

COLOMBIA SE RETIRA DEL PACTO DE BOGOTÁ: CAUSAS Y EFECTOS

Rene Urueña¹

Resumen

Ante la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia –que fue percibida como un triunfo para la primera y una derrota para la segunda– las autoridades colombianas jugaron primero con la idea de desacatar abiertamente el fallo y posteriormente tomaron la decisión de denunciar el Pacto de Bogotá de 1948, tratado bajo el que la CIJ adquirió jurisdicción para resolver la disputa.

Este artículo hace una descripción del litigio, de las características centrales del fallo, y del retiro del Pacto y sus implicaciones jurídicas. Así mismo, sitúa la denuncia colombiana del Pacto en el contexto latinoamericano: en realidad, Colombia es sólo un ejemplo más de una práctica relativamente común en nuestra región. Sobre esta base, el artículo presenta los dos modos argumentativos que han dominado las interpretaciones de la reacción de Colombia al fallo: la sensibilidad realista y la sensibilidad legalista. Estas sensibilidades generan, a su vez, sendos sentidos comunes, los cuales presentan graves puntos ciegos que son explorados en la conclusión.

Introducción

En los últimos meses de 2012, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) decidió una demanda interpuesta por Nicaragua en contra de Colombia, con ocasión de una disputa territorial en el Mar Caribe. La decisión fue percibida como un triunfo en Nicaragua y una derrota en Colombia, pues otorgó a los nicaragüenses derechos de explotación económica sobre un área marítima respecto

¹ Profesor y Director del Área de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes de Colombia. El autor agradece especialmente la asistencia de investigación de Emilio Lehoucq, Stephania Yate y Adriana Catalina Pérez, cuya contribución hizo posible este texto.

a la cual Colombia consideraba tener derecho. En reacción, las autoridades colombianas jugaron primero con la idea de desacatar abiertamente el fallo y posteriormente tomaron la decisión de denunciar el Pacto de Bogotá de 1948, tratado bajo el que la CIJ adquirió jurisdicción para resolver la disputa.

El debate jurídico sobre el contenido del fallo está abierto, al menos en Colombia. Algunos juristas colombianos han opinado que la sentencia presenta graves errores doctrinales en derecho internacional² y la posibilidad de una demanda de revisión o interpretación ante la CIJ parece estar sobre la mesa,³ para lo que Colombia contrató los servicios de la prestigiosa firma Voltera Fietta, en Londres, para formular las pretensiones.⁴ Aun así, el fallo parece ser menos controversial fuera de Colombia: la decisión de la CIJ fue unánime en la delimitación,⁵ y los pocos comentarios especializados que han surgido hasta el momento parecen considerar que el fallo es una aplicación razonable (aunque algo innovadora) de los principios de derecho del mar desarrollados por la propia Corte y por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en Hamburgo.⁶

No estamos, entonces, ante un caso especialmente controversial en términos de derecho internacional, que esté minando la legitimidad de la CIJ o siendo debatido en el Consejo de Seguridad. Esto no implica, por supuesto, que nuevos escenarios sean imposibles: si los nuevos agentes colombianos logran construir un argumento viable para una demanda adicional, nuevas e interesantes consideraciones podrían surgir. No obstante, por ahora, ese no es el caso: más que una discusión sobre el fallo, el punto parece ser, en este momento, las formas jurídicas que tomará el cumplimiento del mismo, el horizonte de tiempo que tal cumplimiento tendrá, y es el margen de maniobra

2 Véase, por ejemplo, *El Espectador*, Cárdenas, Fabián, “Los Errores de La Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre San Andrés”, 22 de noviembre de 2012.

3 *El Tiempo*, “Entrevista con Manuel José Cepeda: Colombia busca nueva prueba que modifique fallo de La Haya”, 1 de diciembre 2012.

4 Cancillería de Colombia, Positivo balance deja gira por Colombia de abogado que liderará estrategia jurídica de Colombia ante la CIJ (Oficina de Prensa, Cancillería de Colombia, 22 de febrero de 2013), disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/positivo-balance-deja-gira-colombia-abogado-que-liderara-estrategia-juridica-colombia>.

5 El único voto disidente de la decisión provino del juez Owada, quien formó parte de la mayoría unánime excepto respecto a la admisibilidad de una pretensión nicaragüense que, sin embargo, no afectó la delimitación.

6 Véase, Bekker, Pieter, “The World Court Awards Sovereignty Over Several Islands in the Caribbean Sea to Colombia and Fixes a Single Maritime Boundary Between Colombia and Nicaragua”, en *ASIL Insights*, 17, no. 3, 2013. También, Burke, Naomi, “Nicaragua v Colombia: An Unusual Delimitation?”, en *Cambridge Journal of Comparative Law Blog*, 4 de enero de 2013, disponible en <http://www.cjicl.org.uk/index.php/cjicl-blog/nicaragua-v-colombia-a-return-to-more-flexible-delimitation>.

que la decisión deja para una negociación diplomática entre Colombia y Nicaragua sobre temas puntuales: interdicción de narcóticos, explotación petrolera, protección del medio ambiente, derechos pesqueros, etcétera. Lo mismo ocurre con la denuncia del Pacto de Bogotá. No existe duda jurídica sobre la facultad de Colombia de presentar tal denuncia, y tampoco existe duda de que la misma no afecta el fallo de la CIJ.

Más allá de este debate, la reacción colombiana ante el fallo –y la posterior denuncia del Pacto– nos proveen una interesante oportunidad para reflexionar sobre la forma en que pensamos este tipo de situaciones, en especial, en América Latina. Nos apresuramos a juzgar si Colombia está en lo correcto en denunciar el Pacto, al emitir opiniones en un sentido o el otro. Este artículo no presenta una opinión más sobre el tema. En lugar de eso, el texto explora los patrones argumentativos que dominan el debate sobre la reacción de Colombia al fallo de la CIJ, subraya sus puntos ciegos y propone algunas variables, ignoradas en las aproximaciones tradicionales, que deberían ser incluidas en el análisis.

¿Para qué hacer este ejercicio? Por dos motivos. Primero, porque observar estos patrones argumentativos nos ayuda a pensar en cómo se construye el sentido común que controla nuestra interpretación de las relaciones internacionales en un momento dado. Los abogados internacionalistas en América Latina tendemos a movernos, sin parpadear, entre los extremos del cinismo y el fundamentalismo de la verdad. Creemos, de una parte, que el derecho internacional es un sistema completamente maleable y que, en consecuencia, las opiniones jurídicas son determinadas en su totalidad por quien quiera que le esté pagando al abogado emitiéndolas, sea en dinero, en cargos políticos o en ambos. Por otra, saltamos de ese escepticismo para abrazar con pasión la idea que el derecho internacional sí nos provee la respuesta correcta y justa que el derecho nacional nos niega: esta sí es, verdaderamente, la respuesta de los derechos humanos, del derecho internacional, de la “comunidad internacional”.

La idea de este artículo es explorar como, en la oscilación entre estos dos extremos de confianza y desconfianza absolutas, en realidad existen ciertos patrones argumentativos que son seguidos y repetidos incansablemente, partiendo de las mismas premisas, aplicándolas a los más diversos hechos; en este caso, la reacción colombiana al fallo de la CIJ. De estos patrones de argumentos jurídicos, por fuerza de repetición, emerge un cierto sentido común, con funciones descriptivas y normativas, que se convierte entonces en el prisma a través del cual interpretamos la realidad internacional. Este sentido co-

mún no es único. Hay patrones argumentativos que compiten entre sí y que a su vez generan sentidos comunes que están también en competencia. Este artículo propone que, en el caso de la reacción colombiana al fallo, hay dos patrones en disputa: la sensibilidad realista y la sensibilidad liberal. Como si se tratara de una obra de teatro, cada uno de estos prismas genera su propio reparto de personajes, su propia trama y su propia moraleja. Y, sin embargo, estamos ante los mismos hechos: Colombia denunció el Pacto de Bogotá. Así, reflexionar sobre cómo llegamos a pensar lo que pensamos nos permite explorar quién gana y quién pierde con cada modo argumentativo, esto es, cuál voz es amplificadora y cuál voz es acallada en cada uno. Esta es la motivación principal del artículo.

En segundo lugar, este artículo busca hacer una contribución a la incipiente literatura constructivista en derecho internacional. El cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales ha sido tradicionalmente leído desde una perspectiva realista, enfatizando el poder como variable clave para entender las relaciones internacionales, o desde una perspectiva liberal, que acentúa la vinculatoriedad abstracta del derecho internacional en tanto norma jurídica. En contra de estas dos visiones, literatura reciente ha comenzado a presentar ideas alternativas sobre el rol del derecho en la construcción de las estrategias geopolíticas internacionales, y la contribución específica y distintiva de las normas jurídicas en la generación de identidades, tanto individuales como nacionales y transnacionales.⁷ La exploración que se hace en este artículo de la denuncia del Pacto de Bogotá busca entrar en diálogo con esas posibilidades metodológicas. Así, más que decir si la denuncia del Pacto es “buena” o “mala”, “conveniente” o “inconveniente”, la metodología constructivista nos permite preguntarnos: ¿conveniente para quién? ¿quién gana y quién pierde con estas decisiones?

El artículo procede de la siguiente forma: la primera parte hace una descripción del litigio entre Colombia y Nicaragua, de las características del fallo, y del retiro del Pacto y sus implicaciones jurídicas. La segunda parte sitúa la denuncia colombiana del Pacto en el contexto latinoamericano: en realidad, Colombia es solo un ejemplo más de una práctica relativamente común en

7 Toope, Stephen, y Brunnée, Jutta, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*, (Cambridge University Press) 2010; Brunnée y Toope, “International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000, p. 19; Bederman, David, “Constructivism, Positivism, and Empiricism in International Law”, en *Georgetown Law Journal*, 89, 2000, pp. 469-500; Kingsbury, Benedict, “Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy”, en *American Journal of International Law*, Vol. 92, 3, 1998, pp. 414-457.

nuestra región. Sobre esta base, la tercera parte presenta los dos modos argumentativos que han dominado las interpretaciones de la reacción de Colombia al fallo: la sensibilidad realista y la sensibilidad legalista. Estas sensibilidades generan, a su vez, sendos sentidos comunes, los cuales presentan graves puntos ciegos que son explorados en la conclusión.

1. El fallo y las fallas

Como se anunció arriba, la CIJ emitió su fallo en la controversia suscitada entre Nicaragua y Colombia respecto de los derechos sobre ciertas islas y la delimitación marítima entre ambos Estados. Posteriormente, el gobierno colombiano optó por denunciar el Pacto de Bogotá, a fin de eliminar la competencia *ipso facto* que del referido tratado se deriva para la Corte. En lo que sigue, (a) se resumirá brevemente la sentencia; (b) se reseñarán, a la luz del derecho internacional aplicable, los efectos de la denuncia del Pacto de Bogotá; y (c) se analizará la reacción generada en la opinión pública, tanto por el fallo como por el retiro.

1.1. El fallo

El origen de la decisión de la CIJ es la demanda interpuesta por Nicaragua en contra de Colombia el 6 de diciembre de 2001.⁸ Según el demandante, la CIJ tenía jurisdicción sobre la controversia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.⁹ En su escrito de excepciones preliminares, Colombia sostuvo que la Corte no era competente para conocer el caso, pues el Tratado Bárcenas-Esguerra de 1928 y su protocolo de 1930 –suscritos entre las partes de la controversia– había resuelto ya las materias objeto del litigio. Nicaragua sugirió en su momento que tal tratado no debía ser tenido en cuenta, pues había sido celebrado cuando ese país estaba ocupado por los Estados Unidos.

