opinión, que, una vez que dicta su sentencia o decisión, pueda permanecer indiferente en cuanto a su cumplimiento (párr. 67).

14. Por ejemplo, el hecho de que el Artículo 94, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas encomiende al Consejo de Seguridad la ejecución de los fallos y decisiones de la CIJ, en su opinión “no significa que el cumplimiento de estos deje de ser una preocupación de la Corte. De ninguna manera. Además, en la práctica el Consejo de Seguridad muy rara vez ha hecho algo al respecto”. Es importante evitar la violación adicional que supondría el incumplimiento; “sigue siendo una

preocupación de la CIJ, así como de todos los demás tribunales internacionales” (párr. 68).

15. En el caso de la CIJ en particular, se ha supuesto erróneamente que no es de su incumbencia asegurar el cumplimiento de sus propios fallos y decisiones. El Artículo 94, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas *no* confiere al Consejo de Seguridad la autoridad *exclusiva* de asegurar dicho cumplimiento, y un examen más atento de algunas de las disposiciones del Estatuto¹ demuestra que “la Corte está facultada para ocuparse del cumplimiento de sus propios fallos y decisiones” (párr. 69). El Magistrado Cançado Trindade considera que lo que debe criticarse, entonces, “no es la creación de derecho a nivel judicial (como se dice frecuentemente sin reflexión), sino más bien el inactivismo o ausentismo judicial, en particular con respecto a asegurar el cumplimiento de las sentencias y decisiones” (párr. 70).

16. A continuación observa que, por su parte, el Tribunal Europeo cuenta con la asistencia del Comité de Ministros y la Corte Interamericana ha recurrido a la celebración de audiencias posteriores al pronunciamiento de la sentencia (párr. 71). Los poderes del Comité de Ministros en lo tocante a la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo tampoco son exclusivos; el Tribunal puede ocuparse de ella, como ha reconocido expresamente el propio Tribunal Europeo. En suma, en su opinión “ningún tribunal internacional puede permanecer indiferente ante el incumplimiento de sus propias sentencias. Los poderes inherentes de los tribunales internacionales abarcan también esta esfera, a fin de asegurar que sus sentencias y decisiones sean debidamente cumplidas” (párr. 72). Y añade:

“Al hacerlo, los tribunales internacionales están preservando la integridad de sus respectivas jurisdicciones. Sorprendentemente, la doctrina jurídica internacional aún no ha dedicado suficiente atención a esta cuestión en particular, lo cual es lamentable, pues el cumplimiento de las sentencias y decisiones de los tribunales internacionales es un factor clave para la promoción del estado de derecho en la comunidad internacional. Y, desde 2006, el tema del ‘estado de derecho en los planos nacional e internacional’ ha estado presente en el programa de la Asamblea General de las Naciones Unidas² y ha atraído una cada vez mayor atención de los Estados Miembros, año tras año.

(...) El camino hacia la justicia es largo, y no es mucho lo que se ha logrado hasta la fecha en cuanto a la adecuada conceptualización de la supervisión del cumplimiento de las sentencias y decisiones de los tribunales internacionales. En cambio, la fuerza de la inercia mental ha persistido durante decenios. Es hora de superar ese ausentismo y esa pasividad. La supervisión de ese cumplimiento es, después de todo, una cuestión jurisdiccional. Un tribunal

¹ Artículos 41, 57, 60 y 61, párr. 3.

² Véanse las resoluciones de la Asamblea General 61/39, de 18 de diciembre de 2006; 62/70, de 6 de diciembre de 2007; 63/128, de 11 de diciembre de 2008; 64/116, de 16 de diciembre de 2009; 65/32, de 6 de diciembre de 2010; 66/102, de 9 de diciembre de 2011; 67/97, de 14 de diciembre de 2012; 68/116, de 16 de diciembre de 2013; 69/123, de 10 de diciembre de 2014; y 70/118, de 14 de diciembre de 2015.

internacional no puede en absoluto permanecer indiferente en lo tocante al cumplimiento de sus propias sentencias y decisiones” (párrs. 73 y 75).

