

Arbitraje sobre el Rin de Hierro Laudo de la Corte Permanente de Arbitraje (Bélgica y Países Bajos)

Víctor Saco

Introducción

El 24 de mayo de 2005 un tribunal arbitral, compuesto por árbitros de la Corte Permanente de Arbitraje¹ y bajo el paraguas de esta, emitió un laudo que resolvía un diferendo entre Bélgica y los Países Bajos, sobre los derechos que tenía el primer Estado en el territorio del segundo respecto a una línea férrea, el Rin de Hierro.

En 1839, el Reino de los Países Bajos se había comprometido a continuar en su territorio toda vía o canal que Bélgica construyera para fines comerciales con destino al Estado de Alemania (en ese entonces Confederación Alemana o *Deutscher Bund*). Los costos de la construcción serían cubiertos por Bélgica y los Países Bajos debían permitir el paso por esta vía. Sobre la base de esta obligación se construyó el Rin de Hierro, el cual, luego de un uso intermitente debido a las Guerras Mundiales, dejó de usarse en los años noventa.

La reapertura y renovación de la línea reclama al Tribunal la aplicación en el siglo XXI de una obligación acordada doscientos años antes; y para lograrlo se vuelve esencial la labor interpretativa respecto de los tratados relacionados con la obligación, que a su vez implica tratar el difícil tema de las restricciones a la soberanía territorial en favor de un tercer Estado. Los criterios utilizados por el Tribunal son sin duda interesantes para los Estados que tienen derechos en el territorio de otro Estado o que tengan que garantizar estos a otros Estados.

¹ Rosalyn Higgins (Presidenta), Guy Scharns, Bruno Simma, Alfred H.A. Soons y Peter Tomka.

Si bien el laudo nos invita a revisar varias materias jurídicas, luego de resumirlo, nos proponemos discutir solo tres en especial: (i) la interpretación de los tratados que contemplan restricciones a la soberanía; (ii) el *forum shopping* y la fragmentación del derecho internacional; y (iii) aportes a la determinación de normas sobre derecho internacional ambiental.

1. Repaso del laudo arbitral

El diferendo parece tener una base económica, a saber, los beneficios de una nueva vía de 162,3 kilómetros frente a los 211,2 kilómetros de la actual, más aún si la primera puede, a diferencia de la segunda, soportar el paso de trenes con carga pesada de mercaderías.² Es esta otra ocasión en la que el Derecho está nuevamente en deuda con la economía por provocar una reflexión jurídica importante.

En esta sección proponemos revisar los componentes del laudo, la historia del diferendo, la discrepancia en sí, las preguntas planteadas al Tribunal y las respuestas de este.

1.1. Historia de un ferrocarril internacional

El nombre de «Rin de Hierro» hace referencia a una línea de ferrocarril que une al puerto de Amberes en Bélgica con Duisburg, Alemania. Entre estos dos puntos, la línea pasa por las provincias holandesas de Noord-Brabant y Limburgo.

Su existencia se basa en el acuerdo del 19 de abril de 1839 entre Bélgica y Holanda para la separación de sus respectivos territorios (Tratado de Separación).³ De acuerdo con este convenio, el primer Estado cedió sus pretensiones sobre el territorio de la región de Limburgo, que pasaría indefectiblemente a formar parte de los Países Bajos, mientras que este último Estado reconocía, en el artículo XI del tratado, que no pondría trabas a la libertad de comunicación comercial del primero por sus ciudades, Maastricht y Sittard. El uso de los caminos que atraviesen estas dos ciudades y que conduzcan a las fronteras con Alemania solo estaría sujeto al cobro de peajes por el gobierno holandés. El monto recaudado con los peajes sería destinado al mantenimiento de las vías con miras a facilitar el comercio.⁴

² INFRABEL. The Iron Rhine. Consulta: 9 de setiembre de 2009. <http://www.infrabel.be/portal/page/portal/pgr_inf2_e_internet/mobility_project/les_ports/le_port_d_anvers/rhin_d_acier>.

³ UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN. Digithèque de matériaux juridiques et politiques. Consulta: 10 de agosto de 2009. <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/be1839.htm>>.

⁴ Artículo XI: «Les communications commerciales par la ville de Maestricht et par celle de Sittard, resteront entièrement libres, et ne pourront être entravées sous aucun prétexte.

L'usage des routes qui, en traversant ces deux villes, conduisent aux frontières de l'Allemagne, ne sera

Además, en virtud del artículo XII, si Bélgica construía en su suelo un nuevo camino o un nuevo canal, este podría prolongarse por el territorio holandés hasta las fronteras alemanas, sin que pueda mediar oposición de los Países Bajos, siempre y cuando se trate de una vía comercial. El costo de la prolongación de esta vía de comunicación recaía en Bélgica y su existencia no afectaría los derechos soberanos exclusivos del Estado holandés sobre el territorio en el que se asentaba el ferrocarril.

Artículo XII:

Dans le cas où il aurait été construit en Belgique une nouvelle route, ou creusé un nouveau canal, qui aboutirait à la Meuse vis-à-vis du canton hollandais de Sittard, alors il serait loisible à la Belgique de demander à la Hollande, qui ne s'y refuserait pas dans cette supposition, que ladite route ou ledit canal fussent prolongés d'après le même plan entièrement aux frais et dépens de la Belgique, par le canton de Sittard jusqu'aux frontières de l'Allemagne.

Cette route ou ce canal qui ne pourraient servir que de communication commerciale, seraient construits, au choix de la Hollande, soit par des ingénieurs et ouvriers que la Belgique obtiendrait l'autorisation d'employer à cet effet dans le canton de Sittard, soit par des ingénieurs et ouvriers que la Hollande fournirait, et qui exécuteraient, aux frais de la Belgique, les travaux convenus; le tout sans charge aucune pour la Hollande, et sans préjudice de ses droits de souveraineté exclusifs sur le territoire que traverserait la route ou le canal en question.

Les deux parties fixeraient d'un commun accord le montant et le mode de perception des droits et péages, qui seraient prélevés sur cette même route ou canal.

Años después, en el Tratado de Frontera de 1842 entre los mismos Estados, se acordó que Bélgica estaba facultada a construir el canal o la ruta, a la que se hace mención en el artículo XII del Tratado de 1839, a través de una empresa concesionaria, garantizada por Bélgica.