En su decisión de admisibilidad, la CIJ estimó que el Tratado Bárcenas-Esguerra sí generaba efectos jurídicos; sin embargo, para la Corte los únicos puntos acordados en el mismo eran los relativos a la soberanía colombiana sobre las islas de San Andrés, Santa Catalina y Providencia. Toda vez que tal Tratado estaba vigente al momento de la celebración del Pacto de Bogotá,¹⁰ la

8 CIJ, Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua vs. Colombia), Preliminary objections (2007), ICJ Reports 2007, párr. 1.

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*, párr. 82.

Corte no contaba con jurisdicción para decidir sobre los puntos allí acordados.¹¹ Sin embargo, la Corte confirmó su jurisdicción respecto a los islotes de Roncador, Quitasueño y Serrana, toda vez que no había habido acuerdo entre las partes, de conformidad con el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.¹² Así mismo, confirmó su jurisdicción para conocer la controversia sobre delimitación marítima.¹³ Este último punto es clave: Colombia había insistido que el Tratado Bárcenas-Esguerra establecía la delimitación marítima siguiendo el meridiano 82.¹⁴ Esta idea fue rechazada en el momento de decidir las excepciones preliminares.

El fallo sustancial giró, entonces, alrededor de los islotes mencionados anteriormente y la delimitación marítima. Respecto al primer punto, la Corte examinó el reclamo de soberanía colombiana sobre Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos Sur-Orientales, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla. Para decidir, la CIJ descartó que el Tratado Bárcenas-Esguerra diera luces en particular, pues el material histórico no era conclusivo respecto a cuáles islas hacían parte del archipiélago de San Andrés a la luz del referido tratado.¹⁵ La Corte descartó, también, la aplicación del principio *uti possidetis juris*,¹⁶ pues tampoco había claridad sobre las islas objeto del debate en la era anterior a la independencia.¹⁷ En tal marco, la Corte basó su decisión sobre las *effectivités*, esto es, el ejercicio efectivo de poder y gobierno por parte de las partes del conflicto, y tomó el 12 de junio de 1969 como fecha crítica para efectos de apreciarlas.¹⁸ Con base en este análisis, el Tribunal estimó que Colombia –y no Nicaragua– había actuado públicamente a título de soberano, a través de actos de administración, respecto de los territorios en disputa¹⁹. Así, la Corte concluyó que Colombia tiene la soberanía sobre las islas en Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos Sur-Orientales, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla.²⁰

11 *Ibíd.*, párr. 90.

12 *Ibíd.*, párr. 104.

13 *Ibíd.*, párr. 120.

14 *Ibíd.*, párrs. 107 y 115.

15 *Ibíd.*, párr. 55.

16 En virtud del cual deben mantenerse las fronteras heredadas de la colonia.

17 CIJ, Nicaragua vs. Colombia, op. cit., párr. 65.

18 *Ibíd.*, párr. 71.

19 *Ibíd.*, párr. 84.

20 *Ibíd.*, párr. 103.

Restaba entonces el segundo punto, esto es, la delimitación marítima. La posición de Nicaragua siempre fue que la delimitación debía hacerse con base en la plataforma continental entre las costas de ambos países, con unos enclaves de 12 millas náuticas alrededor de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y unos enclaves de 3 millas náuticas alrededor de las otras islas pertenecientes a Colombia.²¹ Por su parte, Colombia sostuvo que debía hacerse con base en una línea media entre las últimas islas de Nicaragua y las de Colombia.²²

Colombia no es parte de la Convención de las Naciones Unidas (ONU) sobre el Derecho del Mar, razón por la cual la CIJ concluyó que el derecho aplicable a la controversia era la costumbre internacional,²³ cristalizada en los artículos 74 (zona económica exclusiva), 83 (plataforma continental) y 121 (islas) de la citada Convención. Así, la Corte aplicó una aproximación de tres etapas,²⁴ reflejando la adoptada en casos anteriores por la propia CIJ²⁵ y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar cuando se enfrentan a casos como este, donde se da la superposición entre la zona económica exclusiva de un Estado –Nicaragua– y el mar territorial otro, en este caso, derivado de las islas colombianas.

Pues bien, el primer paso fue establecer una línea provisional de delimitación, que consiste en una línea media equidistante utilizando los puntos base en las costas de cada uno de los Estados.²⁶ En este caso, la CIJ usó como referencia para calcular la línea provisional toda la costa nicaragüense (con una extensión de 531 kilómetros), mientras que la referencia del lado colombiano fueron las costas de las islas bajo soberanía de ese Estado (sumando 65 kilómetros). Este método se adoptó toda vez que la CIJ desestimó el argumento de Nicaragua que pretendía constituir enclaves de 3 millas náuticas; por el contrario, la Corte decidió que cada isla colombiana tiene derecho a 12 millas náuticas de mar territorial. Así, la Corte empezó por definir los puntos base, descartando como tales a los islotes de Quitasueño, Serrana y Cayo Bajo, por su escaso tamaño,²⁷ y usó solamente como puntos base a San Andrés, Santa Catalina, Providencia y

21 *Ibíd.*, párr. 134.

22 *Ibíd.*, párr. 135.

23 *Ibíd.*, párr. 137.

24 Burke, *op. cit.*

25 Véase: CIJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985 p. 46, párr. 60; CIJ, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania vs. Ukraine)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 101, párrs. 115-116.

26 CIJ, *Nicaragua vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 191.

27 *Ibíd.*, párr. 202.

los Cayos de Albuquerque para la definición de la línea provisional.²⁸ Usando esta técnica, la proporción resultante fue de aproximadamente 18:8,2 a favor de Nicaragua.²⁹ La definición del área marítima sobre la cual se aplicaría esta proporción resultó ser uno de los grandes triunfos de Nicaragua, ya que la Corte aceptó su propuesta de que el área sería de más de 209.280 km cuadrados;³⁰ esto es, un 33% más de lo propuesto por Colombia.³¹

En segundo lugar, la Corte consideró las circunstancias que implicarían un ajuste o una modificación de la referida línea provisional, a fin de obtener un resultado equitativo.³² Colombia sostenía que no debía hacerse un ajuste. Sin embargo, la CIJ encontró que sí debía hacerse,³³ pues la aplicación estricta del principio de equidistancia era inapropiada, ya que existía una disparidad importante en la proporción de las costas de referencia (como vimos, 18 a 8,2).³⁴ Adicionalmente, porque la aplicación estricta del principio de equidistancia generaría una delimitación que habría bloqueado a Nicaragua de acceso a su relieve oceánico, en el sentido de que por unas pocas islas pequeñas que están apartadas en varias millas náuticas, se cortarían tres cuartas partes del área marítima proyectada por las costas de Nicaragua.³⁵

Considerando lo anterior, la CIJ movió la línea definitiva de delimitación hacia el oriente de lo que establecía la línea equidistante provisional, ajustándola con base en una razón de ponderación de 3:1 a favor de Nicaragua.³⁶ Sin embargo, en la medida en que la línea así ajustada constaba con demasiados puntos de inflexión, consideró la Corte necesario, para efectos de la aplicación práctica de la delimitación, reducir el número de puntos de inflexión y unir los restantes con líneas geodésicas.³⁷ Así mismo, determinó la Corte que el límite, desde el extremo norte de la línea ya ajustada como se explicó en el

28 *Ibíd.*, párr. 203.

29 *Ibíd.*, párr. 153.

30 *Ibíd.*, párrs. 140-166.

31 Bekker, Pieter, "The World Court Awards Sovereignty Over Several Islands in the Caribbean Sea to Colombia and Fixes a Single Maritime Boundary between Colombia and Nicaragua", en *Insights* (American Society of International Law) Vol. 17, 2013.

32 *CIJ, Nicaragua vs. Colombia*, op. cit., párr. 192.

33 *Ibíd.*, párr. 205 y ss.

34 *Ibíd.*, párr. 152.

35 *Ibíd.*, párr. 215.

36 *Ibíd.*, párr. 234.

37 *Ibíd.*, párr. 235.

párrafo anterior, sigue el paralelo correspondiente hasta llegar a las 200 millas náuticas, contadas a partir de los puntos bases desde los cuales se mide el mar territorial de Nicaragua; por su parte, en el extremo sur de la línea ajustada, el límite sigue en sentido sur-este, hasta que se intersecta con las 12 millas náuticas que rodean el Cayo Sur de los cayos de Alburquerque, tras lo cual sigue parcialmente los arcos creados por esas 12 millas atribuidas a los Cayos sur-orientales, hasta que se encuentra con el paralelo correspondiente y sigue al mismo hasta llegar a las 200 millas náuticas contadas a partir de los puntos bases desde los cuales se mide el mar territorial de Nicaragua.³⁸ Para solucionar la situación de Quitasueño y Serrana, las cuales quedaron al norte del límite norte de la línea ajustada, la Corte estimó equitativa la utilización de enclaves de 12 millas náuticas alrededor de ellas.³⁹

La tercera y última fase del análisis correspondió realizar un “test de proporcionalidad”, tendiente a verificar que la línea definitiva –tras los ajustes realizados– no fuera marcadamente desproporcionada en función de las costas relevantes.⁴⁰ La Corte concluyó que la delimitación, siguiendo la línea ajustada, no implicaba una desproporción de magnitud suficiente para crear un resultado inequitativo.⁴¹ Por tal motivo, mantuvo la línea según lo dispuesto en la segunda parte del test.

La delimitación, en especial el punto del ajuste de la línea media realizado en la segunda fase del análisis, fue objeto de aclaraciones de voto por parte de los jueces Xue y Keith, y de un voto separado –que no implica un salvamento de voto– por parte del juez Abraham. El argumento crítico consiste, en términos generales, en que las características geográficas del área donde la CIJ buscaba hacer la delimitación eran tales que la idea de una línea “media” equidistante resultaba imposible. Por tal motivo, los jueces señalados sostienen que la Corte no debió en este caso aplicar su técnica de tres pasos, sino simplemente usar el criterio de proporcionalidad y trazar la delimitación como lo consideraba equitativo, sin necesidad de decir que esa línea definitiva era un “ajuste” de una línea provisional que, en realidad, no era media. Con todo y eso, los tres jueces estuvieron de acuerdo con el resultado: aun si ellos lo hubieran hecho siguiendo otra técnica, los jueces consideraron que la delimitación fue equitativa y apoyan a la mayoría de la Corte. No hubo salvamentos de voto.

