

SOBERANÍA, COOPERACIÓN Y SOLIDARIDAD: DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO INTERNO EN COLOMBIA

Carlos Salgar y Eric Tremolada
Universidad Externado de Colombia

Resumen

Este ensayo examina la coexistencia entre el derecho internacional y el derecho nacional y la forma de integrar el primero al segundo en aproximaciones teóricas, para luego analizar la complejidad del tratamiento específico en algunos casos concretos y sus consecuencias. El análisis, que transita por la composición del derecho internacional, resalta los tres ámbitos de relaciones que, a su vez, guardan correspondencia con las tres estructuras normativas que componen la unidad formal del ordenamiento internacional, relacionándolo con las formas de crear y ejecutar obligaciones internacionales. Lo anterior permite aproximar el debate al estudio de algunos casos de la historia reciente de Colombia.

Palabras clave

Derecho interno y derecho internacional; composición, estructuras normativas y unidad formal del ordenamiento internacional; formación y ejecución de obligaciones internacionales.

Abstract

This paper examines the coexistence between international and national laws and how to integrate both of them in theoretical approaches as well as analyzing the complexity of its treatment in specific cases and their consequences. The analysis goes through the composition of international law, highlighting three areas of relationships which, in turn, kept correspondence with the three regulatory structures that make up the formal unity of the international order, relating with the ways of creating and implementing international



obligations. This allows us to bring the debate to a study by circumstantial cases of the recent history of Colombia.

Keywords

Domestic law; international law; Composition, regulatory structures and formal unity of the international order; creation and implementation of international obligations.



Introducción

La promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 ha tenido implicaciones en el campo del derecho internacional y su relación con el derecho interno en el país, en cuanto que estableció diferentes modalidades para integrar en su ordenamiento las normas provenientes del derecho internacional, algunas de las cuales, como en el caso de los derechos humanos, se incorporan al nivel de la Constitución.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional creada como garante del Estado Social de Derecho ha sido intérprete y impulsora de las discusiones en torno al tema, particularmente al abordar el tema del *bloqueo de constitucionalidad* que, como se ha interpretado en diferentes sentencias emitidas por esa Corporación, “*se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución*”.¹

Si bien es cierto que los casos que en Colombia con más frecuencia se mencionan en el debate entre derecho internacional y derecho interno son los referentes a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en torno al conflicto interno colombiano, no es menos cierto que las complejidades de la realidad nacional tienen la tendencia a reflejarse en otros aspectos fundamentales de las relaciones exteriores del país.

Desde esa perspectiva para instituciones públicas como el Ministerio de Relaciones Exteriores, la comprensión y proyección del tema se ha convertido en un tema de reflexión y proyección institucional. A su llegada al gobierno en el año 2010, la Canciller María Ángela Holguín

1. Sentencias de la Corte Constitucional C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Textos citados en M. Arango Olaya “El Bloqueo de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Precedente*, Universidad ICESI, Cali, 2004, disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloqueo.pdf>



y la directora de la Academia Diplomática de San Carlos, María Teresa Aya, impulsaron la creación del Centro de Pensamiento Estratégico como respuesta a la necesidad de discernir permanentemente sobre los diferentes tópicos de la política exterior, las relaciones exteriores del país y su inserción en el sistema internacional.

Así, con el apoyo financiero de la Corporación Andina de Fomento (CAF), a mediados del año 2012 el Centro de Pensamiento Estratégico solicitó a los autores de este artículo un documento destinado a la revisión teórico-práctica de la fusión del derecho internacional a la normatividad interna del país, el cual fue entregado en el mes de agosto al Ministerio de Relaciones Exteriores como resultado de la consultoría. Ese documento se constituye hoy en la base esencial de este artículo.

En la dimensión general y amplia del derecho y el Estado, la irrupción de nuevos actores en el sistema internacional también ha obligado a una revisión de los sujetos del derecho internacional, en tanto que los Estados han perdido su papel protagónico y único del pasado. La cesión de poderes soberanos a organismos supranacionales establece una nueva interrelación en la cual el derecho internacional asume la posibilidad de regular materias que antes parecían estar ligadas estrictamente al derecho interno. La lucha contra los actores no deseables del sistema internacional –como el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas, o de personas que son en su esencia delincuencia común y por lo tanto del ámbito del derecho penal nacional–, cobra mayor eficacia en tanto que exista no solo la voluntad de combatirlos internacionalmente, sino la normatividad para enfrentarlos.

Ya lo anunciaba Kelsen: «No existe ninguna materia que, por su sola naturaleza, caiga en forma exclusiva dentro de la jurisdicción doméstica del Estado, materias que por su sola naturaleza no pudieran ser reguladas por una norma general o especial de derecho internacional. El derecho internacional puede regular todas las materias, incluso aquellas que normalmente son reguladas por el derecho nacional solamente y consideradas, por lo tanto, como materias “domésticas”; por ejemplo, cuestiones constitucionales tales como la forma de gobierno, la adquisición y pérdida de la nacionalidad, problemas laborales, todos los campos de las políticas sociales, los problemas religiosos, cuestiones de inmigración y aranceles, problemas de derecho penal y de procedimiento penal, problemas de derecho civil y de procedimiento civil».²

2. *Principles of International Law*, (2nd. ed. by R. Tucker), New York, 1966. Citado por X. Fuentes Torrijo, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”. En http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf



Pero también es cierto que la interrelación de los actores, como consecuencia de los fenómenos de globalización y mundialización, permite afirmar que “la característica de la sociedad internacional actual es la ausencia de un poder político centralizado, rasgo que la diferencia de las sociedades nacionales, aunque este papel trate de ser asumido por la grandes potencias”.³ El poder, entonces, juega un papel fundamental a la hora de establecer la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, de tal forma que cada vez aparecen más situaciones en las que actores que son sujetos del derecho internacional público se apartan de la normatividad internacional y basados bien en su derecho interno, o bien en la satisfacción de sus intereses nacionales superiores en los que se sustenta su poder, toman decisiones que pueden ir en detrimento o bien de sus propios ciudadanos o bien de otros Estados, que están en principio amparados, unos y otros, por el derecho internacional.