Finalmente, en 1873, de acuerdo con lo estipulado en la Convención entre Bélgica y los Países Bajos relativa al pago de la deuda belga, la abolición de la sobretasa a las bebidas alcohólicas y el paso del un ferrocarril de Amberes a Alemania, pasando por Limburgo (Tratado del Rin de Hierro), la construcción del Rin de Hierro encontraría su base legal. De acuerdo con este último Tratado, el término ferrocarril sería entendido dentro de los conceptos «*route* o *canal*» del artículo XII del Tratado de Separación.

La construcción de la vía férrea se culminó en 1879, mismo año en el que empezó a utilizarse, a través de concesionarias o del propio gobierno belga. El tráfico por la vía

assujetti qu'au payement de droits de barrière modérés pour l'entretien de ces routes, de telle sorte, que le commerce de transit n'y puisse éprouver aucun obstacle, et que moyennant les droits ci-dessus mentionnés, ces routes soient entretenues en bon état, et propres à faciliter ce commerce».

se vio afectado por la Primera Guerra Mundial y la misma fue destruida durante la Segunda Guerra Mundial. Luego, fue reconstruida y utilizada para fines militares y tuvo poco tráfico. A partir de 1991, cesó el tránsito entre Bélgica y Alemania, aunque algunas partes fueron usadas para el tráfico interno holandés.

En los años noventa, el gobierno holandés declaró algunas zonas por donde pasaba la línea férrea como reservas naturales. En esta misma década, funcionarios de ambos gobiernos negociaron la reactivación de la vía y su modernización, debido a que Bélgica pretendía renovar la línea para que pudieran pasar por ella una mayor cantidad de trenes y más largos. Dentro de estas últimas discusiones se llegó a un Memorando de Entendimiento en el que se preveían estudios acerca del impacto ambiental que produciría la reactivación del Rin de Hierro, así como un cronograma para renovar el uso de la línea.

La aplicación de este Memorando de Entendimiento daría lugar al arbitraje que nos ocupa. En especial por el tema del «uso temporal» de la vía, lo referente a las condiciones ligadas a este uso y el pago de los costos para que la vía, luego de ese «uso temporal», pueda ser utilizada a largo plazo, como lo requería Bélgica.

1.2. El diferendo

El diferendo se puede resumir en dos puntos controvertidos:⁵

Cuál es el alcance del poder unilateral de los Países Bajos para determinar las condiciones de la reactivación de la línea, especialmente en lo que se refiere a la protección del medio ambiente.

Quién debería pagar por la construcción de la vía férrea para satisfacer las condiciones que los Países Bajos podrían demandar.

1.3. Preguntas a los árbitros

Se hicieron tres preguntas a los árbitros, las cuales fueron desarrolladas por cada una de las partes de acuerdo a su posición.⁶

En la primera, se preguntaba si la legislación y poder de decisión (*decision-making power*) holandeses respecto a los usos, restauración, adaptación y modernización de

⁵ WARBRICK, Colin. «The “Iron Rhine” (“Ijzern Rijn”) Arbitration (Belgium-Netherlands): Its contribution to International Law». En Permanent Court Of Arbitration Award Series. *Permanent Court of Arbitration. The «Iron Rhine» (“Ijzern Rijn”) Arbitration (Belgium-Netherlands) Award of 2005*. La Haya: TMC Asser Press, 2007, p. 3.

⁶ Párrafos 26 y 27.

las líneas férreas en el territorio de los Países Bajos se aplicarían, «de la misma forma», a los trabajos que se pretende hacer con el Rin de Hierro.

La segunda, respecto al alcance del derecho del Reino de Bélgica para realizar trabajos o encargarlos para usar, restaurar, adaptar o modernizar la vía en el territorio holandés y a realizar planos, especificaciones y procedimientos, de acuerdo con la legislación interna belga, para este fin. Más precisamente, se preguntaba si Bélgica podía establecer planos, especificaciones y procedimientos, todos relacionados, de una parte a las funciones de la infraestructura ferroviaria y, de otra parte, al plan de mejora del suelo y de la integración de la infraestructura ferroviaria. En caso de que fuera necesaria una distinción entre ambos, cuáles serían sus consecuencias. Además, se preguntó si los Países Bajos eran libres de imponer unilateralmente la construcción de túneles y otras obras similares para proteger el ambiente, así como estándares de seguridad relacionados con estas últimas.

La tercera pregunta estaba ligada a las dos anteriores y tenía que ver con un tema financiero, en qué medida el costo, así como el riesgo financiero de la reactivación de la línea férrea —uso, restauración, adaptación y modernización— en la parte del territorio holandés, deberían ser pagados por Bélgica u Holanda. Y, si Bélgica debía financiar los trabajos más allá de lo necesario para restablecer la funcionalidad de la ruta histórica.

1.4. Las partes de la sentencia

Para analizar el diferendo y responder a las preguntas el Tribunal divide la sentencia en siete partes. En el primer capítulo, se hace referencia a la historia del proceso, el *background* del asunto y las preguntas de las partes. El capítulo II aborda la base legal y al ámbito del derecho de tránsito de Bélgica. En el tercero, se analiza el rol del derecho europeo; posteriormente en el cuarto capítulo, se tratan el pedido belga para la reactivación de la línea férrea y el contenido del Memorando de Entendimiento. En el quinto y sexto capítulo, se analizan las medidas previstas por los Países Bajos para el cumplimiento del artículo XII del Tratado de Separación y sobre qué Estado deberían recaer los costos, sucesivamente. Finalmente, en el capítulo VII el Tribunal responde las preguntas de las partes.

1.5. Las respuestas de los árbitros

El Tribunal se pronunció sobre las tres preguntas de la siguiente manera. A la primera pregunta, sobre las prerrogativas holandesas y la extensión de las mismas respecto al uso, restauración, adaptación y modernización de la línea, el Tribunal indicó que el derecho de los Países Bajos para regular sus líneas férreas —incluyendo al Rin de

Hierro, al cual asimila a estas últimas— no puede contradecir las obligaciones internacionales del Estado derivadas del derecho internacional general, normativa de la Unión Europea y, en específico, del Tratado de Separación.

A partir de esta premisa, del límite del *decision-making power* holandés, el Tribunal infiere que los Países Bajos, de forma unilateral, no pueden desviar la línea del Rin de Hierro ni aumentar el nivel y porcentaje del peaje. También, reafirma que los Países Bajos deben permitir la reactivación de la línea.