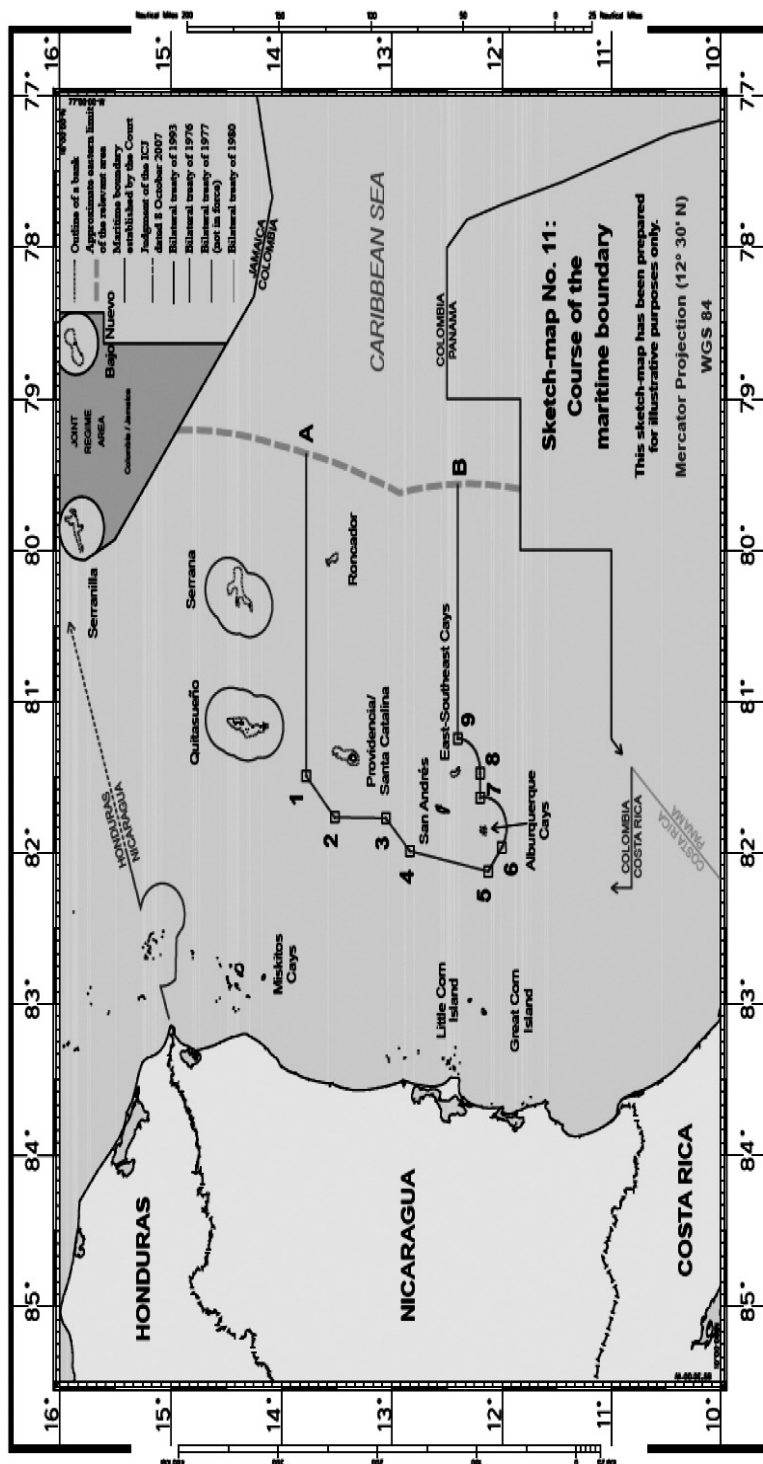
38 *Ibíd.*, párr. 237.

39 *Ibíd.*, párr. 238.

40 *Ibíd.*, párr. 193.

41 *Ibíd.*, párr. 247.

Gráfico 1: Delimitación marítima según la CIJ



Fuente: CIJ, Case concerning the territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment (2012), ICJ Reports 2012, p. 89.

1.2. “Muy pocos esperaban esto”: La denuncia del Pacto de Bogotá

El fallo generó una tormenta política de proporciones épicas en Colombia. En realidad, muy pocos comentaristas políticos o jurídicos en Colombia siquiera consideraron públicamente la posibilidad de que la CIJ pudiera decidir el caso de forma diferente a lo propuesto por los agentes colombianos en La Haya. No obstante, la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia había sugerido, el 24 de abril de 2012, que el fallo podía ser “salomónico”. Invocando como ejemplo la decisión de la CIJ en el caso de las papeleras sobre el Río Uruguay,⁴² la Ministra colombiana afirmó que a “ambas partes le dan cositas”,⁴³ queriendo decir que era previsible que la delimitación implicara un cierto triunfo, tanto para Colombia como para Nicaragua. Es, en este sentido, razonable pensar que –por lo menos la Ministra y sus asesores cercanos– preveían que el fallo podía implicar una delimitación en equidad. Es imposible saber si preveían que la delimitación tendría las características que en efecto tuvo.

Las declaraciones de la Ministra fueron recibidas en ese entonces con gran indignación por algunos sectores políticos colombianos. Algunos congresistas propusieron una moción de censura en su contra, afirmando que “[Colombia] no puede perder la batalla antes de enfrentarla y que si es así la Canciller debe renunciar”.⁴⁴ Ante esta reacción, el gobierno pareció decidir mantener silencio hasta tanto no fuera adoptado el fallo y jugarse la carta de la victoria frente a la CIJ. En anticipación del fallo, el discurso del gobierno colombiano fue que era impensable que la Corte aceptara los argumentos de Nicaragua. Los medios de comunicación reprodujeron de manera pasiva este mensaje: la primera página de la edición dominical del periódico de mayor circulación del país leía en cuatro columnas “Colombia confía en fallo de La Haya”⁴⁵ y reproducía las declaraciones de uno de los asesores jurídicos colombianos, el prestigioso profesor australiano James Crawford, para quien las pretensiones nicaragüenses eran “ridículas” y “sin ninguna posibilidad de éxito”.

42 CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, p. 14.

43 *Caracol.com.co*, “Polémica por declaraciones de la canciller Holguín sobre litigio de Colombia y Nicaragua”, 25 de abril de 2012, disponible en http://www.caracol.com.co/audio_programas/llevar/polemica-por-declaraciones-de-la-canciller-holguin-sobre-litigio-de-colombia-y-nicaragua/20120425/llevar/1676733.aspx.

44 *Caracol.com.co*, “Congresistas piden renuncia de la Canciller por declaraciones sobre La Haya”, 25 de abril de 2012, disponible en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/congresistas-piden-renuncia-de-la-canciller-por-declaraciones-sobre-la-haya/20120425/nota/1676995.aspx>.

45 *Eltiempo.com*, “Colombia confía en el fallo de La Haya”, 17 de noviembre de 2012, disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12386006.html.

Y, sin embargo, la Corte aceptó algunas de esas pretensiones. El fallo fue leído por la Corte el 19 de noviembre de 2012, dando la delimitación en los términos explicados anteriormente. Tal decisión fue percibida por los medios y la opinión pública colombiana como una terrible derrota. Dado su irrestricto optimismo, la reacción del gobierno colombiano fue de sorpresa: hablándole al país ese mismo día en la noche, el presidente sostuvo que la CIJ había incurrido en “omisiones, errores, excesos, inconsistencia” al generar la delimitación. El gobierno de Santos se vio entonces en la obligación de reaccionar de alguna manera. Por supuesto, aparte de recurrir a todas las vías jurídicas abiertas, el gobierno, en términos políticos, debía hacer *algo*. En efecto, entre el 20 y el 28 de noviembre de 2012 se realizaron en Colombia dos encuestas de gran envergadura: la primera, “Colombia opina” de la Revista Semana⁴⁶ y RCN Radio y Televisión; y la segunda, llevada a cabo por Datexco y financiada por la emisora de Radio La W.⁴⁷ Ambas encuestas mostraron una caída vertiginosa en la imagen favorable del presidente: del 60% de favorabilidad en septiembre de 2012 a 45% después del fallo, según “Colombia Opina”, y del 62% al 51%, según Datexco. El presidente Santos se vio contra la pared: su reacción, por supuesto, implicó la eventual creación de una comisión de juristas nacionales –conformada por Rafael Nieto Navia, Juan Daniel Jaramillo, Carlos Gustavo Arrieta, Manuel José Cepeda, Luis Ricardo Paredes y Joaquín Polo– y la mencionada contratación de la firma Volterra para analizar las alternativas. Sin embargo, esa estrategia probaba ser de mediano plazo; de hecho, el primer reporte sobre las alternativas jurídicas colombiana solo sería presentado en mayo de 2013. Para noviembre de 2012, el gobierno necesitaba mostrar alguna reacción al fallo.

1.2.1. Efectos jurídicos de la denuncia del Pacto

La reacción fue la denuncia del Pacto de Bogotá –suscrito en Bogotá el treinta 30 de abril de 1948–, ocurrida el 28 de noviembre de 2012.⁴⁸ ¿Qué implica la denuncia del Pacto? En derecho internacional general, la denuncia de un trata-

⁴⁶ *Caracol.com.co*, “Baja favorabilidad de Santos por fallo de La Haya”, 28 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/baja-favorabilidad-de-santos-por-fallo-de-la-haya/20121128/nota/1803220.aspx>.

⁴⁷ *El tiempo.com*, “Fallo de La Haya impacta la imagen del presidente Santos”, 29 de noviembre de 2012, disponible en <http://m.eltiempo.com/politica/fallo-de-la-haya-impacta-negativamente-en-imagen-del-presidente-santos/12409153>.

⁴⁸ *Presidencia.gov.co*, “Presidente Santos confirma que Colombia denunció el Pacto de Bogotá”, 28 de noviembre de 2012, disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.aspx.

do “denota un acto unilateral por medio del cual una parte termina su participación en un tratado. La denuncia conforme a derecho de un tratado bilateral lo termina”.⁴⁹ Ahora bien, la denuncia es una de las formas de terminación de una Convención previstas por el derecho internacional de los tratados; la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados menciona la denuncia en su Sección Tercera, que trata sobre la “terminación de los tratados y suspensión de su aplicación”. Se trata de un acto unilateral; esto es, no se requiere el consentimiento concordante de varios Estados, sino que solo se necesita de la voluntad del denunciante para que su ejercicio sea eficaz y, por tanto, el tratado se termine. No obstante, de conformidad con lo establecido en la Convención de Viena, únicamente la denuncia conforme a derecho internacional termina el tratado. En efecto, el artículo 56(1) de la Convención dispone que “[u]n tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o, b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”. En el caso que nos ocupa, el Pacto de Bogotá sí prevé mecanismos de denuncia. Así, estaríamos en la hipótesis del artículo 42(2) de la Convención, en virtud de la cual “La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”. Así, aplica la regla contenida en el artículo LVI del Pacto de Bogotá, según el cual el mismo “regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado” siempre y cuando se haga “mediante aviso anticipado de un año”. Adicionalmente, el artículo 44 de la Convención de Viena dispone que, salvo disposición expresa en sentido contrario, lo cual no ocurre en el caso del Pacto, la denuncia “no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado”.

Así las cosas, el Pacto de Bogotá puede ser terminado por la denuncia hecha por alguno de los Estados parte. Los efectos de tal denuncia empezarán a surtir un año después del aviso dado por el Estado, con la formalidad prevista por el artículo LVI del Pacto de Bogotá, a saber, que debe ser “dirigida a la Unión Panamericana, que la transmitirá a las otras Partes Contratantes”. Una vez pasado el año, el Pacto “cesará en sus efectos para el denunciante”, no obstante lo cual quedará “subsistente para los demás signatarios”, según lo con-

49 Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge University Press) 2007, p. 277. Traducción libre.

templado en el artículo LVI del mismo instrumento. Después de un año de la denuncia, Colombia pasará a ser un tercer Estado respecto al Pacto de Bogotá.

Esta situación, sin embargo, no implica que las situaciones jurídicas consolidadas bajo los preceptos del Pacto mientras estos fueron vinculantes se vean afectadas. Según lo establece el artículo 70(1.a) de la Convención de Viena, la terminación del tratado por la denuncia exime a los Estados de la obligación de cumplirlo pero “no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”. Por el contrario, la terminación de la obligación ocurre a partir de la fecha en que surte efectos la denuncia, de conformidad con lo establecido en el artículo 70(2) de la Convención. Esta regla aplica también a procedimientos judiciales, los cuales se ven cubiertos, en el caso que nos ocupa, por lo dispuesto en el propio Pacto, cuyo artículo LVI establece que “[l]a denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”.