Así, la discusión pasa por el descubrimiento tardío en el país de la desigualdad que surge en el tratamiento de los temas entre dos Estados, dependiendo de que los dos estén o no vinculados jurídicamente a normas internacionales que los obliguen mutuamente a su cumplimiento. Entonces surge, en ciertos estamentos, la percepción que esta desigualdad de los Estados frente a la normatividad internacional más que generar condiciones ventajosas para los signatarios, eventualmente se convierte en mecanismo de presión que penden sobre Colombia como la espada de Damocles (y en este caso en forma casi literal a la del relato original de poeta Horacio). Así, los tratados –principalmente de carácter multilateral– firmados en aras de obtener una situación de igualdad ante la comunidad internacional, suelen dejar en situación precaria a los signatarios frente a los Estados que o bien se abstuvieron de aprobar en cualquier estadio la normatividad y por lo tanto el *derecho* no les es aplicable, o bien frente a quienes establecieron reservas que los eximen de la obligación de cumplir parcialmente la Ley internacional que otros sí deben respetar y cumplir en su totalidad.

Esa permanente dualidad y controversia por lo general termina afectando la paz y la convivencia, no solo de los ciudadanos al interior de los países, sino en las relaciones entre los estados. La filosofía kantiana ofrece innumerables reflexiones que, 200 años después de la publicación de *La Paz Perpetua*, aún mantienen su vigencia:

3. J. A. Sotillo. *Actor Internacional*. Universidad Complutense de Madrid. En www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/A/actorinternacional.pdf



“...si es un deber, y al mismo tiempo una esperanza, el que contribuyamos todos a realizar un estado de derecho público universal, aunque solo sea en aproximación progresiva, la idea de la ‘paz perpetua’, que se deduce de los hasta hoy falsamente llamados tratados de paz –en realidad, armisticios–, no es una fantasía vana, sino un problema que hay que ir resolviendo poco a poco, acercándonos con la mayor rapidez al fin apetecido, ya que el movimiento del progreso ha de ser, en el futuro, más rápido y eficaz que en el pasado”.⁴

El tema en Colombia asume particular importancia en la medida que, no solamente el gobierno del Presidente Santos ha modificado la agenda para insertar de manera amplia al país en el contexto internacional, sino que al mismo tiempo se ha iniciado –una vez más– un proceso que busca poner fin al conflicto interno que por más de sesenta años ha afectado a Colombia y que por su naturaleza, circunstancias, actores y escenarios implica atravesar los linderos del derecho internacional.

En el presente documento se busca examinar la coexistencia entre el derecho internacional y el derecho nacional y la forma de integrar el primero al segundo en aproximaciones teóricas, para luego analizar la complejidad del tratamiento específico en algunos casos concretos y sus consecuencias.

1. El Derecho Internacional Público

El derecho internacional regula la coexistencia de relaciones entre estados soberanos independientemente de su nivel de poder y desarrollo económico; reglamenta la mutua cooperación y protege ciertos intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Esta definición tomada de un curso de Derecho Internacional Público español,⁵ resalta los tres ámbitos de relaciones que, a su vez, guardan correspondencia con las tres estructuras normativas que componen la unidad formal del ordenamiento internacional, esto es: soberanía, cooperación y solidaridad. Teniendo en cuenta que le compete a los Estados la responsabilidad de crear y asegurar la ejecución del derecho internacional, no resulta extraño que este sujeto primario se encuentre en las tres estructuras normativas ocupando un rol preeminente en la comunidad internacional.

4. L. Villa Borda, *La paz en la doctrina del derecho de Kant*, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26.

5. J.D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de derecho internacional público*, 2ª.ed., Madrid: 2002, pp. 82-87.



En la primera estructura normativa, el Estado actúa libremente con fundamento en la soberanía en todo lo que no hay un consenso común. De ahí que el peso del poder político y económico de unos favorezca más la satisfacción del interés propio, lo que resulta en que las obligaciones territoriales, los reconocimientos de Estados, gobiernos y beligerantes, entre otros, se dan en esta estructura.

Por el contrario, en los otros dos andamiajes normativos hay una evidente interdependencia, donde la cooperación presupone la existencia de problemáticas y necesidades comunes, que usualmente se abordan a través de organizaciones interestatales. Por otra parte, la protección de ciertos intereses esenciales limita, en razón de la solidaridad, la actuación del Estado que deberá velar responsablemente por los derechos y libertades fundamentales de la persona, respetar el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos y velar por el medio ambiente humano.

Así, el ordenamiento internacional es un todo, compuesto por tres estructuras normativas, que corresponde a los ámbitos de relaciones y que se nutre por sus distintas formas de creación del derecho, donde el Estado actúa con ventaja de ser el que crea y asegura la ejecución de obligaciones.

Es corolario lógico afirmar que Colombia, como Estado, participa y está obligado por el ordenamiento internacional e incorpora en su ordenamiento el derecho internacional sin distinguir claramente en que ámbito de relaciones se origina y con cual estructura normativa se corresponde. Esta situación se refleja claramente en la Constitución Política, dado que la preocupación del Constituyente del 91 se centró en los procedimientos de recepción del derecho internacional según su forma de creación (consuetudinaria o convencional) y en algunos casos también por su contenido (derecho internacional humanitario).