A la segunda pregunta, el Tribunal respondió indicando que si bien Bélgica tenía el derecho de realizar planos para establecer las especificaciones relevantes para la funcionalidad de la vía en el territorio holandés, los trabajos que se fueran a realizar como fruto de ese plan deberán ser «acordados» por las partes, Bélgica no podrá actuar de forma unilateral. Los Países Bajos, por su lado, están en libertad de no aceptar las propuestas de Bélgica, pero este rechazo no podrá tener como efecto el privar a este último Estado de su derecho de tránsito o hacerlo irrazonablemente difícil.

Además, los Países Bajos pueden declarar áreas protegidas en su territorio, incluso si estas se superponen con la ruta del Rin de Hierro, sin que estas medidas puedan ser consideradas *per se* como limitaciones al derecho de tránsito belga. Incluso, los Países Bajos no tendrían la obligación de consultar a Bélgica respecto al establecimiento de reservas naturales en su territorio. En esta última línea de argumentación, los Países Bajos tienen la potestad de imponer unilateralmente la construcción de túneles y construcciones similares; sin embargo, ninguna de estas medidas podrá tener como efecto el privar a Bélgica de su derecho de tránsito o hacerlo irrazonablemente difícil.

Finalmente, la última pregunta fue contestada por el Tribunal que reconoció que Bélgica también debería asumir costos de protección del ambiente y de las medidas de seguridad, pues estos no pueden separarse de los gastos necesarios para mantener la vía en funcionamiento. De este modo, las obligaciones de Bélgica de solventar el costo de la vía no se limitan a aquellas necesarias para el funcionamiento de la ruta histórica, sino también de los cambios que esta subiría en la actualidad, esto se basa en el balance de derechos inherente al artículo XII del Tratado de Separación. Es así que el Tribunal hace un reparto de costos; como por ejemplo, en el caso de la construcción de un túnel bajo una zona declarada reserva natural (Meinweg), el costo debería ser compartido.

2. Interpretación de tratados

La interpretación de los tratados es una materia central en el laudo y sobre la cual se realiza un análisis jurídico interesante. Era de esperarse, en tanto se trata de un caso

que busca la aplicación de un acuerdo de voluntades de 1839, precisado en 1879, en los años 2000. Para realizar esta tarea el Tribunal comienza indicando el derecho aplicable, para luego señalar una metodología de interpretación que utilice estas normas. A continuación, en ese mismo orden, presentaremos un estudio de los puntos importantes de la sentencia respecto a estos dos temas, a los cuales les agregaremos la definición del Tribunal respecto al concepto de «trabajos preparatorios» del texto del tratado y unas consideraciones adicionales.

2.1. Los criterios de interpretación contenidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como normas aplicables

El punto de partida de la labor interpretativa del Tribunal es el reconocimiento de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como disposiciones que «reflejan» normas consuetudinarias internacionales preexistentes a este instrumento y, por tanto, pueden aplicarse a tratados previos a la entrada en vigor de este acuerdo.⁷ Recordemos el contenido de los artículos:⁸

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

⁷ «It is now well established that the provisions on interpretation of treaties contained in Articles 31 and 32 of the Convention reflect pre-existing customary international law, and thus may be (unless there are particular indications on the contrary) applied to treaties concluded before the entering into force of the Vienna Convention in 1980» (para. 45).

⁸ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Consulta: 12 de agosto de 2009. <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf> 8>.

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

Artículo 32.

Medios de interpretación complementarios.

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

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

2.2. Los principios contenidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y la metodología propuesta para su aplicación

Luego de reconocer la naturaleza consuetudinaria de los mencionados artículos, el Tribunal evidencia ciertos principios recogidos en ellos y propone una metodología para su aplicación.

De acuerdo con el Tribunal, los siguientes principios estarían contenidos en estos artículos: el principio de «contemporaneidad original»,⁹ por el cual el tratado se interpreta de acuerdo con las leyes y condiciones del momento de su conclusión; el principio de voluntad de las partes, sobre todo cuando estas le hayan otorgado a algún término un significado especial; y el principio por el cual el tratado se interpreta a luz de la práctica subsiguiente.

También se hace mención de la buena fe,¹⁰ como otro principio de interpretación. Así como, de aquel por el cual es preciso tomar en cuenta el objeto y fin del tratado,¹¹ que está íntimamente relacionado con el principio de efectividad,¹² en virtud del cual el tratado solo será efectivo si se logra su objeto y fin, la interpretación debe permitir que este objeto y fin se cumplan, pero nunca en esta búsqueda se podrá modificar el acuerdo.

Luego de esta enumeración, el Tribunal opta por una metodología que utiliza estos principios con miras a resolver el caso. El método parte de la idea de reconocer que no existe una jerarquía entre estos principios ni en su aplicación; por lo tanto, tampoco se presenta una prelación excluyente para aplicarlos.

⁹ WARBRICK, Colin. Ob. cit., pp. 15-16.

¹⁰ Párrafo 48.

¹¹ Párrafo 47.

¹² Párrafo 49.

No obstante lo anterior, el Tribunal recalca que el punto de partida de toda la interpretación debe ser el sentido ordinario de los términos, tomando en cuenta el contexto y considerando el objeto y fin del tratado, esto último sobre la base del texto del artículo 31. A ello debemos agregarle que, de acuerdo con el texto de esta disposición, esta debe aplicarse antes que el artículo 32, en tanto solo se recurre a esta segunda norma si no se logra una interpretación clara e inequívoca sobre la base de la primera.

A pesar de no existir jerarquía entre principios, el Tribunal opta por privilegiar a unos sobre otros; en específico, el principio de tomar en cuenta el objeto y fin deberá primar sobre el de interpretación restrictiva y el principio de interpretación evolutiva debería prevalecer sobre el de «contemporaneidad original».