Como puede verse, no solo las situaciones jurídicas consolidadas antes de la fecha en que la denuncia surte efectos permanecen inmutables, sino que cualquier procedimiento iniciado antes de transmitido el aviso queda también incólume. A partir del 28 de noviembre de 2013, esto es, un año después de la fecha en la cual Colombia anunció su denuncia del Pacto de Bogotá, la totalidad de las obligaciones derivadas de dicho tratado –y en particular la de reconocer *ipso facto* la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en las controversias suscitadas entre Estados parte (establecida por art. XXXI del Pacto)– no vincula más a Colombia, no obstante lo cual las situaciones jurídicas consolidadas bajo el mismo permanecen idénticas, con lo cual las órdenes emitidas por la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y Colombia siguen siendo de obligatorio cumplimiento. La decisión de denunciar el Pacto no afecta, en ese sentido, de manera alguna la situación jurídica consolidada por el fallo de la Corte.

La conclusión anterior es poco controvertida y es razonable asumir que el gobierno del presidente Santos estaría al tanto que la denuncia no afectaría en nada la situación colombiana respecto al fallo. ¿Por qué entonces denunciarlo? Por supuesto, como hemos señalado, la presión política sobre la administración era inmensa: algo tenía que hacerse y la denuncia del Pacto fue la vía de acción escogida, a pesar de su irrelevancia en lo concerniente a la decisión ya tomada en el caso de Nicaragua. Así, la Ministra de Relaciones Exteriores justificó su decisión, argumentando el riesgo de que, en el futuro, Nicaragua

u otros Estados del Caribe buscaran iniciar un litigio para lograr mayores beneficios de nuevas delimitaciones marinas.

1.2.2. La denuncia del Pacto y la jurisdicción de la CIJ

¿Afecta la denuncia del Pacto de Bogotá a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia respecto a Colombia? La respuesta es no. De una parte, es claro que durante el primer año después de la denuncia ningún efecto jurídico derivará de la misma. A partir de ese momento, la situación cambia. Para entender este impacto, es necesario discutir brevemente la forma en que la Corte adquiere jurisdicción contenciosa respecto a un caso.

En efecto, a pesar de su nombre, la Corte no es corte mundial: no tiene competencia obligatoria. Por el contrario, puede ejercer su jurisdicción respecto a un caso solamente si el respectivo Estado la ha reconocido de manera previa. Tal jurisdicción se encuentra regulada por el artículo 36 del Estatuto de la Corte, cuyo sistema puede ser en ocasiones confuso. ¿Cómo adquiere la Corte jurisdicción sobre cierto caso? La mejor forma de entender la respuesta a esta pregunta es imaginar una prueba de dos fases. La primera abre la puerta a la Corte para conocer de ciertos casos, y la segunda otorga competencia dentro de tales casos. La primera fase establece dos condiciones: (a) la Corte puede conocer casos presentados por Estados: ningún otro sujeto de derecho internacional puede presentar acción ante la Corte; y (b) la Corte debe estar “abierta” al Estado que presente la acción; la Corte está “abierta” a todos los Estados miembro de la ONU, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Carta de la ONU.

Una vez establecido que se cumple la primera fase de la prueba, deberá procederse a la segunda. La Corte tendrá jurisdicción sobre un conflicto entre Estados respecto a los cuales la Corte esté “abierta” (fase 1) y que haya cumplido con uno de los siguientes cuatro procedimientos para otorgar jurisdicción (fase 2). Note el lector que las fases son *cumulativas*, mientras que los siguientes procedimientos son *alternativos*.

i) Compromiso

En el primero de los casos, los Estados involucrados en el conflicto celebran un acuerdo en cuya virtud manifiestan su consentimiento para que la Corte conozca del caso, de manera posterior a la ocurrencia del conflicto. Es de notar que la mayoría de casos que se presentan ante la Corte Internacional de Justicia encuentran su camino a la competencia de ella mediante un *compromis*.

ii) Forum prorogatum

Es la aceptación tácita de la competencia de la Corte. En este caso, un Estado demanda y el demandado no se opone a la jurisdicción. Tal situación puede presentarse cuando el Estado demandado nunca ha aceptado la jurisdicción de la Corte o cuando no la ha aceptado respecto a un asunto específico. Esta hipótesis se encuentra consagrada en el numeral 5 del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional.

Tal fue el caso de *Ciertos Procedimientos Penales (2003)*.⁵⁰ El proceso tuvo su origen cuando Francia decidió iniciar procedimientos penales por crímenes de lesa humanidad y violaciones de derechos humanos en contra del presidente del Congo, Denis Sassou Nguesso, el ministro del interior del mismo Estado, general Pierre Oba y otros individuos, incluyendo a los generales Norbert Dabira y Blaise Adoua.

El Congo, entre tanto, consideró que tales procedimientos y, en general, la atribución unilateral de jurisdicción universal de parte de Francia, constituían una violación del derecho internacional. En consecuencia, la República del Congo presentó acción contra Francia. Pero Francia no había reconocido jurisdicción de la Corte para este tipo de casos. En consecuencia, el Secretario de la Corte dio aplicación al numeral 5 del artículo 38 del reglamento y preguntó al Ministro de Relaciones Exteriores francés si reconocía jurisdicción sobre el particular. Francia respondió que aceptaba jurisdicción y el proceso continuó su curso.⁵¹

iii) Declaración opcional

La Corte puede adquirir competencia mediante la declaración opcional de reconocimiento de jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, en virtud de lo establecido en el artículo 36 numeral 2 del Estatuto de la Corte. La declaración consiste, en esencia, en que un Estado reconoce voluntariamente la jurisdicción de la Corte, sea para todos los casos sin límite alguno o con las condiciones que el mismo Estado imponga en su declaración.

El mecanismo de declaración opcional refleja el espíritu detrás del sistema de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Los Estados hacen una declaración general en la que aceptan la jurisdicción total de la Corte. Si todos

50 CIJ, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo vs. France)* [2003] ICJ Reports 1.

51 Letter from the Minister for Foreign Affairs of the French Republic (Consent to the Jurisdiction of the Court to Entertain the Application Pursuant to Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court), 8 de abril de 2003, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket>.

los Estados hacen tal declaración, no tendrá sentido para un solo Estado ser el único que no acepte jurisdicción o acepte jurisdicción respecto a ciertos temas. Sin embargo, el sistema no funciona de tal forma en la práctica: a junio de 2007, solo 67 Estados miembro de la ONU habían hecho la declaración. El resto de los Estados no habían aceptado jurisdicción obligatoria. Colombia se cuenta entre el grupo que no ha aceptado tal jurisdicción.

iv) Tratado previo

Finalmente, la Corte puede asumir jurisdicción mediante un tratado celebrado entre las partes de manera previa al surgimiento del conflicto. Tal es el caso, por ejemplo, del Pacto de Bogotá (1948), cuyo artículo XXXI da jurisdicción a la Corte. Sin embargo, el Pacto de Bogotá no es el único tratado suscrito por Colombia reconociendo jurisdicción a la CIJ. En ciertos temas claves para su posición geopolítica, Colombia es parte de numerosos tratados que dan jurisdicción a la CIJ; por ejemplo, la Convención sobre el Genocidio (artículo IX), la Convención en contra de la Tortura (artículo 30 (1)), la Convención sobre el Tráfico Ilícito de Narcóticos (artículo 32) y el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (artículo 32, párr. 3).

Así, la Corte Internacional de Justicia mantiene su jurisdicción respecto a Colombia, aun a pesar de la denuncia del Pacto de Bogotá. Bien sea mediante un *compromis* o mediante cualquiera de los otros tratados previos vigentes para el país, la posibilidad de ser demandado ante la Corte no ha desaparecido para Colombia.

2. Denuncias de tratados internacionales en América Latina

¿Qué tan anómala es la reacción colombiana? La realidad es que no mucho. El retiro de tratados por presiones políticas internas es bastante común en la región. A continuación se exponen brevemente las denuncias que se han realizado a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Pacto de San José y el Pacto de Bogotá, y los contextos políticos que impulsaron el uso de este mecanismo.

2.1. Carta de la Organización de Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA), conformada por 35 Estados a la fecha, se creó en 1948 cuando se suscribió la Carta de la OEA, con el objetivo de permitir entre los miembros “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía,

su integridad territorial y su independencia”.⁵² Los principales pilares de la OEA son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo, y es el principal foro gubernamental político, jurídico y social del hemisferio.⁵³ En su momento, se decidió que la Carta de la OEA rigiera indefinidamente, pero se previó la posibilidad de que sus miembros la denunciaran mediante comunicación escrita a la Secretaría General. Dos años después de enviada la comunicación, cesan los efectos de la Carta para el Estado denunciante y este se entiende desligado de la Organización.⁵⁴

Hasta la fecha, la Carta solo ha sido denunciada por Honduras, que lo hizo en 2009 en medio de un golpe de Estado. En 2006, el presidente Manuel Zelaya llegó al poder. Si bien antes de ser elegido se catalogaba como un liberal de centro derecha, sus tendencias políticas se fueron transformando durante su gobierno hasta ser considerado como un gobierno de izquierda.⁵⁵ Algunos de los hechos más relevantes que cambiaron la concepción política de gobierno fueron: el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con Cuba en 2007, el fortalecimiento de las relaciones con el gobierno venezolano de Hugo Chávez y, posteriormente, la adhesión de Honduras a la Alianza Bolivariana para los Pueblos de las Américas (ALBA).⁵⁶

Manuel Zelaya, con miras a la prolongación de su período presidencial, comenzó a organizar una “encuesta nacional”. Esta medida no fue respaldada por miembros de la oposición. Mediante sentencia judicial, se dejó sin efecto el Acuerdo Ejecutivo PCM-027-2009 que ordenaba a las Fuerzas militares hondureñas apoyar “al Instituto Nacional de Estadísticas en la realización de la encuesta nacional de opinión aprobada en reunión de Consejo de Ministros, poniendo a su disposición sus medios logísticos y demás recursos”.⁵⁷ Si bien Zelaya alegaba que tal encuesta no tenía un carácter vinculante, la Corte Suprema determinó que este había cometido crímenes contra la patria y ordenó su arresto.

52 Carta de la OEA, art. 1.

53 OEA. ¿Quiénes somos?, disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

54 Carta de la OEA, art. 143.

55 Barcelona Centre for International Affairs. Manuel Zelaya Rosales, disponible en: http://www.cidob.org/es/documentacion/biografias_lideres_politicos/america_central_y_caribe/honduras/manuel_zelaya_rosales#6

56 *BBC Mundo*, Márquez, William, “Honduras, nuevo socio del ALBA”. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_7581000/7581472.stm

57 Acuerdo Ejecutivo PCM 027-2009, 1 junio de 2009, artículo 1.

El 8 de junio de 2009 las fuerzas armadas hondureñas se tomaron el Palacio del Gobierno y obligaron a Zelaya a abandonar el país, para ser dirigido a San José de Costa Rica. Posteriormente, el Congreso de Honduras destituyó a Zelaya como presidente por su violación a las leyes y a la Constitución, y Roberto Micheletti fue elegido como su sustituto hasta organizar la siguiente elección presidencial.