1.1. LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS

La formación de normas consuetudinarias no se concreta en un acto específico, toda vez que la costumbre surge de una práctica general, constante y uniforme de los Estados, acompañada de la convicción de obrar conforme a derecho. Por tanto, la integración o recepción de estas normas, debido a su naturaleza, no necesitarían acto formal y específico de incorporación al ordenamiento interno. El citado González, recuerda que existe un postulado general que admite que el derecho internacional general, de carácter consuetudinario,



pasa a formar parte del derecho interno desde el momento mismo de su formación y, por consiguiente, es aplicable por el juez nacional.⁶

En el caso colombiano, la Corte Constitucional recoge este postulado, al integrar el derecho internacional humanitario a la Constitución por la vía de las normas internacionales consuetudinarias y por la propia Constitución y así lo dejó claro la Corte Constitucional:

El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. (...) Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario... La obligatoriedad del derecho internacional humanitario se impone a todas las partes que participen en un conflicto armado, y no solo a las Fuerzas Armadas de aquellos Estados que hayan ratificado los respectivos tratados. No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. (...) En Colombia no solo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*. (...) El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.⁷

6. González Campos y otros, *Curso de derecho internacional público*, op. cit, pp. 273-275.

7. Corte Constitucional. Sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995.



Y es importante resaltar el concepto de la corporación en torno al denominado bloque de constitucionalidad, que se mencionó en las sentencias ya referidas y sobre el cual ha dicho que

las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con el (sic) un conjunto normativo de igual rango. El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.⁸

Así, el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de garantizar la aplicación material de tales valores.

Todo lo anterior significa, que las reglas del derecho internacional humanitario, hoy, por voluntad expresa del constituyente que integra las normas internacionales consuetudinarias, son “normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son ‘en todo caso’ como lo señala significativamente la propia Carta”.⁹

1.2. LAS NORMAS CONVENCIONALES

Pero en una comunidad internacional cada vez más interdependiente, la fórmula más frecuente para la creación de obligaciones es mediante tratados internacionales que implican la posibilidad de establecer derechos y deberes respecto de los particulares. De allí que los ordenamientos internos se ocupen expresamente de la recepción de estas normas a través de diversas técnicas que giran en dos extremos: un régimen de recepción automática, procedimiento que permite la simple publicación del texto del acuerdo internacional, como si se tratara de una norma interna; y el régimen de recepción especial, técnica que necesita un acción legislativa expresa para la incorporación del

8. Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003.

9. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.



tratado en el orden interno.¹⁰ Colombia, a diferencia de muchos países de América y Europa Occidental, como la mayoría de los andinos, Gran Bretaña y algunos otros de la Commonwealth, adoptaron un régimen de recepción especial, haciendo depender la eficacia interna de los tratados celebrados de su transformación en ley.

Constitución Política, artículo 150.

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”.

Artículo 241.

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad”.

“Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

Conviene resaltar que la ley aprobatoria de los tratados, si bien cumple con una función de carácter interno, es decir, darle un fundamento a los tratados internacionales que se pretenden hacer valer, deja incólumes los tratados en el ámbito internacional en el sentido que no están condicionados a que exista o no un pronunciamiento, bien jurisdiccional o bien legislativo respecto de los mismos, y así lo ha señalado la Corte Constitucional.¹¹

1.2.1. *Los tratados antes de la Constitución del 91*

La decisión sobre la constitucionalidad de los tratados por parte de la Corte Constitucional, no cabe para los tratados perfeccionados antes de la promulgación de la Constitución de 1991, toda vez que su competencia no nace de la decisión del constituyente de dicho año. ¿Cómo podría aplicarse cuando la manifestación del consentimiento

10. Véase: A. Remiro Brotons y otros. *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw-Hill, pp. 356-357.

11. Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1993.



estatal ha sido anterior a la instancia de la revisión constitucional?
La misma Corte contesta:

“Se entiende que se pierda la capacidad de juzgamiento interno de los tratados ya perfeccionados, como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados”.¹²

El requisito procesal de revisión del contenido de los tratados no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados.

Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan solo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante.¹³

1.2.2. Actos con Organizaciones Internacionales

No deja de ser curioso que el constituyente del 91, que construyó una Constitución que privilegia la integración entre las naciones desde su preámbulo, no menciona los actos de las organizaciones internacionales como mecanismos de creación del derecho internacional ni hace alusión a su incorporación automática. Sin embargo, una nutrida práctica jurisprudencial suple la ausencia de derecho positivo, lo que es consecuente con la participación del país en distintas organizaciones internacionales en cuyo texto constitutivo se atribuye la facultad de adoptar actos de contenido obligatorio que pueden afectar en el ordenamiento interno a los

12. Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 1993.

13. Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1993.



derechos y obligaciones de los particulares. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

La evolución del Derecho Internacional ha dado lugar a la aparición del llamado Derecho Comunitario, fruto del traslado de competencias normativas específicas de los países suscriptores de un convenio o acuerdo, a los órganos supranacionales creados en el mismo. Este traslado de competencias, al ser ejercidas, da lugar a un conjunto de regulaciones que constituyen propiamente la materia del derecho comunitario, respecto de las cuales se predica la preeminencia y la aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro. En virtud de lo anterior, no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y solo es posible ejercerla cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella.¹⁴

Así, el derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias de los países miembros al organismo supranacional, y que incluye las subsecuentes regulaciones que puedan ser expedidas por las autoridades comunitarias (apoyadas justamente en las competencias y atribuciones que le fueron transferidas) ofrece, como ya ser mencionó previamente, la doble característica de un sistema preeminente. Es decir, de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro, y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión.