En cuanto a la primera primacía. Por la regla de interpretación restrictiva de las cláusulas que restringen la soberanía, cuando en la interpretación sobre la aplicación de una disposición que restringe o limita la soberanía de un Estado existan dudas, esta debe ser interpretada de manera restrictiva,¹³ a ello debe sumársele que las restricciones a la soberanía no se presumen.¹⁴

Tomando en cuenta lo anterior, el Tribunal reafirma que la única posibilidad por la cual un Estado permita el tránsito por su territorio hacia otro Estado, es mediante un acuerdo específico. A partir de ello, delimita el tema controvertido del caso, este consiste en determinar si este derecho de tránsito debe ser interpretado de manera restrictiva.¹⁵

Sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional,¹⁶ se concluye que la soberanía de Holanda se mantiene intacta, en todo aquello que no haya sido concedido a Bélgica en virtud del artículo XII del Tratado de Separación. En otras palabras, la soberanía de los Países Bajos solo se limita en el sentido de lo estipulado por el artículo XII del acuerdo de 1839. No se acoge la interpretación restrictiva, pero deja la posibilidad que el artículo XII sea analizado a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena (en especial siguiendo el principio de la interpretación de acuerdo con el objeto y fin).

Los argumentos del Tribunal para fallar en este sentido son, en primer lugar, la comprobación de que la doctrina de la interpretación restrictiva nunca fue jerárquicamente superior a otros principios. Esta sería solo una técnica, entre otras que

¹³ Párrafo 52. Basándose en los casos *Zones of upper Savoy and the District of Gex* (PCIJ Series A/B N° 46, 1932) y del *SS Wimbledon* (PCIJ Series A, N° 1, 1923, p. 24).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Párrafo 50.

¹⁶ *Case of Free Zones of upper Savoy and the District of Gex* (PCIJ Series A/B N° 46, 1932, p. 166) y *Case of Interpretation of the Statute of Memel Territory* (PCIJ, Series A/B N° 49, 1932, pp. 313-314).

tampoco tienen jerarquía, para asegurar un balance apropiado en la distribución de derechos dentro de un tratado.

En segundo lugar, este principio no se encuentra reconocido en la Convención de Viena, y por tanto no forma parte de la costumbre internacional que el Tribunal utiliza en el caso. En tercer lugar, que una aplicación muy estricta del principio de interpretación restrictiva podría llegar a contradecir el objetivo del tratado, cuyo cumplimiento es un fin que debe lograr el intérprete. Como ejemplo se menciona que esta técnica tiene un espacio muy limitado en tratados que abordan ciertas materias como aquella de los derechos humanos,¹⁷ para evitar las consecuencias en la consecución del objeto y fin del tratado que podrían implicar la interpretación restrictiva de los límites a la soberanía.

En este último argumento queda en evidencia que el Tribunal le da una preferencia especial al principio de la efectividad del tratado (que logre conseguir su objeto y fin). Para el colegiado, en la interpretación deben primar/prevalecer el objeto y fin del tratado junto con las intenciones de las partes.

El Tribunal compara el caso con el del *lac Lanoux*,¹⁸ indicando que la lógica utilizada por el tribunal que lo resolvió sigue vigente, en especial en lo que respecta a la situación en la que para un Estado se superponen, por un lado los derechos que le otorga a un tercer Estado en su territorio y, por el otro, la reserva de su soberanía.

En el caso del lago Lanoux, la norma pertinente preveía que el Estado podía utilizar las aguas del lago de acuerdo a su derecho soberano, salvo en aquellos casos en que existan disposiciones contrarias, acordadas por los Gobiernos de Francia y España.¹⁹ Si bien en el caso que nos ocupa, el artículo XII, tiene una estructura inversa, en primer lugar otorga derechos al tercer Estado y luego indica que el límite de estos es la soberanía del otorgante; ambos diferendos hacen referencia a la existencia de derechos especiales otorgados por un Estado a otro, en su territorio, y una afirmación general de soberanía territorial, entre los cuales existe —o debe existir— un balance.

El Tribunal concluye esta parte del análisis afirmando que en estos casos, la soberanía se ve restringida —o autorrestringida— por las obligaciones internacionales que vinculan a los Estados. En este sentido se apoya en el laudo del caso de *lac Lanoux*:

¹⁷ Párrafo 53.

¹⁸ Párrafos 54-56. El análisis de la Sentencia ha sido analizada por SANDONATO, Pablo. «L'affaire relatif à la utilisation des eaux du lac Lanoux. 50 ans d'actualité». *Agenda Internacional*, Año XV, N° 26, 2008, pp. 265-291. Igualmente, se puede encontrar un resumen en TCHIKAYA, Blaise. *Mémento de la jurisprudence du droit international public*. París: Hachette, 2001.

¹⁹ «The relevant clause in the treaty provision for the utilization of the waters of Lac Lanoux referred to territorial sovereignty "except for the modifications agreed upon between the two governments" (p. 120)» (Citado en el párrafo 54).

It has been contended before the tribunal that these modifications [a los derechos acordados] should be strictly constructed because they are in derogation of sovereignty. The Tribunal could not recognize such an absolute rule of construction. Territorial sovereignty plays the part of a presumption. It must bend before all international obligations, whatever their origin, but not only before such obligations.²⁰

Y en el caso específico que nos ocupa se indicó que:

[...] the Netherlands may exercise its rights of sovereignty in relation to the territory over which the Iron Rhine railway passes, unless this would conflict with the treaty rights granted to Belgium, or rights that Belgium may hold under general international law, or constraints imposed by EC law.²¹

De este modo, la forma más apropiada para descubrir cuáles son los derechos que se concedieron a Bélgica, que constituirían la única excepción a la soberanía de los Países Bajos, no será mediante el uso de la interpretación restrictiva, que no permite lograr plenamente este objetivo, sino a través de la aplicación de las normas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. La interpretación restrictiva va en contra del principio por el cual se deben tomar en cuenta las obligaciones internacionales como límite a la soberanía y, por lo tanto, tampoco permite analizar la extensión de estos derechos.

La segunda primacía, y último tema sobre interpretación que aborda el Tribunal, es el de la «intertemporalidad».²² Con este término se alude al supuesto recogido en el artículo 31, párrafo 3, sub-párrafo c de la Convención de Viena, que hace referencia a «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes» como referente de interpretación. Para el Tribunal, al interpretarse un tratado, se deben tomar en cuenta tanto las situaciones fácticas que afectan la aplicación efectiva del tratado como el desarrollo legal reciente de las partes.

Como hemos adelantado, este caso nos plantea el problema de aplicar reglas establecidas en 1839 en la década de 2000. En específico, para el caso, los costos de extender un canal o una vía en el siglo XIX eran sin duda más «modestos» que mantener una vía férrea en el año 2003.