17. Por último, pero no por ello menos importante, llegando a su breve epílogo, el Magistrado Cançado Trindade señala que el tratamiento por la Corte, en la presente causa, de “la cuestión planteada por la cuarta excepción preliminar de Colombia no refleja la riqueza del procedimiento en la presente causa, ni de los argumentos presentados ante la CIJ (en las fases escrita y oral) tanto por Nicaragua como por Colombia” (párr. 76).

18. En su opinión, las argumentaciones de las partes debieron “haber sido tenidas plenamente en cuenta de forma expresa en el presente fallo, aun cuando igualmente se hubiera rechazado la cuarta excepción preliminar. Después de todo, las argumentaciones de las partes en la presente causa relativa a las *Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe* plantean una importante cuestión, que se presenta recurrentemente ante la Corte y que continúa exigiendo nuestra reflexión para tratar de perfeccionar la realización de la justicia a nivel internacional” (párr. 77).

19. En opinión del Magistrado Cançado Trindade, el hecho de que la Corte haya determinado, en el presente fallo, que tiene competencia con arreglo al Pacto de Bogotá (rechazando la primera excepción preliminar de Colombia) “no le impedía considerar los argumentos de ambas partes litigantes sobre una cuestión tan importante como sus poderes o facultades inherentes (para pronunciarse sobre el presunto incumplimiento de su fallo de 2012)³” (párr. 78). El Magistrado Cançado Trindade se siente obligado a hacerlo, aun considerando que la cuarta excepción preliminar es insostenible y que debía ser igualmente rechazada, en lugar de decir simplemente —como lo ha hecho la Corte, “de manera elusiva”— que “no existen motivos” para pronunciarse sobre ella⁴.

20. El examen del uso de los poderes o facultades inherentes por los tribunales internacionales contemporáneos más allá del consentimiento de los Estados ha movido al Magistrado Cançado Trindade, en la presente opinión separada, a poner en primer plano su convencimiento de que

“la *recta ratio* está por encima de la *voluntas*. Es necesario superar la concepción voluntarista del derecho internacional. Es necesario que se tenga mayor conciencia acerca de la primacía de la conciencia sobre la ‘voluntad’ y que se preste una constante atención a los valores humanos fundamentales, a fin de asegurar el desarrollo progresivo del derecho internacional y, en definitiva, promover la realización de la justicia a nivel internacional” (párr. 82).

Declaración del Magistrado Bhandari

En su declaración, el Magistrado Bhandari recuerda que se ha sumado a la opinión de la mayoría con respecto a las primeras cuatro excepciones preliminares formuladas por Colombia. Sin embargo, disiente de la mayoría en lo tocante a la quinta excepción preliminar de Colombia, que acogería, y en consecuencia se

³ Véanse los párrs. 17 y 102 del presente fallo.

⁴ Véanse el párr. 104 y el punto 1 e) de la parte dispositiva del presente fallo.

negaría a permitir que la presente causa avanzase a la fase de examen del fondo. El Magistrado Bhandari recuerda que, según la quinta excepción preliminar, la pretensión de Nicaragua constituye un incorrecto intento de que la Corte haga cumplir uno de sus fallos anteriores. De conformidad con el Artículo 94, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo L del Pacto de Bogotá, resulta claro que el camino adecuado para que una parte agraviada haga cumplir un fallo de la CIJ consiste en recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Aun cuando tanto Nicaragua como Colombia han concebido claramente la presente causa como una solicitud de ejecución del fallo de 2012, la Corte ha declarado en el presente fallo, empero, que el verdadero carácter de la controversia se refiere a presuntas violaciones del derecho internacional consuetudinario por Colombia. Si bien es correcta, desde el punto de vista jurídico, la afirmación de que incumbe a la Corte —y no a las partes— determinar en definitiva la verdadera esencia de la controversia, el Magistrado Bhandari discrepa de la conclusión fáctica de la mayoría de que la presente pretensión de Nicaragua no está dirigida a hacer cumplir el fallo de 2012. La mayoría cita el párrafo 79 del presente fallo para sustentar su conclusión de que la controversia no surge directamente del fallo de 2012. Sin embargo, el párrafo 79 y el análisis que lo precede se refieren al examen que hace la Corte de una cuestión completamente separada en la que se funda una excepción preliminar totalmente diferente formulada por Colombia —a saber, si existía una controversia entre las partes cuando Nicaragua presentó su demanda—, que no tiene relación con la presente cuestión. Además, hay abundantes pruebas en el expediente, que la mayoría no ha tenido suficientemente en cuenta, que demuestran claramente que la presente pretensión de Nicaragua es un evidente intento de ejecutar el fallo de 2012.

Opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Caron

El Magistrado Caron disiente de la conclusión de la Corte respecto de las excepciones preliminares segunda y tercera de Colombia, en la medida en que el razonamiento de la Corte se aparta de su propia jurisprudencia y no está respaldado por las pruebas que tiene ante sí. Más allá de los detalles de la presente causa, es motivo de gran preocupación para el Magistrado Caron el hecho de que, en su opinión, el razonamiento de la Corte en el que esta afirma su competencia socava conceptos más generales en los que se funda el arreglo pacífico de controversias.

El Magistrado Caron recuerda que el título completo del Pacto de Bogotá es “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” y observa que, si bien no hay una escala jerarquizada de procedimientos en el Pacto de Bogotá, el arreglo pacífico dentro del régimen del Pacto sigue una cuidadosa progresión que va desde el diálogo en el cual las preocupaciones de los Estados se transmiten mutuamente, pasa por los diversos medios por los cuales puede negociarse el arreglo y llega, finalmente, al poder de la Corte o de un tribunal de decidir “controversias de orden jurídico”. Un desacuerdo es más que un patrón de conducta que podría implicar una diferencia de opiniones. Como se reconoce en el Pacto, la comunicación es esencial porque no es posible resolver un desacuerdo si no existe un diálogo que defina cuál es el objeto de la controversia. En realidad, a menos que “exista” una controversia en este sentido, es difícil imaginar qué es lo que ha de negociarse.

El Magistrado Caron disiente del fallo de la Corte porque menoscaba fundamentalmente ese régimen, al reducir la complejidad del régimen para el arreglo de controversias establecido en el Pacto de Bogotá hasta convertirlo esencialmente en una simple aceptación de la competencia de la Corte. El fallo, al distorsionar profundamente el requisito de que debe haber una controversia, determina que un demandante ante la Corte no necesita haber entablado un diálogo ni haber expresado sus preocupaciones al otro Estado. Sin ese diálogo, las partes no habrán tenido la oportunidad de definir la controversia, refinar la controversia, y —cabe esperar— circunscribir la controversia o incluso resolverla. De modo igualmente crítico, si el demandante no necesita haber entablado un diálogo con la otra parte, todo deber de negociar se ve, en la práctica, sustancialmente menoscabado. Las controversias internacionales son complejas y las controversias fronterizas figuran entre las más difíciles de resolver. El derecho da respuestas, pero no son necesariamente las más matizadas en situaciones tan complejas. Es esencial que la Corte o un tribunal sea competente para dar respuesta a una controversia cuando sea necesario o cuando se lo pidan ambas partes. Pero ello solo es necesario, con arreglo al Pacto de Bogotá, cuando la controversia entre dos Estados “no pueda ser resuelta por negociaciones directas” (según los términos del artículo II del Pacto, que la jurisprudencia de la Corte considera una condición previa para la competencia con arreglo al Pacto). En opinión del Magistrado Caron, es lamentable que el presente fallo, en sus decisiones sobre las excepciones preliminares segunda y tercera, reafirme formalmente, pero niegue sustantivamente, el requisito de que exista una controversia y la obligación de llevar a cabo negociaciones.