La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica.¹⁵

14. Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 1998.

15. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 1995.



1.3. EJECUCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Ahora bien, las normas internacionales, sean de carácter no escrito, como las consuetudinarias, o escritas, como las convencionales o actos de organizaciones interestatales, pueden contener obligaciones de alcance general que afectan las relaciones Estado a Estado, o bien pueden regular directamente derechos y obligaciones concretos para los particulares. A su vez y respecto de su ejecución, pueden ser directamente aplicables en el orden interno o por el contrario, necesitarán forzosamente la adopción de actos normativos internos, de ahí la necesidad de examinar las disposiciones que tiene previstos en este sentido el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3.1. Obligaciones de carácter general

Como ya se había señalado, el derecho internacional general consuetudinario, desde el momento de su creación, pasa a formar parte del derecho interno sin necesidad de actos específicos de incorporación y, por consiguiente, es aplicable por el juez nacional. Sin embargo, esta práctica por generalizada que sea, dependerá en últimas de lo dispuesto a propósito en cada derecho estatal, es decir, de las previsiones particulares en materia de recepción y jerarquía.

En el caso colombiano, la autosuficiencia y la naturaleza autoejecutiva de estas normas está establecida en los artículos 9° y 93° de la Constitución Política de 1991, y los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial los contenidos en las sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-067 de 2003, no dejan duda al respecto: las obligaciones de carácter general son directamente aplicables en el ordenamiento interno sin necesidad de ningún acto ad-hoc.

1.3.2. Derechos y obligaciones sobre los particulares

Al desarrollar las permanentes relaciones de los ordenamientos internacional e interno, estamos evitando caer en el innecesario debate entre el monismo y dualismo que aún persiste en la doctrina. No obstante, dentro de las teorías conciliadoras de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, nos vamos a referir a la de Dahm, quien señaló que el derecho internacional es obligatorio para los Estados, aunque en principio llega a los individuos únicamente por medio del derecho estatal, es decir, exige que se cumpla en el



derecho interno pero no dice cómo ha de hacerlo, dejando la elección de la técnica al derecho nacional.¹⁶

La citada tesis, por un lado, ayuda a corroborar el reconocimiento pleno y la constatación de diferentes ordenamientos con validez jurídica solo para los sujetos de ese orden jurídico y, por el otro, permite analizar qué sucede cuando las partes en la convención crean derechos y obligaciones sobre los particulares de forma precisa e incondicional.

Al respecto, el Tribunal Permanente Internacional de Justicia, en su opinión consultiva del 4 de febrero de 1932 en el asunto relativo al tratamiento de los empleados ferroviarios de Dantzig que habían pasado en esta calidad migratoria a Polonia en virtud de un tratado, precisó que

un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor,” toda vez, que “el acuerdo estaba destinado a regir entre los empleados ferroviarios y Polonia.¹⁷

Es decir, el convenio reconoció derechos a favor de los particulares en forma precisa e incondicional y por tanto no se requerían medidas normativas de desarrollo, o normas directamente aplicables o que necesitaran de adopción por actos internos

Una vez incorporadas a los ordenamientos estatales, las normas y las obligaciones internacionales de origen convencional gozarán de aplicación inmediata por los órganos administrativos y judiciales, siempre que no necesiten alguna medida de desarrollo. Estas normas directamente aplicables en el orden interno por contener mandatos que reconocen derechos precisos e incondicionales a favor de los particulares y que son susceptibles de ser ejecutadas por las autoridades estatales, sin necesidad de medida legislativa o reglamentaria de desarrollo, es lo que se conoce en la doctrina como normas *self-executing*.¹⁸

De otra parte, las normas y obligaciones internacionales que imponen un resultado o que contienen derechos imprecisos y condicionales a favor de los particulares, necesitarán adopción de actos normativos internos.

Estas normas conocidas como actos *non self executing* abundan en la práctica, sea porque solo pueden satisfacerse mediante un hacer legislativo y reglamentario, como en el caso de tratados que definen tipos penales, o porque no concretan los requisitos exigibles y/o el

16. G. Dahm, “Völkerrecht”, citado por A. Truyol y Serra. *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 114.

17. Tribunal Permanente Internacional de Justicia, T.P.I.J. Serie A/B, N° 44, p. 24.

18. Véase: A. Remiro Brotons, Antonio y otros. Op. cit., p. 364 y J. D. González Campos y otro. Op. cit., p. 289.



procedimiento por seguir para el disfrute de los derechos que contemplan a favor de los particulares, como sucede con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.¹⁹

En Colombia, como en muchos otros países, la dificultad radica en que la apreciación de la aplicabilidad directa queda en manos de los órganos administrativos o judiciales que no siempre están al tanto de que esta condición proviene, según la técnica de recepción del propio tratado (automática) o de la ley aprobatoria del mismo (especial).

El régimen de recepción especial colombiano implica, para la validez de los tratados, la necesaria aprobación del Congreso a través de una ley, la cual queda sujeta al control de exequibilidad de la Corte Constitucional.²⁰

Así, una vez incorporada la norma u obligación internacional en el ordenamiento colombiano mediante una ley, será *self-executing* siempre que no necesite medida adicional de desarrollo en tanto que ya reconoce derechos precisos e incondicionales de los particulares, de lo contrario, será *non self executing*.