Basándose en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, así como de cortes nacionales,²³ el Tribunal se

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Párrafo 56.

²² Párrafo 58.

²³ Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, P.C.I.J. Series B. N° 4 (1923), p. 24. Corte Internacional de Justicia. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution. Opinión consultiva del 21 de junio de 1971, p. 31.

pronuncia considerando, primero, que para entender conceptos o términos genéricos de un tratado, se debe tener en cuenta el desarrollo de las relaciones internacionales, pues se trata de un tema relativo, que se resolverá en cada caso en concreto. Segundo, algunos términos no son estáticos, pueden más bien ser definiciones que evolucionan con el tiempo y, generalmente, las partes de un acuerdo implícitamente aceptan esta situación. Tercero, cuando un término pueda ser clasificado como «genérico» «the presumption necessarily arises that its meaning was intended to follow the evolution of the law and to correspond with the meaning attached to the expression by the law in force at any given time».²⁴

Estos argumentos apoyan la postura del Tribunal por el cual se debe privilegiar la interpretación evolutiva de los tratados, sobre todo en aquellos acuerdos que no tienen una duración fija.²⁵

2.3. La definición de «trabajos preparatorios»

El Tribunal define *travaux préparatoires* como aquellos documentos que pueden reflejar un acuerdo en común respecto a la interpretación del significado de diferentes disposiciones del Tratado.²⁶ En el presente caso, los textos de las prolongadas negociaciones diplomáticas que llevaron a la adopción del Tratado de Separación no constituirían *travaux préparatoires* en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. Debido a que estos documentos si bien pueden demostrar las pretensiones o la interpretación respecto a una situación o norma *de una* de las partes durante las negociaciones, no constituyen pretensiones ni interpretaciones comunes.

2.4. Algunas consideraciones sobre la interpretación

Para el Tribunal las normas de la Convención de Viena son el derecho aplicable para resolver la controversia, de este modo utiliza sus disposiciones para interpretar un tratado de 1839 (Tratado de Separación).

Corte Internacional de Justicia. *Aegean Sea Continental Shelf* (Grecia/Turquía), sentencia del 19 de diciembre de 1978, párrafo 77. Organización Mundial del Comercio, Órgano de Solución de Controversias, Órgano de Apelaciones. Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. Informe del Órgano de Apelación del 12 de octubre de 1998. WT/DS58/AB/R, párrafo 130. Corte Internacional de Justicia. *Gabcikovo-Nagymaros*. 1997, párrafo 112. Corte Distrital de Rotterdam (Países Bajos). *The Netherlands (PTT) and the Post Office (London) v. Ned Lloyd*, p. 212. Citados en los párrafos 79-80.

²⁴ Corte Internacional de Justicia. *Aegean Sea Continental Shelf* (Grecia/Turquía), sentencia del 19 de diciembre de 1978, párrafo 77.

²⁵ Párrafos 79-82.

²⁶ *Common understanding*.

De esta aseveración se pueden desprender dos conclusiones, primero, que en 1839 las reglas contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena ya eran normas consuetudinarias vinculantes y, segundo, independientemente de lo anterior, que en la actualidad los artículos mencionados son un estándar de interpretación obligatorio para cualquier tratado, sin importar si al momento de su entrada en vigor, estos estaban ligados por la Convención de Viena.

Respecto al primer punto, el Tribunal evidenciaría que la costumbre internacional recogida en los artículos 31 y 32 se habría formado mucho antes de 1839. Esta postura sigue la tendencia impulsada por la Corte Internacional de Justicia que ya había aplicado la Convención de Viena a un tratado de 1891,²⁷ en este caso el Tribunal parece acrecentar en cincuenta años la edad de la costumbre internacional sobre los criterios de interpretación ya mencionados.

El Tribunal consideró que no era necesario probar la existencia de la costumbre sobre la base de sus elementos constitutivos; y el argumento más importante para considerar a estas normas como consuetudinarias es el reconocimiento constante de estas por la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales principales.²⁸

Esto nos lleva al segundo tema, pues siguiendo la afirmación anterior, actualmente para la labor interpretativa confluyen dos normas jurídicas, con el mismo contenido e igualmente aplicables: la Convención de Viena y la costumbre internacional. En el caso de la costumbre se produce un fenómeno interesante, pues esta se reafirma a sí misma en su aplicación. Es decir, para poder aplicar una norma de interpretación esta deberá ser pertinente y estar en vigor para las partes; sin embargo, esta premisa positivizada en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena no existiría de no existir la costumbre.

Una lógica similar puede ser empleada para las partes de la Convención de Viena, ya que esta se aplica en virtud de su mandato y, también, porque es una norma relevante —en materia de interpretación— y vigente al momento de realizar la interpretación.

El segundo tema está ligado al anterior en lo que respecta a la discusión acerca del derecho que debe servir de referencia para interpretar los tratados, si aquel a usarse es el del tiempo de celebración del acuerdo o el del momento en el que se interpreta. Como se indicó anteriormente, el Tribunal se inclina por la interpretación evolutiva (intertemporalidad).

²⁷ Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Sentencia del 17 de diciembre de 2002.

²⁸ «There is no case after the adoption of the Vienna Convention in 1969 in which the International Court of Justice or any other leading tribunal has failed so [*aplicando los artículos 31 y 32*] to act» [el agregado es nuestro].

D'Argent considera que el Tribunal, ha plasmado como regla general que los tratados deben interpretarse de manera evolutiva y solo a manera de excepción utilizando el principio de contemporaneidad, lo cual implica que el intérprete debe conciliar el derecho antiguo con el actual, y no a la inversa. Esa «actualización» del tratado relativiza en gran medida el concepto de voluntad de las partes.²⁹

Esta parece ser, por lo menos en el campo teórico, una crítica importante, pues recordemos que una de las piedras angulares de la Convención de Viena es el principio de voluntad de las partes. El Tribunal pretende salvar esta crítica apoyándose en el principio de la consecución del objeto y fin, por el cual las partes buscan, ante todo, que el tratado se cumpla; y con este objetivo aceptan tácitamente que el tratado tendrá una existencia posterior al momento de su celebración, lo cual implica que no se aplicará siempre en el mismo entorno físico y jurídico. Además, agrega a modo de salvaguardia, el método del objeto y fin no podría tergiversar la voluntad de las partes, en tanto su límite es no modificar el acuerdo.