Durante este difícil período para la democracia hondureña, la OEA expresó su preocupación y su desaprobación frente a los hechos acontecidos, catalogándolos como un golpe de Estado, a pesar de que internamente Honduras alegaba que los hechos se llevaron a cabo obedeciendo a decisiones de la Corte Suprema y el Congreso.⁵⁸ La Organización envió un delegado para que se reuniera con Zelaya y con el denominado “gobierno de facto” de Micheletti; las autoridades hondureñas se rehusaron a restituir en el poder a Zelaya.

El 4 de julio de 2009, la OEA emitió una resolución para “suspender al Estado de Honduras del ejercicio de su derecho de participación en la Organización de los Estados Americanos de conformidad con el artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana”⁵⁹ de manera inmediata. Casi a la media noche, Micheletti y Marta Lorena Alvarado, vicescanciller de la República de Honduras, anunciaron que, debido a que la OEA no se manifestó ante las amenazas bélicas de algunos Estados miembros de la organización contra sus países y por la desaprobación de las decisiones tomadas por Honduras –cuando la OEA es una organización política y no tribunal de justicia–, Honduras se retiraba de la Organización de los Estados Americanos.⁶⁰ La OEA desconoció esta manifestación del gobierno de facto, por lo cual oficialmente Honduras fue suspendido de la OEA, mas nunca se tuvo en cuenta su renuncia.

A finales de 2009, se realizaron las elecciones en Honduras que culminaron con la elección de Porfirio Lobo, y solo hasta el 1 de junio de 2011 Honduras fue readmitida en la OEA. El Secretario General de la Organización resaltó que la decisión de expulsar a Honduras fue “dolorosa en su momento” y reflexionó sobre lo acontecido señalando que “¿Pudimos hacer más cosas? Tal vez, pero hay otro principio que también nos rige, no solamente el de la

58 Farr, Alexander, “Honduras: A Democracy Gone Awry the Forceful Ouster of a President” en *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 16, Issue 2, 2010, p. 313.

59 OEA. Comunicado de prensa: “La OEA suspende la pertenencia de Honduras a la institución”, 5 de julio de 2009, disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-219/09.

60 *CNN en Español*, “Mensaje de Micheletti a la nación”, disponible en: http://www.dailymotion.com/video/x9rl2c_honduras-anuncia-retiro-de-oea_news?start=205#.UwgaSStvyjU.

democracia, no solamente el de la inclusión, también el de la no intervención. Ciertamente hubo quienes querían que se hicieran otras cosas en el caso de Honduras, pero predominó entre nosotros la idea de que nuestra acción tenía límites, y por eso nos demoramos más”.⁶¹

2.2. Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, nació en 1969 y gracias a ella se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de juzgar las violaciones a la Convención. El artículo 38 de la Convención prevé la denuncia de la misma, mediante la notificación al Secretario General de la Organización. La denuncia desliga al Estado de hechos que puedan configurar una violación a la Convención antes de que la denuncia produzca efecto.

El Pacto de San José ha sido denunciado por tres Estados: Trinidad y Tobago (1998), Perú (1999) y Venezuela (2012).

2.2.1. Trinidad y Tobago (1998)

La denuncia de Trinidad y Tobago a la Convención Americana de Derechos Humanos fue notificada el 26 de mayo de 1998 y obedeció a intereses políticos particulares del contexto nacional de ese país. La pena de muerte no está prohibida en la Constitución de Trinidad y Tobago, y numerosos casos de condenados a muerte han terminado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de ordenar una moratoria en ciertas ejecuciones, Trinidad procedió con ellas, generando un importante conflicto con el sistema interamericano. Así, aunque se registraron diversas protestas en contra de esa decisión, el gobierno de Trinidad y Tobago notificó a la Secretaría General de la OEA la denuncia de la Convención Americana que, un año después –19 de mayo de 1999–, comenzó a surtir efectos para este país.⁶²

2.2.2. Perú (1999)

Perú se unió por un tiempo a Trinidad y Tobago como países denunciadores de la Convención Americana de Derechos Humanos. La denuncia del Estado

61 OEA, Discursos del Secretario General: Regreso De Honduras A La Organización Asamblea General Extraordinaria, 1 de junio de 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=11-0045

62 Parassram, Natasha, “The Legal Implications of Trinidad & Tobago’s Withdrawal From the American Convention on Human Rights”, en *American University International Law Review*, Vol. 16, 3, 2001, p. 847.

peruano se debió a intereses políticos del gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori. Tras su victoria en las elecciones presidenciales, el gobierno de Fujimori comenzó a presentar una disminución de las garantías en materia de derechos humanos, así como una reducción de la institucionalidad estatal: disolución del Congreso, destitución del Poder Judicial, impulso a reforma constitucional y expedición de la Ley de Interpretación Constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH) se pronunció a través de dos fallos atribuyéndole responsabilidad en la violación de derechos humanos al Estado peruano: respecto de los casos de la profesora María Elena Loayza Tamayo⁶³ y de Castillo Petruzzi,⁶⁴ este último relacionado con la detención por traición a la patria de cuatro ciudadanos chilenos acusados de terrorismo. Los anteriores pronunciamientos de la Corte fueron el detonante para que el gobierno de Fujimori denunciara la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y enviara la decisión al Congreso, para que se produjera un acto legislativo –Resolución Legislativa N° 27.152 de fecha 8 de julio de 1999–, que fue notificado a la Secretaría General de la OEA.⁶⁵ El Estado peruano no denunció la Convención Americana conforme a los preceptos establecidos en el artículo 78 de la misma, sino que se manifestó mediante acto unilateral a través de una comunicación del Ministro de Relaciones Exteriores.⁶⁶

2.2.3. Venezuela (2012)

Durante el gobierno de Hugo Chávez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos juzgó y condenó en múltiples ocasiones al gobierno venezolano.⁶⁷ En este marco, el gobierno venezolano preguntó a la Corte IDH si existe un órgano en el Sistema Interamericano que permita juzgar la legitimidad de la Comisión. Esta consulta se realizó observando “el estado de indefensión en que se encuentran actualmente los Estados partes [de] la [...] Convención,

63 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997.

64 Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de fecha 30 de mayo de 1999.

65 OEA, Departamento de Derecho Internacional, Convención Americana sobre los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica: Información General del Tratado. En <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-32.html>. (Fecha de la consulta, abril de 2013)

66 Texto completo de la comunicación en *ibíd.*

67 Entre ellas: Corte IDH, Caso Apitz Barbera vs. Venezuela, sentencia de fecha 5 de agosto de 2008; Corte IDH, Caso Ríos vs. Venezuela, sentencia de fecha 28 de enero de 2009; Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia de fecha 28 de enero de 2009; Corte IDH, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de fecha 1 de julio de 2011; Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2007; y Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009

frente a cualquier decisión de [la] Comisión violatoria de su propio estatuto legal que pudiere lesionar los derechos de [los Estados] y poner en entredicho la recta aplicación de la propia Convención y de los demás instrumentos jurídicos internacionales aplicables”.⁶⁸ Ante la consulta, la Corte opinó por unanimidad que este organismo actúa dentro del marco legal establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y goza de plena autonomía e independencia.

El fallo del caso Díaz Peña,⁶⁹ en el cual la Corte condenó al Estado venezolano por tratos inhumanos y degradantes al accionante, desató la reacción de rechazo del entonces presidente Hugo Chávez. El venezolano Raúl Díaz Peña había sido condenado en Venezuela por actos terroristas contra las embajadas de Colombia y España, huyendo a Estados Unidos después de que se le otorgara libertad condicional. El gobierno criticó la decisión de Estados Unidos de refugiar al accionante y, posteriormente, ante la decisión de la Corte Interamericana, la Cancillería venezolana manifestó que “con esta decisión, la Corte Interamericana deja al descubierto su complicidad con la política de Washington de protección a los terroristas que atentan contra los pueblos de Nuestra América”.⁷⁰

A finales de abril, Chávez había ordenado la conformación del Consejo de Estado para que lo asesorara sobre si el país debía retirarse o no de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pero, ante la decisión de la Corte, el entonces mandatario manifestó “No tenemos más camino [...] Por eso le dije anoche a Nicolás Maduro: No esperemos más, Venezuela se retira de la Corte por dignidad. Nos agreden por tratar de ser libres”.⁷¹ Es así como, en septiembre de 2012, el entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro, denunció la Convención mediante la nota diplomática 00125.⁷²

68 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 19/05 del 28 de noviembre de 2005. Solicitada por la República Bolivariana de Venezuela.

69 Corte IDH, Caso Díaz Peña vs. Venezuela, sentencia de fecha 26 de junio de 2012.

70 *Elesur.net*, “Venezuela rechaza decisión de la CIDH en caso de Raúl Díaz Peña,” 24 de julio de 2012, disponible en: <http://www.telesurtv.net/articulos/2012/07/24/venezuela-rechaza-decision-de-cidh-en-caso-de-raul-diaz-pena-5825.html>.

71 *Eltiempo.com*, “Venezuela sale de sistema de justicia de OEA por ‘decisión de Estado’”, 25 de julio de 2012, disponible en: <http://m.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/salida-de-venezuela-de-la-cidh-confirmada-por-maduro/12064925>.

72 La denuncia tiene efecto un año después de haber sido presentada, por lo cual será efectiva el 13 de septiembre de 2013.

2.3. Pacto de Bogotá

Dos Estados se han retirado del Pacto de Bogotá: El Salvador, que notificó su denuncia al tratado el 27 de noviembre de 1973, y Colombia, que notificó su denuncia el 24 de noviembre de 2012. En su momento, El Salvador denunció el Pacto por la limitada aplicabilidad del mismo: en efecto, en el texto de la denuncia notificado a la Secretaría General de la OEA el Estado salvadoreño expresa como motivos fundantes de su denuncia que “las realidades evidenciadas en el transcurso del tiempo, por la falta de ratificación de tal instrumento por gran número de los países que lo suscribieron, demuestran que el sistema estructurado en el Pacto de Bogotá no ha resultado eficaz para los propósitos que lo inspiraron, y que no es aceptable para muchos Estados americanos, ya que varios de entre ellos lo suscribieron o ratificaron con reservas, y no todos los nuevos miembros de la organización han adherido a ese Pacto”. Continúa explicando que “la aplicación de algunas disposiciones del Pacto de Bogotá podrían colocar a la República de El Salvador en situaciones contrarias al espíritu y al texto de principios constitucionales vigentes que consagran su soberanía e integridad, y que no existían cuando el Pacto fue ratificado por nuestra República”.⁷³

3. Entre el legalismo y el realismo: Reacciones al fallo

El cumplimiento de los fallos de la CIJ –y el consecuente retiro de Colombia del Pacto de Bogotá– son tradicionalmente explicados desde dos perspectivas: la primera, desde un consecuencialismo heredero del realismo en relaciones internacionales; y, la segunda, inspirada por una visión liberal del derecho internacional. No es una coincidencia que estas sean las dos visiones en conflicto. En realidad, estas aproximaciones son en parte expresiones de una sensibilidad más general respecto al orden ético en las relaciones internacionales.⁷⁴ Como es sabido, las aproximaciones éticas han sido tradicionalmente entendidas en referencia a dos modelos.⁷⁵ El primero es un modelo deontológico según la cual la moral se basa en valores externos, aplicados a las circunstancias concretas. El imperativo categórico de Kant es el principal ejemplo de este enfoque. Desde esta perspectiva, la evaluación de la acción

73 Texto completo de la Denuncia presentada por El Salvador a la Secretaría General de la OEA disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-42.html#9> (fecha de consulta: abril 2013).