Sin embargo, en el caso en que las normas y las obligaciones sean actos de organizaciones interestatales, no existe en el ordenamiento colombiano técnica expresa de incorporación, pese a la vocación integracionista de su Constitución. Pero este vacío de positivismo jurídico, tal como se anunció líneas arriba, ha sido suplido por una nutrida práctica jurisprudencial, señalando que la respuesta viene dada por el propio tratado constitutivo que concede la facultad de adoptar actos de contenido obligatorio de aplicación inmediata

El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario, no es posible oponerle determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión...²¹

19. A. Remiro Brotons y otros. Op. cit., p. 365.

20. Constitución Política de Colombia, numerales 16 del artículo 150° y 10 del artículo 241°.

21. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 1995.



Ahora bien, el vacío de derecho positivo que llena la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de aplicación directa de actos de organizaciones internacionales, se soporta en los tratados constitutivos de las organizaciones interestatales.

Así, en principio, toda decisión de los órganos decisorios será directamente aplicable, salvo que su texto disponga que se requiera de un acto expreso de incorporación al derecho interno, supuesto en el que estaríamos frente a obligaciones *non self-executing*.

2. Casos coyunturales

El marco teórico anteriormente presentado permite construir el análisis de situaciones específicas relevantes para Colombia en cuanto que bien por la forma como se han incorporado las obligaciones y normas del derecho internacional a la normatividad interna, o bien por la forma de su ejecución en cuanto a las obligaciones que genera, implican un reto actual o potencial para el país.

Desde los muy complejos casos de los procesos ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cuyas sentencias implica la discusión jurídica para su incorporación al derecho interno, hasta la de casos relativamente más simples como la toma de posición en foros internacionales por el caso del asilo concedido por Ecuador a Julián Assange y las réplicas británicas; o, las que se circunscriben a un hecho eminentemente técnico, como la ubicación de los puestos migratorios en las nuevas instalaciones del Aeropuerto Eldorado en Bogotá y su contradicción con las normas de la Organización de Aviación Civil, OACI. Lo cierto es que aún por fuera de los ambientes académicos y jurídicos la realidad plantea una permanente presencia del tema en los asuntos nacionales.

Dentro de ellos, el tema de la soberanía sobresale por la sensibilidad que implica en los sentimientos nacionalistas de un país sometido a décadas de un conflicto interno que lo ha llevado por momentos a actuar en solitario y por fuera de las normas internacionales. Aunque no sea un tema que esté presente en el conocimiento de un país con ausencia de perspectiva histórica, lo cierto es que las diferencias territoriales con Venezuela, con Ecuador, con Brasil; la guerra con el Perú de 1932 y la sensación de despojo de Panamá con la ayuda de los Estados Unidos han generado un imaginario colectivo de pérdidas territoriales, de traiciones internas y externas, de desconfianza a instituciones y actores internacionales, que no siempre corresponden a la realidad.



De otro lado, el contexto de la cooperación, como término genérico, por vía del abuso en su uso, fue siendo asimilado durante la época más dura de la guerra contra el narcotráfico como una obligación de la comunidad internacional a contribuir en la solución del problema interno. Esa visión *parroquialista*²² de las relaciones internacionales concibe, entonces, la cooperación como un mecanismo de las relaciones exteriores que le permite a Colombia recibir ayudas sin mayores contraprestaciones, o, aún más, sin ninguna obligación de retribuir cooperativamente. Es claro, no obstante, que esa posición se ha venido modificando lentamente durante el último lustro, pero, como se verá en el caso de la OACI, aún el país está lejano de aceptar su papel en la corresponsabilidad cooperativa en el marco de las instituciones internacionales.

En ese mismo orden de ideas se sitúa el concepto de la solidaridad, que también se ha tendido a entenderlo internamente como una obligación unidireccional de las instituciones internacionales hacia Colombia. Así, con frecuencia los términos cooperación y solidaridad tienden a ser confundidos en uno solo y únicamente en beneficio de los intereses del país.

Estas tres unidades formales del ordenamiento internacional se ven reflejadas en los casos seleccionados para un análisis, que no pretende ser exhaustivo, pues cada uno de ellos obligaría a profundos estudios individuales de otro tipo. En este caso se buscará establecer la discusión, la complejidad y las amenazas que se crean, teniendo en cuenta que, como se dijo al inicio, siempre le compete al Estado la responsabilidad de crear y asegurar la ejecución del derecho internacional.

2.1. LA SOBERANÍA EN EL CARIBE OCCIDENTAL

Aún desde antes de que la Corte Internacional de Justicia dictara el 19 de noviembre de 2012 su sentencia de fondo en la demanda interpuesta por Nicaragua contra Colombia ya existía en los foros internos del país la discusión sobre la forma y oportunidad de incorporar la decisión judicial al marco constitucional y legal del país. Al respecto aparecían (y se mantienen) dos posiciones antagónicas e irreconciliables: la de quienes sostienen que una sentencia judicial emitida por la

22. El término parroquialista aplicado a la percepción ciudadana de las políticas públicas y su relación con la política exterior, fue utilizada por primera vez por el canciller Carlos Lemos Simmonds durante el gobierno del Presidente Julio César Turbay Ayala y ha sido retraída en los últimos tiempos en diversos textos de Leonardo Carvajal.



Corte Internacional de Justicia no puede modificar los límites de Colombia de la manera establecida en el Artículo 101 de la Constitución, y la de quienes sostienen que por la vida de la aceptación anticipada, Colombia se comprometió de antemano a cumplir la sentencia, cualquiera que hubiese sido el sentido de la misma.