La interpretación evolutiva implica otra consecuencia, la posibilidad de que el derecho internacional general prime sobre las obligaciones convencionales;³⁰ pues estas últimas deberán «adecuarse» al contexto que brindan las reglas generales que posiblemente no existían al momento de nacer las obligaciones del tratado. En el caso del Rin de Hierro, el Tribunal interpreta el artículo XII a la luz del derecho ambiental y lo «articula» en el sentido que el derecho de paso deberá adecuarse a las condiciones actuales.

De este modo, el uso del derecho internacional actual y general podría servir para hacer primar estas normas —generales— utilizando como vehículo a las normas de interpretación. Consideramos que si bien esta es una posibilidad, implica una respuesta responsable por parte de los operadores del derecho. Estamos de acuerdo con Pierre d'Argent cuando indica que el artículo 31.3.c de la Convención de Viena permite una coherencia sistémica en el derecho internacional, dentro de un ordenamiento jurídico que puede ser considerado «fragmentado».³¹

²⁹ D'ARGENT, Pierre. «De la fragmentation à la cohésion systémique: La sentence arbitrale du 24 mai 2005 relative au "Rhin de Fer" (Ijzeren Rijn)». En *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*. Bruselas: Bruylant, 2007, p. 1132.

³⁰ Ídem.

³¹ *Ibid.*, p. 133. Sobre el análisis del artículo 31.3.c dentro de un derecho internacional fragmentado, ver: International Law Commission (Study Group). *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*. A/CN.4/L.682 del 13 de abril 2006, párrafos 424-432.

3. Fragmentación y *forum shopping*

El Tribunal no aborda el tema de la fragmentación del derecho internacional, pero en su resolución podemos descubrir herramientas lógicas, basadas en los argumentos utilizados, que permitirían avizorar la apuesta del Tribunal por una cohesión en la fragmentación. Una de ellas es la interpretación coherente antes mencionada, la otra es el tratamiento respecto a la aplicación del artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea.

Este acápite tiene tres partes, en la primera se realiza una pequeña aproximación a los conceptos de fragmentación y *forum shopping*, en la segunda se mencionan los aportes del Tribunal y, finalmente, se analizan estos aportes.

3.1. La fragmentación del derecho internacional y las posibilidades para el *forum shopping*

La Comisión de Derecho Internacional se ha basado en Wilfred Jenks para explicar los fundamentos de la fragmentación del derecho internacional, fenómeno que generaría que se formen pequeños subsistemas dentro de este ordenamiento jurídico:

[...] law-making treaties are tending to develop in a number of historical, functional and regional groups which are separate from each other and whose mutual relationships are in some respects analogous to those of separate systems of municipal law.³²

Esto en parte por la enorme cantidad de tratados internacionales desarticulados entre sí que existen en la actualidad, muchos de ellos crean «pequeños ordenamientos», que como menciona Jenks, buscan representar un sistema similar al que existe al interior de los Estados, por ejemplo, el Tratado de la Comunidad Europea.

Estos subsistemas pueden contar con mecanismos de solución de diferencias que son obligatorios para sus miembros; pero que a la vez conviven con los mecanismos del derecho internacional general y de otros subsistemas, si son miembros de uno, lo son al mismo tiempo de otro.

En el derecho internacional general, sobre la base de las reglas consuetudinarias relativas a la responsabilidad internacional, cualquier violación de una norma de derecho internacional vigente atribuible a un Estado genera obligaciones de reparar, cesar y no repetir la violación, cumpliendo con la norma internacional.³³ Además, a partir del Principio General de Arreglo Pacífico de Controversias los Estados se ven en la

³² JENKS, Wilfred. «The Conflict of Law-Making Treaties». *BYBIL* vol. 30, 1953, p. 403. Citado por INTERNATIONAL LAW COMMISSION (STUDY GROUP). Ob. cit., párrafo 5.

³³ Comisión de Derecho Internacional Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Recogido en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83,

obligación de resolver sus diferencias de manera pacífica sea ante una instancia del sistema (Corte Internacional de Justicia o un tribunal arbitral) o de algún subsistema (que puede prever reglas especiales para resolver el conflicto). De este modo, el sistema propicia la solución de diferencias, aunque no indica un foro especial para que esto se produzca.

Esta situación hace que los conflictos de jurisdicción se encuentren latentes. Es posible, cuando las partes de un diferendo estén vinculadas a varios foros que puedan resolverlo, que cada una de ellas elija acudir a aquel que más le convenga,³⁴ figura conocida como *forum shopping*:

Forum shopping is a dirty word: but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation.³⁵

Este problema ha sido motivo de propuestas de solución, tanto a nivel del derecho internacional general como de los subsistemas. En el caso de estos últimos, los peligros de *forum shopping* pueden limitarse si las partes acuerdan regular las solución de determinadas diferencias respecto a normas específicas, y crean sistemas de responsabilidad especiales, obligatorios y exclusivos para sus miembros.

A la par de lo anterior, y a nivel del sistema, la Comisión de Derecho Internacional, en el artículo 55 de su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,³⁶ recoge que son las normas especiales (de los subsistemas) las que deben aplicarse; sin embargo no es claro que esta disposición en específico tenga naturaleza consuetudinaria. Otra complicación consiste en que esta norma solo será obligatoria para un tribunal si las partes así lo requieren, por lo que sigue siendo una posibilidad teórica que un tribunal «del sistema» aplique derecho de un subsistema, aunque las partes se hayan comprometido a someter los asuntos del subsistema solo al tribunal de este.

del 12 de diciembre de 2001, distribuida en español el 28 de enero de 2002 (documento A/RES/56/83). Véanse en especial artículos 28 a 32.

³⁴ Posibilidad que ya se ha presentado, recuérdese el caso *Mox* ante el Tribunal del Mar y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. Un breve comentario al respecto y su relación con el caso del Rin de Hierro, es desarrollado por WARBRICK, Colin. Ob. cit., pp. 12-13.

³⁵ Cita de Lord Simon of Glaisdale en el caso *The Atlantic Star*, 1974, App. Cas. 436, 471. Citada por LOWENFELD, Andreas. «Forum shopping, Antisuit Injunctions, negative Declarations, and Related Tools of International Litigation». *AJIL*, vol. 91, N° 2, abril 1997, p. 314.