74 Urueña, René, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers) 2012.

75 Véase Crisp, Roger y Slote, Michael, *Virtue Ethics*, (Oxford University Press) 1997.

humana consiste en contrastar los actos con una norma externa; así, si el comportamiento no cumple con la norma, no será ético. El segundo modelo es el consecuencialismo, según el cual el comportamiento debe ser evaluado, no en referencia a normas externas, sino a sus consecuencias. Por lo tanto, si el comportamiento falla en mejorar el bienestar de los seres humanos, no puede ser considerado ético. Tales visiones se ven reflejadas en la línea de base que adoptaron los comentaristas respecto al retiro colombiano del Pacto: una visión de sensibilidad realista inspirada en el consecuencialismo, que será analizada a continuación, o una visión de sensibilidad liberal/legalista inspirada en una ética deontológica, que será explorada más adelante.

3.1. La sensibilidad legalista

La visión legalista es cercana al liberalismo. La tradición política más importante de la historia, el liberalismo, presenta tantas vertientes como cuantos proponentes existen y significados que pueden –en muchas ocasiones– ser vistos como contradictorios. El liberalismo describe, en esencia la teoría política que considera la libertad como el valor supremo en una sociedad. El liberalismo político pone el acento en las libertades individuales y la protección de los individuos en contra de los poderes estatales, mientras que el liberalismo económico busca la protección de la libertad económica de los individuos en contra de la intervención estatal.

El más influyente de todos los liberales en derecho internacional fue Kant.⁷⁶ Las ideas kantianas son fundamentales en el desarrollo de la filosofía moderna y exceden nuestra introducción a las relaciones internacionales. Baste decir que, en tal disciplina, la obra fundamental de Kant es *La paz perpetua*.⁷⁷ Allí, el filósofo argumenta que la forma de alcanzar la paz mundial sería la creación de una federación dentro de la cual se solucionarían los conflictos entre los Estados. Este sería el paso lógico que se habría de seguir en el proceso de evolución humana: una república mundial basada en una Constitución y en el derecho de gentes. Así, el proyecto de Kant no es solo liberal, en el sentido de reconocer la importancia de la libertad individual y proponer la limitación de los poderes estatales, sino también internacionalista. Su proyecto es el referente obligado de la agenda internacionalista que encuentra en el derecho internacional el vehículo para alcanzar este

⁷⁶ Véase Teson, Fernando, “The Kantian Theory of International Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 92, 1992, p. 53; Koskeniemi, Martii, “Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization”, en *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, Issue 1, 2007, pp. 9-36.

⁷⁷ Kant, Immanuel, *La paz perpetua* (Espasa-Calpe) 1979.

ideal de la paz perpetua. La federación internacional, la Constitución basada en el derecho de los pueblos, la expansión de una norma de democracia global,⁷⁸ son temas que recurrentemente se leen en la agenda del orden jurídico internacional: el proceso político contemporáneo ha puesto a Kant en el centro de la discusión.

Tal vez la expresión más extrema de esta visión sea la idea de constitucionalismo global. Ciertamente, el uso del término “constitucionalismo” se presta para tal debate que, en ocasiones, puede volverse inútil para propósitos analíticos.⁷⁹ En este contexto, es útil aclarar que la expresión “constitucionalismo global” hace referencia a la agenda política y académica que busca limitar el poder global a través de la adopción de valores como normas jurídicas internacionales que sirvan como defensa en contra de los abusos de poder global. Se trata, en esencia, de una estrategia que busca sujetar el ejercicio del poder público global a ciertos estándares legales, de manera análoga a como una Constitución nacional limita el ejercicio de autoridad en el escenario nacional.

El constitucionalismo global tiene dos vertientes: una sustantiva y otra procesal. El constitucionalismo sustantivo, expuesto por Bardo Fassbender,⁸⁰ Erika de Wet⁸¹ y Ernst-Ulrich Petersmann,⁸² entre otros, sugiere que hay un “núcleo duro” del orden jurídico internacional que sirve como límite último al poder global, de la misma forma en que funcionan las cartas de derechos en los sistemas nacionales latinoamericanos y europeos. El contenido de este núcleo cambia dependiendo del autor e incluye, entre otros, el derecho internacional de los derechos humanos⁸³ y la Carta de Naciones Unidas.⁸⁴ El constitucionalismo sustantivo, además, implica frecuentemente una creencia en el rol fundacional del derecho internacional: de esta forma, una constitución

78 Marks, Susan, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, (Oxford University Press) 2000.

79 Cottier, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en Kohler, Georg, y Marti, Urs (eds.), *Konturen der Neuen Welt(un)ordnung*, 2003, p. 120.

80 Fassbender, Bardo, “The United Nations Charter As Constitution of the International Community”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 1998, p. 529; Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, (Brill) 2009.

81 De Wet, Erika, “The International Constitutional Order” en *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 51-76.

82 Petersmann, Ernst-Ulrich, “How to Reform the United Nations?: Lessons from the ‘International Economic Law Revolution’”, en *Aussenwirtschaft*, Vol. 53, 1998, p. 193.

83 De Wet, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, pp. 611-632.

84 Fassbender, “The United Nations Charter...”, op. cit., p. 67.

global no es simplemente una forma de controlar poder, sino también un mecanismo para fundar algún tipo de comunidad política global, idea inspirada en la experiencia de la Unión Europea.⁸⁵

La segunda vertiente es el constitucionalismo procedimental, defendido por Jan Klabbbers,⁸⁶ entre otros. De acuerdo con esta aproximación, el constitucionalismo sustantivo es demasiado estricto para ser trabajable y es en último término perverso, ya que, en las palabras de Klabbbers, “la idea de ir más allá de la política a través de la insistente adherencia a ciertos valores fijos está destinada a fallar, pues la referencia a esos valores es, en sí misma, inmensa e intensamente política”.⁸⁷ ¿La respuesta? Una versión “lite” del constitucionalismo, que promovería ciertas reglas del juego, de manera tal que traería de regreso la política y *el derecho* a la gobernanza global, sin marcar las cartas respecto al resultado sustantivo de la discusión. Por supuesto, estas reglas están destinadas a ser procedimentales, ya que definen los límites del proceso político; por lo tanto, mientras que Dworkin inspira a los constitucionalistas pura sangre,⁸⁸ Fuller es el hombre de los procedimentalistas.⁸⁹

3.1.1. Los actores de la obra: Los Estados como expresión de la “comunidad internacional”

Desde la perspectiva legalista, el cumplimiento del fallo de Nicaragua –y probablemente el mantenimiento del sistema creado por el Pacto de Bogotá– representa no solo una de varias estrategias geopolíticas viables para Colombia, sino un compromiso con la legalidad en abstracto. Así, desde esta perspectiva, el cumplimiento del fallo se toma como expresión de una lealtad general hacia las normas internacionales y el proyecto liberal que las mismas representan. No se trata, pues, de una opción: se trata en realidad de “pacta sunt servanda”, los pactos son para cumplirlos, y Colombia debe cumplir sus obligaciones internacionales, no por motivaciones consecuencialistas, sino porque el Estado de Derecho exige que los Estados cumplan sus obligaciones.

85 Kumm, Mattias, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, en *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, pp. 907-931.

86 Klabbbers, Jan, “Constitutionalism Lite”, en *International Organizations Law Review*, 1, 2004, p. 31.

87 *Ibid.*, p. 52.

88 Petersmann, “Human Rights, International Economic Law and “Constitutional Justice”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, pp. 769-798.

89 Klabbbers, “Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller’s Procedural Natural Law” documento de trabajo, disponible en: http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/projects/ipr/Klabbbers_Jan_Constitutionalism%20and%20the%20Making%20of%20International%20Law.pdf.

La perspectiva legalista, sin embargo, mantiene el foco en el Estado como unidad básica de análisis. El Estado colombiano, representado por el presidente de la República, debe decidir si acata o no el fallo. La decisión debe ser tomada por la unidad jurídico política llamada “Colombia”, la cual tiene un deber general de lealtad con la “comunidad internacional” de cumplir el “derecho internacional”.

El legalista está obsesionado con la especialización funcional de las respectivas cortes internacionales: al fin y al cabo, es en esta especialización jurídica que el legalista gana poder, pues le permite disponer de un conocimiento jurídico especializado que otros no tienen. En este caso, se trata de un caso ante la Corte Internacional de Justicia, tribunal que tiene la jurisdicción de juzgar casos contenciosos de Estados en contra de otros Estados. Por tal motivo, el legalista no considera los intereses subestatales o transnacionales que pueden estar involucrados en el caso: por supuesto, sabe que los afrocolombianos y los raizales son relevantes en la ecuación, pero considera que los derechos de los afrocolombianos deben ser protegidos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es, no obstante, una lógica diferente: la Corte Internacional de Justicia se encarga de conflictos entre Estados, representados por agentes cuyo poder proviene del respectivo jefe de Estado.

Esta diferenciación funcional lleva a que el legalista interprete que la política internacional está esencialmente separada de la política nacional. El legalista considera que, si bien es cierto que otros sistemas jurídicos internacionales –como los derechos humanos o el arbitraje de inversión– oponen a individuos contra Estados, en este caso se trata de una unidad (Colombia) que tiene el deber jurídico de respetar las normas internacionales. En este sentido, para el legalista, la presión interna de los partidos de oposición sobre el gobierno Colombiano es simplemente un detalle irrelevante frente al alto deber jurídico del Estado: esas variables son “política” y, lo que es peor para el legalista, “política electoral”. Colombia tiene el deber de cumplir sus obligaciones internacionales.

Esta forma de leer el problema da mayor poder a los abogados: son los expertos en derecho internacional los que resultan ser los líderes de opinión. Los líderes de movimientos sociales y los políticos en el Congreso terminan siendo los perdedores en esta redistribución de poder. Así, resulta impactante la disonancia entre los movimientos sociales que se sienten excluidos del proceso de toma de decisiones por parte del gobierno y la estrategia del Estado: para el gobierno la estrategia consiste en contratar experticia jurídica para

reaccionar al fallo. Aquellos que no cuentan con el conocimiento jurídico resultan irrelevantes desde la lectura legalista del fallo.

3.1.2. La trama de la obra: El derecho internacional impone la obligación de cumplimiento

Para el legalismo el argumento central es que Colombia dio su consentimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y que, por lo tanto, está obligada a cumplir el fallo. El contenido de esta obligación para el legalista es, en último término, una petición de principio: existe porque existe y es de su existencia que deriva el catálogo de deberes que se imponen sobre el Estado colombiano. El legalista considera que la obligación jurídica del Estado es la piedra angular del sistema: no se trata de una estrategia política sino de un verdadero deber jurídico.

Ahora bien, la obligación jurídica de cumplimiento puede abrir el espacio a la interpretación legalista. Es en este sentido que el equipo conformado por el gobierno colombiano está buscando alternativas: ¿debe presentarse una acción de revisión o de interpretación? ¿Acatar el fallo implica modificar las fronteras colombianas? ¿Hay algún límite de tiempo para que Colombia acate el fallo? ¿Puede Colombia esperar décadas para acatar el fallo? Todas estas preguntas se plantean desde una perspectiva legalista: si entendemos que el deber de Colombia es acatar el fallo y reconocemos que no *quiere* acatarlo, la pregunta que surge es, entonces, ¿cuál es el mecanismo jurídico que nos permite hacer lo que queremos hacer?