De hecho la discusión se comenzó a dar cuando el proceso apenas se iniciaba. Juristas como Jaime Pinzón López, Germán Cavelier y Alberto Lozano Simonelli advirtieron en los libros *La amenaza de Nicaragua* (2002) y posteriormente en *El ataque de Nicaragua a la soberanía de Colombia* (2005) que una sentencia de la Corte que modificara los límites en el Caribe Occidental estaría inmersa en la categoría de una “sentencia inejecutable”. Al respecto Jaime Pinzón López escribió: “...si llegara a producirse cualquier sentencia que implique la modificación de límites, así sea en centímetros, ella sería inejecutable, aún cuando se alegue la supremacía del Derecho Internacional sobre el Nacional...”²³

Sustentó su tesis el exrector de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en que tal sentencia implicaría modificar el artículo 101 de la Constitución Política que establece los límites del país y la forma en que pueden ser modificados

Nuestra constitución solamente puede reformarse por el Congreso, en dos legislaturas, por plebiscito o por decisión de una Asamblea Constitucional, convocada de acuerdo con precisas normas establecidas y elegida mediante el voto popular. No puede reformarse por sentencia de tribunal internacional, y nuestros límites con los Estados vecinos están incluidos en la Carta de manera expresa, con mención precisa de los Tratados, los cuales son susceptibles de cambio únicamente por acuerdo bilateral. Una sentencia de la Corte Internacional de Justicia sería inejecutable...²⁴

Esta posición podría verse sustentada en la sentencia C-1022/99²⁵ de la Corte Constitucional cuando estableció que

...la modificación de fronteras, que implique una cesión de territorio en relación con los límites consolidados existentes al aprobarse la Carta de

23. J. Pinzón López. “Veinticinco años del acto ilícito internacional”, en A. Lozano Simonelli y G. Cavelier, *El Ataque de Nicaragua a la soberanía de Colombia*, 2005, Bogotá, Ediciones Universidad Jorge Tadeo Lozano, p. 621.

24. *Ibidem*, pág. 622.

25. Revisión constitucional del Tratado sobre delimitación marítima entre la República de Colombia y la República de Honduras, firmado en San Andrés el 2 de agosto de 1986 y de la Ley No 539 del 13 de diciembre de 1999, por medio de la cual se aprueba dicho tratado. Magistrado Ponente Alejandro Martínez.



1991, requiere no solo un nuevo tratado internacional, como lo señala el artículo 101 de la Carta, sino que, además, ese tratado debe internamente aprobarse por los procedimientos de reforma constitucional (...) una cesión de territorio colombiano requiere que el correspondiente tratado internacional sea aprobado internamente por los procedimientos de reforma constitucional previstos por la propia Carta.²⁶

Si bien es cierto a la fecha de emitirse la sentencia antes mencionada no se había instaurado aún la demanda de Nicaragua contra Colombia, si existía en Nicaragua la intencionalidad de hacerlo. Por ello, varios de los intervinientes ante la Corte Constitucional hicieron en diferentes apartes mención del tratado Esguerra-Bárceñas y del Meridiano 82 como elementos limítrofes que fueron *constitucionalizados* por la Constituyente del 91. En este sentido y a manera de ejemplo, hace referencia la sentencia a la intervención del entonces Defensor del Pueblo, José Fernando Castro Caycedo, al decir que

...en relación con los aspectos materiales de los asuntos bajo análisis, el interviniente opina que el tratado entre Colombia y Honduras de 1986, está plenamente de acuerdo con la delimitación de las fronteras marítimas que nuestro país realizó con Nicaragua en el tratado Esguerra-Barceñas de 1928.²⁷

Igualmente cita la sentencia la intervención del excanciller Augusto Ramírez en su calidad de signatario del tratado con Honduras, quien manifestó que

...el Artículo 2º del tratado evidencia un ‘escrupuloso cuidado’ para señalar el meridiano 82 como un punto determinante para definir las fronteras, pues coincide perfectamente con los compromisos internacionales de nuestro país, especialmente con el tratado Esguerra-Barceñas, el cual fue dos veces ratificado por Nicaragua.²⁸

Más adelante concluye la sentencia al hacer el análisis del tratado que

Colombia pretende alcanzar varios objetivos que son de evidente importancia constitucional. De un lado, busca definir sus fronteras marítimas, con lo cual estabiliza el territorio colombiano y asegura en mejor forma la soberanía nacional (CP Arts. 9º y 101). De otro lado, previene conflictos

26. Corte Constitucional. Sentencia C-1022/99.

27. *Ibidem*.

28. *Ibidem*.



internacionales y favorece la paz entre las naciones, en la medida en que logra una solución pacífica y equitativa de esta controversia territorial (CP Arts. 9º y 22). Finalmente, de esa manera, este tratado posibilita una mejor explotación de los recursos marítimos en estas zonas, con lo cual estimula el desarrollo económico del país, así como las relaciones de cooperación económica con naciones vecinas, lo cual puede favorecer la integración con países caribeños (CP arts 226 y 227). Además, el anterior examen es suficiente para mostrar que estamos frente a un típico tratado de demarcación de fronteras, y no frente a un convenio de modificación de límites, por lo cual, este instrumento internacional no afecta la soberanía nacional ni la integridad territorial colombiana (CP Arts. 9 y 101)”.²⁹

Pero existe un antecedente jurisprudencial adicional: la misma Corte Constitucional, en 1994, al hacer la revisión oficiosa del tratado sobre delimitación marítima entre Colombia y Jamaica había establecido que

El Gobierno Nacional además ha actuado en armonía con lo dispuesto por el artículo 9o. de la Constitución Política, al conducir la celebración del tratado materia de examen sobre bases de equidad y mutua reciprocidad y al respetar la soberanía nacional sobre la zona insular circunvecina y sus áreas marítimas correspondientes, conformada por el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y los cayos de Roncador y Quitasueño.