³⁶ «Los presentes artículos [algunos de los cuales recogerían costumbre internacional] no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional [el agregado es nuestro]». Ídem.

De este modo, al no existir una articulación del derecho internacional, sigue siendo posible iniciar un proceso respecto a la misma materia, tanto a nivel del derecho internacional general como en un «sistema específico». En el caso concreto esto se evidencia en el hecho que dos países miembros de la Comunidad Europea, y de la Unión Europea, organización internacional con un mecanismo obligatorio de solución de diferencias, hayan acudido al Tribunal Arbitral.

3.2. La solución del diferendo sobre el Rin de Hierro como ejemplo de *forum shopping* y su solución

La obligación derivada del artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea consagra un monopolio jurisdiccional de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas respecto al derecho comunitario europeo, prohibiendo a los Estados Miembros el confiar la aplicación o interpretación del derecho europeo, primario o derivado, a un tribunal arbitral o a cualquier otra jurisdicción internacional.³⁷ En virtud de esta disposición, ambos Estados deberían haber resuelto el caso ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, de Luxemburgo:

Artículo 292: Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado.³⁸

Actuar de manera contraria significaría que tanto Bélgica como los Países Bajos estarían contradiciendo sus obligaciones derivadas del Tratado de la Comunidad Europea y, además de las sanciones políticas que puedan generarse, activaría la posibilidad que las otras partes del tratado les reclamen por responsabilidad internacional.

El Tratado de la Comunidad Europea ha previsto mecanismos para prevenir la violación del acuerdo en este sentido, estos son el reenvío prejudicial (previsto en el artículo 234),³⁹ la constatación de falta (artículo 227)⁴⁰ y la posibilidad de remitir

³⁷ D'ARGENT, Pierre. Ob. cit. p. 1122.

³⁸ Véase EURLEX. Consulta: 12 de setiembre de 2009. <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html>.

³⁹ Artículo 234: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

^c Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

^c Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

⁴⁰ «Artículo 227: Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro

todo diferendo relacionado con el objeto del tratado (artículo 239);⁴¹ todos ellos le dan la oportunidad al Estado de «coordinar» previamente con la Corte la interpretación o uso de las normas europeas.

Los mecanismos expuestos son obligatorios para las cortes de los Estados Miembros de la Comunidad Europea, pero no para el Tribunal Arbitral; a pesar de ello, el colegiado se considera en una posición análoga a la de una corte nacional dentro de los Estados miembros de la Comunidad Europea y, por lo tanto, salvo que las normas del Tratado de la Comunidad Europea invocadas por las partes ya estén aclaradas o ya hayan sido interpretadas por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, no podrá resolver el caso, hasta que esta última Corte no se pronuncie al respecto.

En otras palabras, el Tribunal se considera incompetente para interpretar el derecho europeo; si es necesario hacerlo, al igual que un tribunal interno, reenviará el asunto a la Corte para que se pronuncie y, una vez que esta interprete el tratado, recién, podrá resolver el caso. Sin embargo, no se tuvo que llegar a tal solución en tanto el Tribunal consideró que no tenía que interpretar el Tratado de la Comunidad Europea en ninguna de las materias involucradas que eran regidas por este acuerdo: Red de Ferrocarriles Trans-Europeos,⁴² Protección del Medio Ambiente⁴³ y el artículo 10 citado por Bélgica.⁴⁴

En cuanto a la legislación europea sobre ferrocarriles, se comprobó que el Rin de Hierro había sido considerado en la lista de proyectos prioritarios de la Comunidad Europea; sin embargo, esta situación no creaba derechos u obligaciones para las partes, adicionales a los establecidos por el artículo XII del Tratado de Separación, en consecuencia no era necesario para el Tribunal interpretar el Tratado de la Comunidad Europea.⁴⁵

En lo que respecta a la legislación ambiental, uno de los problemas planteados en el caso está relacionado con los costos que implicaría la reactivación de la línea férrea para que su funcionamiento sea conforme con las especificaciones europeas (Directiva

Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado [previo sometimiento a la Comisión] [...]» [el agregado es nuestro].

⁴¹ Artículo 239: El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto del presente Tratado, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

⁴² Párrafos 107-120.

⁴³ Párrafos 121-137.

⁴⁴ Artículo 10: Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Revisado en los párrafos 138-141.

⁴⁵ Párrafo 119.

sobre el Hábitat, Directiva sobre la Aves), esta adecuación generaría más gastos con miras a evitar un impacto en el ambiente. En especial, el caso del túnel bajo la zona de Meinweg para mitigar el impacto ambiental en esta área declarada protegida por los Países Bajos, implicaría un mayor costo para Bélgica.

En el tema ambiental, el Tribunal consideró que no era necesario interpretar o aplicar la legislación europea para resolver la pregunta respecto al proyecto y los costos del túnel de Meinweg, pues con base en el artículo XII del Tratado de Separación y la legislación interna holandesa en materia ambiental se podía llegar a una solución satisfactoria y a una conclusión similar a aquella que se hubiera logrado de recurrir a la legislación europea. Por tanto, no era necesario aplicar las Directivas europeas.

En cuanto al artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal encuentra que no se trata de un punto controvertido, pues los Países Bajos no contradijeron la postura de Bélgica. Esta última consistía en que Bélgica interpretaba que en cumplimiento del artículo 10 se podían tomar medidas para facilitar la aplicación de medidas ambientales dictadas por la Comunidad Europea, pero en ningún caso tendría que asumir el costo de implementarlas en territorio holandés.

3.3. Consideraciones sobre la fragmentación

Como fuera mencionado, el Tribunal no tenía como mandato el resolver los problemas de la fragmentación del derecho internacional, pues no se le solicitó que lo hiciera. Sin embargo, en el desarrollo de laudo nos presenta al menos dos técnicas para solucionar este problema.

En primer lugar, el Tribunal resuelve el caso intentando no motivar un reclamo en contra de Bélgica o Países Bajos por incumplir el artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea. Para lograr este objetivo, el colegiado se asimila a una corte nacional dentro de un Estado miembro de la Comunidad Europea, a pesar de contar con el poder suficiente para resolver la controversia, incluso si quisiera aplicando el derecho europeo. De esta forma trata de coordinarse a este subsistema, a pesar de no estar obligado a hacerlo, con el fin de lograr la coherencia del derecho internacional.