En relación más específicamente con la segunda excepción preliminar, el Magistrado Caron, aplicando la jurisprudencia anterior de la Corte sobre el significado y la existencia de una controversia, no puede comprender cómo se sostiene que en la fecha crítica existía una “controversia” respecto del objeto invocado por Nicaragua en su demanda. En el presente procedimiento, Colombia no llega hasta el punto de argumentar, en su segunda excepción preliminar, que no se oponía positivamente a una pretensión de Nicaragua. La segunda excepción preliminar de Colombia sostiene un punto más fundamental, a saber, que Nicaragua nunca formuló una pretensión a la cual Colombia pudiera oponerse. Esta significativa diferencia no es considerada en el fallo. Puede ser adecuado que la Corte infiera una oposición positiva a una pretensión. No es adecuado, en opinión del Magistrado Caron, que se infiera la afirmación de la pretensión.

El Magistrado Caron concluye, a partir de un examen completo de los hechos que constan en el expediente, que, antes de la presentación su demanda, Nicaragua no había formulado ninguna pretensión en el sentido de que Colombia hubiese violado sus derechos soberanos o sus espacios marítimos o hubiese amenazado ilícitamente con el uso de la fuerza. En su análisis, la Corte invierte el sentido de su jurisprudencia relativa al requisito de que exista una controversia a la fecha en que se presenta una demanda. En la presente causa, la Corte no pregunta si la parte demandante —Nicaragua— articuló de alguna forma una pretensión de violación jurídica antes de presentar su demanda. En cambio, infiere que la parte demandada debía haber tenido “conciencia” de que la parte demandante se oponía positivamente a acciones realizadas por ella. Según el Magistrado Caron, ese

razonamiento malinterpreta la jurisprudencia de la Corte relativa al requisito de que exista una controversia. Esta determinación marca, en la práctica, el fin de la exigencia del requisito razonado de que exista una controversia.

En relación más específicamente con la tercera excepción preliminar, el Magistrado Caron observa que, en su fallo, la Corte se basa en su determinación de 1988 según la cual la referencia a negociaciones directas en el artículo II del Pacto “constituye en todos los casos una condición previa para el recurso a los procedimientos pacíficos del Pacto” (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*) (competencia y admisibilidad), fallo, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 94, párr. 62). Al proceder así, la Corte sostiene que el criterio para saber si no es posible el arreglo consiste en determinar “si las pruebas aportadas demuestran que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, ninguna de las partes podía verosímilmente sostener que la controversia entre ellas podía resolverse por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales”.

El Magistrado Caron disiente de la conclusión de la Corte de que “ninguna de las pruebas presentadas a la Corte indica que, a la fecha de presentación de la demanda de Nicaragua, las partes hubiesen contemplado, o estuviesen en condiciones de celebrar, negociaciones para resolver la controversia relativa a las presuntas violaciones por Colombia de los derechos de Nicaragua en las zonas marítimas” y, sobre esa base, rechaza la tercera excepción preliminar de Colombia. En opinión del Magistrado Caron, la conclusión de la Corte no solo no está respaldada por las pruebas, sino que es *contradicha* por las pruebas específicas citadas por la Corte.

La observación final del Magistrado Caron es que la Corte, al determinar objetivamente el objeto de las controversias que tiene ante sí, puede estar llamada a realizar sutiles distinciones. En la presente causa, el Magistrado Caron señala que la Corte ha establecido una distinción muy sutil entre una pretensión relacionada con el incumplimiento de un fallo de la Corte y una pretensión relacionada con la violación de los derechos otorgados por tal fallo. Sin embargo, en opinión del Magistrado Caron, el fallo deja en claro que la Corte no ha puesto el mismo empeño en distinguir si una prueba determinada se refiere al incumplimiento del fallo de 2012 o a una violación de los derechos soberanos y espacios marítimos definidos en el fallo de 2012. Es probable que la facilidad con que se superponen esas dos pretensiones y la dificultad que tiene la Corte para evaluar las pruebas compliquen la tarea de esta en la etapa de examen del fondo de la presente causa.