El legalismo se caracteriza por aplicar el mismo marco conceptual del derecho nacional al sistema jurídico internacional. Es por tal motivo que el legalismo internacional puede sentirse tan cercano al constitucionalismo nacional: la idea es que existe un sistema jurídico que define las obligaciones de los agentes regulados –en este caso de los Estados– de manera clara. Desde esta perspectiva, las instituciones judiciales son el centro de poder global más relevante y corresponde a los agentes regulados respetarlas, obedecer y, en caso de tener a su disposición el conocimiento jurídico necesario, desarrollar estrategias que –en el marco del legalismo– permita hacer control de daños políticos.

Ahora bien, el legalismo no implica simplismo argumentativo. Una versión especialmente sofisticada del legalismo internacional es aquel que reconoce las posibilidades implícitas en la fragmentación del derecho internacional. No es este el espacio para recapitular esta problemática; baste decir que, como lo ha sostenido la Comisión de Derecho Internacional, “la fragmentación del

mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico, especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos”.⁹⁰ Ejemplos de tales “complejos de normas relativamente autónomos” son el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental o el derecho internacional económico. Así, por ejemplo, el derecho internacional económico tiene una institución de adjudicación propia (la OMC), un cuerpo normativo base (el Tratado de Marrakesh), un *telos* propio (la liberalización de los mercados), un estilo de interpretación jurídica y un grupo de practicantes y académicos propio, de tal forma que, en la práctica, parecería ser un régimen autocontenido, es decir, que existe y funciona de manera satisfactoria sin necesidad de referencia externa.⁹¹ Si a esto se suma que existen muchos otros regímenes percibidos como autocontenidos, se dimensiona el problema de la aparente fragmentación del derecho internacional: en vez de ser un sistema coherente, el régimen jurídico internacional parecería un archipiélago de islas cuyos habitantes no parecen tener ganas de entrar en contacto unos con otros.⁹²

En el caso del fallo de la CIJ respecto al conflicto entre Nicaragua y Colombia, el legalismo ve en la fragmentación un espacio para argumentar que, a pesar de que se debe cumplir la obligación jurídica internacional, la realidad es que puede verificarse la existencia de numerosas obligaciones jurídicas internacionales en este caso: el respeto a los derechos humanos, por ejemplo, la protección del medio ambiente o la guerra contra el tráfico ilícito de estupefacientes. En ese contexto, el legalista siempre dirá que es necesario cumplir con la obligación jurídica internacional, pero luego calificará su argumento: ¿qué obligación jurídica internacional deberá cumplirse? ¿La de obedecer el fallo de la CIJ, la de proteger a los pescadores afrocolombianos, la de proteger el medio ambiente en esta área del Caribe de gran riqueza coralina? Así planteada, la posición del legalista sofisticado no es una simple variable discreta, en el sentido de escoger entre acatar o no acatar el fallo. Siguiendo la tradición del constitucionalismo

90 Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del derecho internacional: Dificultades derivadas de la fragmentación y expansión del derecho internacional*, (18 de julio de 2006) U.N. Doc. A/CN.4/L.702.

91 La inclinación luhmanniana de esta descripción del orden jurídico internacional en términos de regímenes autopoiéticos se hace aun evidente en la versión que Teubner elabora de la misma. Véase Fisher-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 4, 2004, p. 999.

92 La literatura sobre fragmentación es amplia. Un buen texto introductorio de gran riqueza en referencias bibliográficas es Koskeniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?”, en *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, p. 553.

contemporáneo, el legalismo internacional puede también proponer la ponderación de diferentes intereses jurídicos en conflicto.

3.2. La sensibilidad realista

La visión liberal/legalista ha sido objeto de crítica por parte del realismo. Como es bien sabido, el realismo en relaciones internacionales se caracteriza, en términos generales, por considerar el derecho internacional un epifenómeno del poder.⁹³ Más allá del debate –tanpreciado para los internacionalistas del siglo XIX–⁹⁴ sobre si el derecho internacional es o no “derecho”, al no contar con el respaldo de sistema organizado de fuerza, los realistas han tradicionalmente creído que el derecho internacional es irrelevante pues la conducta de los Estados obedece a sus intereses vitales y no a un respeto de la normatividad jurídicas en abstracto.⁹⁵ Así, para los realistas, la unidad básica de análisis de las relaciones internacionales es el Estado y la clave para entenderlo es el interés estratégico nacional.⁹⁶ ¿Cuáles son las consecuencias de esta acción para el interés nacional? En este marco consecuencialista, el derecho internacional es derecho entre entidades coordinadas y no subordinadas. En consecuencia, el derecho debía ajustarse a la realidad política y las relaciones de poder entre los Estados, y no a la inversa.⁹⁷

El realismo tradicional fue objeto de numerosas críticas que derivaron en el surgimiento de diferentes visiones neorrealistas en los años ochenta.⁹⁸ Sin embargo, esa aproximación tuvo un impacto notable sobre la forma que entendemos el rol que juega el derecho internacional en la comunidad internacional.⁹⁹ En especial en los Estados Unidos, donde esta escuela creó para todos los efectos prácticos la disciplina de las relaciones internacionales en los años cincuenta,¹⁰⁰ la visión realista sentó las bases para el sentido común

93 Urueña, *Derecho de las organizaciones internacionales*, (Temis/Uniandes), 2008.

94 Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press) 2005; Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, (Cambridge University Press) 2004.

95 Morgenthau, Hans, *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, (McGraw-Hill) 6ffi ed., 1985.

96 Urueña, op. cit., nota 93.

97 Morgenthau, op. cit.

98 Urueña, op. cit.

99 Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*.

100 Kennedy, David, “The Disciplines of International Law and Policy”, en *Leiden Journal of International Law*,

del análisis internacional que se perpetúa hasta hoy. En América Latina, esta aproximación llegó también a tener gran impacto, originalmente a través de los estudios políticos internacionales y más recientemente, a través de una nueva ola de literatura específicamente jurídica, que busca aplicar elementos del análisis económico del derecho y *rational choice* al problema de la obediencia al sistema jurídico internacional.¹⁰¹ En tal contexto, no resulta sorprendente que gran parte de las interpretaciones del retiro de Colombia del pacto de Bogotá partan de premisas realistas.

3.2.1. Los actores de la obra: Estados

La lectura realista de la situación colombiana presume que las unidades relevantes del análisis son dos Estados –Colombia y Nicaragua– que se ven representados por sus respectivos jefes de Estado. Los individuos al interior de tales Estados son irrelevantes para entender la situación, como también lo son los intereses que esos individuos representan. Así, los afrocolombianos, la protección del medio ambiente, o los intereses de las empresas pesqueras o las multinacionales petroleras no son determinantes desde esta perspectiva. Por el contrario, aquello que es relevante es la idea de que Colombia, como un Estado soberano, tiene un interés que se vio en conflicto con el interés de Nicaragua, a su vez un Estado soberano. El interés de cada uno de estos Estados está representado por el respectivo presidente.

Tal vez el mejor representante de esta visión fue el ex presidente Álvaro Uribe, quien llamó de manera abierta al desacato del fallo. Esta visión entiende a cada uno de los Estados en conflicto como una “caja negra”, al interior de la cual es imposible mirar desde la perspectiva internacional. Cuando Colombia decide denunciar el Pacto de Bogotá, lo hace en consideración a sus intereses estratégicos, definidos por el presidente de la República: por ejemplo, no volver a ser sometidos a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un caso parecido. Por su parte, la crítica de la denuncia del Pacto puede ser también formulada en estos términos. El Estado colombiano tiene un interés en cumplir el fallo y tiene, también, un interés en no retirarse del Pacto –porque mantiene relaciones económicas y políticas con otros Estados partes del Pacto a los que eventualmente querría demandar ante CIJ–, o no

Vol. 12, 1, 1999, pp. 9-133.

101 Véase Goldsmith, Jack y Posner, Eric, *The Limits of International Law*, (Oxford University Press) 2005; Trachtman, Joel, *The Economic Structure of International Law*, (Harvard University Press) 2008; Posner, *The Perils of Global Legalism*, (University of Chicago Press) 2009; Posner y Sykes, Alan, *Economic Foundations of International Law*, (Harvard University Press) 2013.

le conviene incumplir el fallo porque Colombia tiene un interés en que otros Estados cumplan los fallos cuando sea este Estado el que resulte victorioso.

El interés del Estado colombiano está definido, en estos términos, de una forma simple: la expansión de su poder político en la región o cuando menos evitar al máximo su limitación. Aquellos que apoyan la denuncia del Pacto ven en ella la posibilidad de deshacerse de una limitación innecesaria al poder internacional colombiano. Por su parte, aquellos que cuestionan la denuncia ven que la misma es un obstáculo para la expansión del poder colombiano en la región latinoamericana. Colombia ha intentado reinventarse como un líder regional más allá de su conflicto armado y su interés en el narcotráfico. Esta sería su forma de expandir su poder e influencia en la región en el futuro. Desde esta perspectiva, la denuncia del Pacto sería contraproducente en términos de la expansión del poder colombiano, pues minaría la nueva agenda de la administración.

La visión realista está basada en una distinción clara entre la política nacional y la internacional.¹⁰² La idea de que el presidente Santos denunció el Pacto para atender a necesidades electorales internas no puede ser procesada desde esta perspectiva, pues para ella el interés del presidente es aquel del Estado. La lógica internacional del presidente estaría desconectada de su lógica nacional electoral. Si el presidente denuncia (o no) el Pacto de Bogotá, o decide cumplir o incumplir el fallo de la CIJ, lo hace por motivos estratégicos de geopolítica y no porque se acerque una pugna electoral reeleccionista.

Por supuesto, es claro que esta división es falaz. El Jefe de Estado no es esquizofrénico y gran parte de la motivación detrás de la denuncia del Pacto de Bogotá obedeció a la presión que sufría por parte de sus opositores locales, especialmente del ex presidente Álvaro Uribe, quien proponía el no cumplimiento del fallo y señalaba al presidente como débil en su administración de las relaciones internacionales. El presidente veía también sus índices de popularidad disminuir de manera acelerada: el fallo de la CIJ fue inmensamente impopular en Colombia. Sin embargo, la interpretación realista del problema es ciega a estas pugnas intraestatales, y considera que su ceguera no es un problema sino, por el contrario, una condición necesaria para lograr una descripción correcta de la realidad internacional. Su versión entiende el interés colombiano como unívoco e indivisible, expresado en el acto jurídico internacional de la denuncia del Pacto o en su decisión de no denunciarlo. A pesar de que la realidad es más compleja, las interpretaciones de inspiración

¹⁰² Urueña, op. cit.

realista insisten en ver al Estado como el principal actor y al presidente de la República (o su delegado) como su único representante.

Esta visión da gran poder a la rama ejecutiva del poder público, y limita de manera importante la relevancia de las otras ramas del poder y de la sociedad civil. El Congreso tiene pocas facultades jurídicas y políticas para discutir ante la decisión del presidente de denunciar el Pacto, y menos aun las Cortes colombianas. La sociedad civil y los diferentes intereses que representa, por su parte, resultan marginales desde esta perspectiva. Su voz no es relevante ni debería serlo: si la sociedad internacional está compuesta de Estados, es solamente la voz del Estado la que debe ser escuchada.

3.2.2. La trama de la obra: El derecho internacional es irrelevante en tanto es simplemente voluntarista

La sensibilidad realista estructura el argumento sobre la premisa que el derecho internacional no cuenta con poder normativo más allá del interés del Estado. Como hemos señalado, el sistema jurídico internacional es, desde esta perspectiva, un simple epifenómeno del poder estatal. Así, el derecho internacional no impondría una verdadera restricción creíble a la conducta de Colombia, la cual se vería determinada por el interés del Estado, definido en los términos explicados anteriormente.