En este sentido, el Tribunal realiza un análisis para determinar si va a ser necesario o no interpretar o aplicar el derecho europeo, y concluyen de manera negativa. Parte de la doctrina considera que este razonamiento no es suficientemente sólido, pues en realidad sí se estaría interpretando normativa europea,⁴⁶ porque el solo hecho de indicar que la legislación europea no se aplica al caso es interpretar su campo de aplicación. Sin embargo, aportando un argumento en contrario, es diferente interpretar

⁴⁶ Comentario del doctor Nikolaos Lavranos, citado por WARBRICK, Colin. Ob. cit., p. 12

para no aplicar una norma que interpretarla en su aplicación a un supuesto de hecho concreto. Este es un debate que dependerá del punto de partida del intérprete y de los argumentos que esgrima, en concreto. Lo que nos importa resaltar es la conducta del Tribunal, que adopta una política internacional a favor de la cohesión del sistema u ordenamiento jurídico internacional. Podemos llamar a esta conducta «política de cohesión internacional».

Un segundo ejemplo de política de cohesión internacional, es aquel por el cual el Tribunal prefiere utilizar un método de interpretación que permita la coherencia del sistema, en lugar de su fragmentación.

En el derecho internacional actual «conviven» tratados internacionales que resuelven necesidades específicas con otros que crean subsistemas, que reflejan la voluntad de sus partes de cohesionarse en mayor medida sobre determinadas materias o por consideraciones geográficas, políticas o económicas. Estos a su vez comparten el ordenamiento jurídico con el derecho internacional general. Esta es la realidad del derecho internacional y se debe a que los sujetos que son regulados por este lo quieren mantener de esta manera.

Esta débil cohesión puede crear conflictos, los cuales no tienen una solución meramente jurídica, recordemos que el derecho internacional no cuenta con poderes judiciales ni legislativos centralizados; por lo tanto la solución sigue siendo política. Sin embargo, recurrir a «políticas de cohesión internacional», como la aplicada en este caso, depende del grado de responsabilidad y visión del sistema internacional que tenga el operador del Derecho. En el caso que nos compete, el Tribunal hubiera podido no fijarse en otras normas internacionales (derecho europeo y sus reglas internas), pero lo hizo, tal vez porque su presidenta fue también presidenta de la Corte Internacional de Justicia.

4. Derecho Internacional Ambiental

En un primer acercamiento al Derecho Ambiental, el Tribunal define el término «ambiente» como un concepto amplio que incluye aire, tierra, agua, flora y fauna, ecosistemas y sitios naturales, salud y seguridad humanas, y el clima. Los principios que recoge este término, sin importar si se trata de «normas», «principios» o *soft-law*, hacen referencia a su conservación, administración, nociones de prevención y de desarrollo sostenible, y a su protección para las generaciones futuras.⁴⁷

⁴⁷ Párrafo 58.

El Tribunal reconoce que el principio de prevenir, o por lo menos mitigar, daños significativos al ambiente es en la actualidad un Principio General de Derecho. Este principio no solo se aplica a las actividades autónomas que pueda realizar un Estado, pero también a aquellas que surjan en la implementación de tratados entre sus partes.

El Tribunal afirma que el derecho ambiental y el derecho sobre el desarrollo son conceptos integrales que se refuerzan mutuamente y no deben ser entendidos como alternativos, por lo que no sería viable priorizar uno sobre el otro. En este sentido, si el desarrollo pudiera generar un daño considerable, este deberá prevenirse o por lo menos mitigarse. Este balance sería inherente al concepto de desarrollo sostenible.⁴⁸

5. Consideraciones finales

Entre las múltiples materias jurídicas analizadas por el laudo, que culminan en aportes al derecho internacional (reglas de interpretación, derecho internacional ambiental, entre otras), queremos destacar su aporte a la cohesión del derecho internacional.

La sola posibilidad de que un tribunal en la solución de un diferendo pueda tratar materias que las partes del mismo se habían comprometido en no someter ante él, en virtud de otro acuerdo, es muestra clara de la fragmentación internacional. Para algunos, esta es una muestra más de la fragilidad del derecho internacional. Desde nuestro punto de vista, esto no es más que un carácter de este ordenamiento jurídico. Recordemos que los sistemas jurídicos son el reflejo de las necesidades de su sociedad, no de lo que los idealistas queramos de ellos.

En este sentido, la sociedad internacional parece no haber renunciado a su «anarquía». Los Estados de un subsistema como el de la Comunidad Europea, creado buscando un nivel de cohesión mayor, pueden recurrir a otros mecanismos de solución de diferencias fuera de este. Ello es prueba de una descoordinación, sí, pero no de una inexistencia. El derecho internacional no es centralizado, pero existe y es coherente.

Abogamos por criterios de coherencia en el derecho internacional, porque si bien las partes no lo han creado a la imagen de un derecho interno, esto no puede significar que este no exista. Negar su coherencia puede llevar a negar su existencia. Los Estados, principales actores de este ordenamiento, pueden no querer que este derecho —buscando mantener sus prerrogativas— sea tan fuerte como un ordenamiento

⁴⁸ «[t]his need to reconcile economic development with protection on the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development» En Caso Gabcikovo-Nagymaros, Hungría/Eslovaquia, sentencia del 25 de setiembre de 1997, párrafo 140, citado en el párrafo 59. La Sentencia de la Corte ha sido comentada por CASANOVAS, Oriol y Angel RODRIGO. *Casos y textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2005.

interno, pero este motivo no es lo suficientemente poderoso para destruir el principio del mismo, la existencia de este conjunto de normas aunque débiles.

En este sentido es necesario que existan normas mínimas que permitan su subsistencia y articulación (por ejemplo, normas generales sobre tratados y su interpretación, recordemos que la mayoría de subsistemas se basan en acuerdos internacionales). Estas normas pueden ir acompañadas por políticas de los operadores del derecho internacional. El uso de ambas se aprecia en el laudo arbitral; por un lado la decisión de aplicar la interpretación sistémica, por otro, el velar por que las partes no contradigan obligaciones internacionales que mantienen con otros Estados.

Mientras los sujetos de derecho internacional deciden reformar o no el derecho que los rige, es alentador que los operadores del mismo tengan una aproximación coherente.