Ha reconocido, pues, de manera explícita la soberanía y jurisdicción nacionales que el Estado Colombiano ejerce sobre dicha zona conforme al universal principio del *uti possidetis iuris*, que reclama su pertenencia al territorio patrio, como lo proclama el mismo artículo 101 de la Carta, al declarar que el único medio válido de delimitación territorial lo constituye la celebración de tratados con las naciones vecinas, aprobados por el Congreso y debidamente ratificados por el Presidente de la República.

La delimitación de áreas marinas y submarinas con los Estados vecinos por lo demás, es necesaria como quiera que, de manera consonante con los más recientes desarrollos que en el ámbito internacional ha tenido el Derecho del Mar, el inciso final del ya mencionado artículo 101 de la Constitución Política, en forma explícita las incorpora al dominio territorial del Estado Colombiano, al proclamar que son parte del mismo el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, de conformidad con las normas y postulados del Derecho Internacional.³⁰

29. *Ibíd.* (Subrayado fuera de texto).

30. Corte Constitucional. Sentencia C-045/94.



Así, frente a la sentencia emitida en noviembre de 2012 por la Corte Internacional de Justicia, una buena parte de la opinión del país ha pedido el desconocimiento o desacatamiento de la sentencia, y se ha sugerido como alternativa a la firma de un tratado interpretativo con Nicaragua.

Aporta a la incertidumbre y complejidad del tema, un interesante estudio sobre la “Diferencia entre tratados de ‘delimitación’ fronteriza y tratados de ‘modificación’ de fronteras, y protección constitucional del territorio colombiano” que fue incluido por la Corte Constitucional en una de las sentencias ya referidas, puesto que asume que la única forma de modificar las fronteras es mediante tratado, al decir:

...los tratados que no modifican fronteras sino que precisan límites controvertidos con otros países, no implican una modificación constitucional y pueden ser aprobados por el procedimiento ordinario de incorporación de los convenios al derecho interno. En efecto, en esos casos, en la medida en que las fronteras no eran claras al ser aprobada la Carta de 1991, es obvio que esos límites no están constitucionalizados, por lo cual los órganos políticos –Presidente y Congreso– gozan de una cierta libertad para acordar esas fronteras con las naciones vecinas, en función de lo que mejor conviene al país y con base en el respeto a la soberanía nacional y los principios internacionales reconocidos por nuestro país (CP Art. 9). En este evento, se aplica integralmente el artículo 101 de la Carta, según el cual, los límites del territorio colombiano se encuentran definidos por los correspondientes tratados internacionales.³¹

Pero aún hoy la pregunta que surge de la lectura de los textos anteriores se dirige hacia el cómo hacer que una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso que modificó los límites (que Colombia por vía constitucional había asumido como únicos con Nicaragua) debe ser incorporada al ordenamiento jurídico.

Entonces resulta que no obstante la solidez de los argumentos de la *inejecutabilidad de la sentencia* existe entre los juristas colombianos una tendencia diferente, de cesión previa de la soberanía y que consiste en que Colombia debe incorporar y ejecutar la sentencia toda vez que aceptó previamente la misma al hacerse parte de tratados internacionales y haber actuado en respeto de los mismos (*estoppel*). La base de la misma se encuentra en un documento remitido por el Viceministro de Relaciones Exteriores, Rodrigo Pardo García-Peña, a la Asamblea Nacional Constituyente el 14 de mayo de 1991, para

31. Corte Constitucional. Sentencia C-1022/99.



pronunciarse en nombre del gobierno en torno a la discusión del hoy Artículo 101 de la Constitución que establece, entre otras cosas, la forma de modificar las fronteras y el caso de San Andrés.

(...) el arbitraje significa la resolución de una diferencia entre Estados a través de una decisión jurídica de uno o más árbitros de un tribunal elegido por las partes. Un laudo arbitral es final si el Tratado de arbitraje no estipula lo contrario, y es obligatorio para las Partes solo en el supuesto de que los árbitros hayan podido dar el laudo con plena independencia. (...) no hay nada intrínseco en la naturaleza de los laudos arbitrales que los haga finales fuera de la posibilidad de apelación.

En este punto es donde adquiere importancia la expresión “debidamente reconocidos” que aparece en el proyecto de reforma del Gobierno Nacional, cuando se alude a los mecanismos para fijar los límites de nuestro país. En efecto, dictado un laudo arbitral y si las Partes no presentan objeciones o apelación, están reconociendo su validez y aceptando el sometimiento a la decisión adoptada respecto del arreglo judicial. Conviene recordar el principio general del Derecho Internacional por el cual ningún Estado puede ser obligado a litigar contra su voluntad. Se debe por lo tanto recurrir como base de la jurisdicción al consentimiento de los Estados litigantes, dado generalmente por anticipado, ad hoc o en el momento en que se presenta la controversia.

El principio de que las sentencias de los tribunales de Derecho Internacional son obligatorias para las Partes es norma aceptada del Derecho Internacional.

A este respecto el artículo 94 de la Carta de las Naciones establece que cada miembro de dicha organización se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.

No obstante podría presentarse el caso de negación a respetar una decisión jurídica alegando exceso de jurisdicción o pedirse una revisión del fallo por causas contempladas en el propio Tratado que crea el tribunal o corte. De no presentarse ningún reclamo contra la sentencia es claro que las Partes las reconocen y acatan.³²

En este sentido la explicación del Viceministro Pardo dejó establecida la otra visión del problema. Por la vía de la Carta de las Naciones Unidas y del Pacto de Bogotá de 1948 (que fue el tratado por el cual la Corte Internacional de Justicia se declaró competente), el país está obligado a cumplir con las decisiones adoptadas por la Corte Internacional

32. La Carta dirigida por el viceministro Pardo al constituyente Jaime Castro ha sido difundida ampliamente y reposa tanto en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como en los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores.



de Justicia. Adicionalmente, desde 2001 Colombia aceptó el procedimiento ante la Corte y realizó todas las actuaciones que implican, por conducta concluyente del Estado, la aceptación de todas las fases del proceso incluida, por supuesto, la sentencia.