En este punto, el análisis respecto al cumplimiento o incumplimiento del fallo es diferente al razonamiento aplicable a la denuncia del Pacto. Para el realista, la denuncia del Pacto es una expresión más del carácter voluntarista del derecho internacional, en el sentido que su carácter obligatorio depende de la voluntad de los Estados. Así, el realista se pregunta: ¿cómo puede ser, en verdad, relevante un sistema jurídico que depende del consentimiento de sus sujetos para existir? La denuncia del Pacto solo muestra que los Estados ratifican tratados cuando les conviene a su interés nacional y los denuncian cuando deja de convenirles. La obligación jurídica es superflua: la variable clave es el interés estatal. Colombia, al denunciar el Pacto, es para el realista un ejemplo viviente de este hecho.

La reacción colombiana al fallo exige un análisis más detallado por parte del realista, toda vez que el cumplimiento de la decisión no depende exclusivamente de la voluntad del Estado colombiano. En efecto, es claro que, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 (1) de la Carta de la ONU, desarrollado por los artículos 59 y 60 del Estatuto de la CIJ, existe la obligación jurídica de cumplir el fallo de la Corte. Sin embargo, como hemos observado,

la perspectiva bajo estudio se preguntará por las consecuencias de un incumplimiento en términos de interés estratégico colombiano. Así, el realista se pregunta: sabemos qué perdemos si Colombia cumple con el fallo ¿qué perdemos si no lo cumplimos? En último término, para el realista la pregunta central no es si existe un deber jurídico de cumplir un cierto fallo, sino cuáles son las consecuencias que derivan de incumplirlo.

En el caso que nos ocupa, las consecuencias son pocas desde la perspectiva realista. Si bien es cierto el artículo 94 (2) de la Carta de la ONU da competencia específica al Consejo de Seguridad para hacer cumplir los fallos de la CIJ, la realidad es que esta facultad nunca ha sido usada.¹⁰³ La única ocasión en que una acción ha sido iniciada formalmente bajo el artículo 94 (2) en el Consejo de Seguridad fue con ocasión de la negativa de Estados Unidos de cumplir el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua, de 1986.¹⁰⁴ En esa ocasión, Congo, Ghana, Madagascar, Trinidad y Tobago y los Emiratos Árabes Unidos iniciaron la acción y propusieron al Consejo una resolución en la que se llamaba “urgentemente al cumplimiento total e inmediato” del fallo. Once miembros del Consejo votaron a favor de la propuesta; Francia, Tailandia y el Reino Unido se abstuvieron, y Estado Unidos ejerció su derecho al veto. La resolución nunca fue adoptada.¹⁰⁵ Ante tal fracaso, Nicaragua propuso a la Asamblea General que adoptara una resolución tendiente a garantizar el cumplimiento del fallo, con un texto similar al vetado por Estados Unidos en el Consejo. En este punto, era claro que se trataba de una medida simbólica, pues, bajo la Carta de la ONU, el procedimiento vinculante para hacer cumplir el fallo era aquel dispuesto por el artículo 94 (2), que había fracasado. La Asamblea aceptó la propuesta de Nicaragua: la Resolución 41/31 del 3 de noviembre de 1986 fue adoptada por 94 votos afirmativos, tres votos negativos y 47 abstenciones.¹⁰⁶ Tal Resolución no tuvo, sin embargo, efecto alguno: Estados Unidos continuó su negativa de cumplir el fallo. Posteriormente, la Asamblea General adoptó tres resoluciones más en el mismo sentido,¹⁰⁷ sin resultado.

¹⁰³ Véase Schulte, Constanze, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press), 2004, p. 29

¹⁰⁴ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), 1986 ICJ Reports 14.

¹⁰⁵ Véase “Security Council Does Not Adopt Text Calling for Full Compliance with International Court Ruling in Case of ‘Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua.’”, en *UN Chronicle* 23, 1, 1987, pp. 62-63.

¹⁰⁶ UN Docs. A/41/PV.53. P. 92. Los votos negativos fueron de El Salvador, Israel y Estados Unidos.

¹⁰⁷ Resoluciones 42/18 del 12 de noviembre de 1987, 43/11 del 25 de octubre de 1988 y 44/49 del 7 de

De otra parte, el fallo podría ser usado como base para desarrollar algún tipo de proceso nacional de cumplimiento. Nuevamente, el caso de Estados Unidos y Nicaragua es el antecedente relevante para el realista: varias organizaciones no gubernamentales intentaron obligar a los Estados Unidos a cumplir el fallo bajo derecho nacional de ese Estado, mediante una acción ante una corte federal. Sin embargo, la acción fracasó ante el argumento de que el fallo internacional no tenía mérito ejecutivo en el sistema nacional estadounidense y que, en todo caso, el conflicto consistía en un debate político que no podía ser justiciable.¹⁰⁸

Es claro entonces que no existen consecuencias jurídicas directas del incumplimiento del fallo o, por lo menos, que las consecuencias negativas de un incumplimiento son inciertas y están sujetas a numerosas contingencias políticas. El hecho que exista una obligación jurídica es para el realista solamente uno de los factores a considerar. La variable clave es si derivarían o no consecuencias graves para los intereses estratégicos colombianos en el caso de incumplir el fallo.

En este punto, la sensibilidad realista puede llevar a dos decisiones contradictorias. De una parte, el realista puede concluir que, en la medida en que no existen consecuencias jurídicas graves al interior de la ONU, y considerando que Colombia estaría perdiendo acceso a valiosos recursos pesqueros en el área marítima objeto de la controversia, los costos de cumplir el fallo son más altos que los costos de no cumplirlo. Sin embargo, la sensibilidad realista podría también llevar a pensar que, aun si Colombia está perdiendo acceso a recursos pesqueros –lo cual, en todo caso, no estaría probado, por tratarse el fallo de una zona económica que no otorga derechos soberanos exclusivos a Nicaragua–, tal pérdida tiene un valor estratégico menor que el costo que implicaría entrar en abierto desacato de la CIJ, como lo hizo Estados Unidos en el caso de Nicaragua. En especial si se considera que el Estado colombiano está en medio de un proceso de negociación de paz que probablemente requiera del apoyo del Consejo de Seguridad y la Asamblea General, el realista podría considerar que los costos de no acatar el fallo podrían resultar, en el mediano plazo, más altos que los de acatarlo.

La sensibilidad realista no es, en este sentido, siempre contraria al apoyo de las instituciones internacionales. Es equivocado pensar que esta aproxi-

diciembre de 1987.

108 *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 859 F. 2d 929 (1988).

mación necesariamente llevaría al no cumplimiento del fallo por parte de Colombia. La sensibilidad realista exige un análisis de priorización entre los diferentes costos y la selección de un horizonte de tiempo aceptable, análisis del cual derivará una decisión sobre si el fallo se cumple o no, o si Colombia se retira o no del Pacto de Bogotá.

El punto central de esta sensibilidad es, sin embargo, *quién* hace este análisis. Como señalamos anteriormente, el actor central del realismo es el Estado, representado por el Jefe de Estado o el Jefe de Gobierno. El análisis respecto al costo/beneficio y al horizonte de tiempo será hecho por el presidente de Colombia, en atención a su interpretación de lo que es el interés de Colombia como un todo. Este interés, por supuesto, está en la práctica permeado por variables políticas: el horizonte de tiempo que define el interés colombiano estará influenciado por la posibilidad de reelección. Si el presidente no busca ser reelegido, el interés colombiano probablemente será evaluado en el corto plazo; si el presidente sí busca ser reelegido, el horizonte de tiempo adoptado debiera alargarse. Lo importante es que, desde la perspectiva realista, estas consideraciones son invisibles, pues están al interior de la caja negra que es el Estado colombiano. El realista usa como unidad de análisis al Estado y al hacerlo le da al presidente el poder de decidir, aun en contra de lo que la ciudadanía quiera.

En este análisis, la legalidad abstracta es irrelevante: el Estado de Derecho es solamente importante si se alinea con el interés estratégico de Colombia. Si se alinea, desde la perspectiva del realista que considera apropiado respetar el fallo en virtud de las consideraciones esbozadas con anterioridad, entonces Colombia resaltarán su respeto por el derecho internacional. Esta posibilidad retórica se pierde si el Estado de Derecho no se alinea con el interés estratégico colombiano, caso en el cual el derecho internacional será denunciado como un sistema desueto, propio de principios soberanistas del siglo XIX, que no obedece a la realidad contemporánea de la globalización.

Así, el sentido común que emerge de esta sensibilidad se caracteriza por su énfasis en lo político –y no en lo jurídico– y en el análisis estratégico de intereses. En su modo descriptivo, esta sensibilidad se enfoca en las decisiones de los Jefes de Estado: son ellas las que constituyen las relaciones internacionales. ¿Cómo actuaron los presidentes colombianos antes de este fallo? ¿Quién tomó la decisión de presentar este argumento o el otro? En su modo normativo, esta sensibilidad pregunta: al margen de los intereses de la comunidad internacional o de la región, ¿cómo defender los intereses colombianos? ¿cómo expandir el ámbito de influencia de este país?

Conclusiones

La sensibilidad realista tiene mucho en común con el legalismo internacionalista. Ambas aproximaciones implican una redistribución importante de poder a favor de las elites nacionales: la rama ejecutiva del poder público y los abogados internacionalistas. Adicionalmente, usan como unidad de análisis al Estado, ignorando de esta manera numerosos movimientos infraestatales que, sin embargo, tienen un interés legítimo en la actitud colombiana respecto al fallo. ¿Dónde aparecen, por ejemplo, los pescadores artesanales del Caribe? Desde el realismo, esos intereses sirven para formar presión política. Desde el legalismo, sirven para invocar estructurar una nueva estrategia jurídica basada, por ejemplo, en los derechos humanos de los raizales. Pero, en realidad, ambas aproximaciones niegan la agencia de los interesados: ignoran sus voces, cierran sus espacios para participación. El problema, en este caso, resulta ser menos de alta geo-política o de expertos tratadistas de derecho internacional que de transparencia en la toma de decisiones y participación de los interesados. El problema no es, entonces, un exótico conflicto de derecho del mar, sino una situación más conocida en América Latina: prácticas de gobierno excluyentes y procesos decisorios cerrados.

Ahora bien, Colombia no es la excepción en denunciar un tratado en la región. Lo que es más, el Pacto de Bogotá representa un sistema desueto que es utilizado estratégicamente por los Estados de la región para impulsar sus intereses geopolíticos: por ejemplo, en abril de 2013, Bolivia ingresó nuevamente al Pacto con el único interés de demandar a Chile. No es, entonces, anormal que un Estado adhiera o denuncie un tratado en virtud de lo que considera es su interés es ese momento. El legalismo no puede llevarnos a creer que hay algo inherentemente incorrecto en pretender acoplar las obligaciones jurídicas internacionales de un Estado.

Y, sin embargo, las normas jurídicas importan. No es el caso que sean simples epifenómenos de la realidad política. La estrategia del gobierno colombiano se vio afectada por el fallo de la CIJ, que es, en último término, simples palabras jurídicas escritas en un papel. La estrategia simplemente realista usada, por ejemplo, por el ex presidente Uribe resultó ser popular entre los votantes, pero no parece considerar el impacto del derecho internacional en la conducta de los Estados. Ni simple legalismo ni realismo extremo. ¿Quién gana y quién pierde con nuestra aproximación a los conflictos jurídicos internacionales? Esta parece ser una pregunta prometedora para comenzar a pensar el impacto del derecho internacional en América Latina.