De tal manera que pasados varios meses desde que por unanimidad la Corte Internacional de Justicia profirió su fallo, la pregunta fundamental en Colombia continúe siendo ¿cómo incorporar al ordenamiento por mecanismo diferente a un Tratado Internacional una modificación a los límites existente, tal y como fueron constitucionalizados en 1991, toda vez que Colombia en todo caso está obligada a aceptar los fallos de la Corte Internacional de Justicia?

2.2. CASO DE DAÑO POR FUMIGACIONES

Dentro del ámbito de relacionamiento solidario que protege ciertos intereses esenciales de la comunidad internacional, existe una responsabilidad por riesgo o responsabilidad absoluta que no admite excepciones, con el propósito de reparar perjuicios causados por un hecho no prohibido por el derecho internacional.

Así podría interpretarse contextualmente la base de la demanda presentada por Ecuador contra Colombia el 31 de marzo de 2008, denominada por la Corte Internacional de Justicia *Aspersión aérea de Herbicidas (Ecuador vs. Colombia)*.

Este caso tiene como marco adicional las propuestas derivadas de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas realizadas dentro de un proceso de codificación que no culminó en una conferencia intergubernamental, pero que si aprobó, en segunda lectura, el proyecto de artículos sobre prevención sobre el daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas que recoge el derecho internacional general.³³ El proyecto aplica para los daños causados a personas, bienes o medio ambiente, siempre que este sea físico (material, tangible), sensible (de gran envergadura) y transfronterizo (desde el territorio del Estado que lo genera con efectos en otro estado).

De conformidad con las normas de responsabilidad civil que recoge el proyecto, la responsabilidad por ocasionar daño transfronterizo corresponde al operador y subsidiariamente al Estado,³⁴

33. Proyecto de artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo resultante de Actividades Peligrosas, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10).

34. Ortiz Loretta, Responsabilidad por daños transfronterizos, *Jurídica* N° 29, Universidad Iberoamericana, 21 de febrero de 2000, México, p. 379.



de ahí la necesidad de que los Estados, de manera solidaria, tomen medidas que minimicen los impactos de la actividad riesgosa. Cuando una actividad riesgosa y lícita daña el medio ambiente, las personas o los bienes, las consecuencias frecuentemente están condicionadas de manera convencional, esto es lo que sucede con las actividades espaciales, nucleares, aeronáuticas y el transporte de hidrocarburos entre otros, que han necesitado cooperación entre actores.

Así, todo Estado debe prever el impacto ambiental, tener planes de contingencia e información al público y mecanismos oportunos de notificar la emergencia.

Si bien estamos frente a un proyecto insuficiente en cuanto a que solo prevé daños ambientales de Estado a Estado, queda claro que si un país no regula sus actividades peligrosas, minimizando y previendo los impactos, o no coopera con otros sujetos, o no tiene planes de contingencia, o no cuenta con mecanismos de información y notificación, respondería ya no como consecuencia de una actividad peligrosa y lícita, sino por omisión de obligaciones de derecho internacional general que buscaban prevenir el daño transfronterizo, en otras palabras por un ilícito internacional.

Esta delgada línea que divide el marco dual que existe en materia de responsabilidad internacional, es un debate capital para el caso que enfrenta a Colombia con Ecuador donde en todo caso, y, claro, siempre que Ecuador demuestre el daño transfronterizo, tendríamos que responder, sea porque falló la prevención (responsabilidad absoluta que no admite excepciones) o, en el peor escenario, porque omitimos las obligaciones para minimizar los riesgos. En este último supuesto caben todas las formas de reparación (restitución, indemnización y satisfacción).

En otras palabras, la discusión para el asunto que se ventila en la Corte Internacional y para los mecanismos futuros de erradicación de cultivos ilícitos no debe recaer exclusivamente en las características del herbicida utilizado (glifosfato u otro), sino en lo que se hizo, se haga o se deje de hacer para prevenir la actividad lícita y peligrosa de fumigar cultivos cerca a las fronteras.

En todo caso en la controversia con Ecuador y dado que no se presentaron excepciones preliminares, es altamente recomendable una solución directa y negociada que no espere a ser resuelta por la vía jurisdiccional, teniendo en cuenta que podría establecer un precedente muy difícil de superar.



2.3. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS OACI

Cuando se habla del relacionamiento en el ámbito cooperativo, los países vienen sustentando un cuerpo normativo en diversas materias que, como en el caso de la Aviación Civil Internacional, implican una respuesta rápida y análoga a las buenas prácticas y que responden fundamentalmente a las necesidades de facilitación y seguridad que las operaciones aéreas demandan. Para el efecto, la Convención de Chicago de 1944 al crear la Comisión de Aeronavegación estableció la obligatoriedad de modificar los anexos para responder a las necesidades de cambio en la industria de la aviación. Así, los anexos emitidos en consonancia con el artículo 57 y las normas sobre vigencia consagradas en el último capítulo del Convenio, son obligatorios para todas las partes (Colombia mediante Ley 12 del 23 de Octubre de 1947, se adhirió al Convenio).

Dentro de esta estructura normativa internacional Colombia tiene retos y obligaciones importantes, toda vez se encuentra ajustando su infraestructura aeroportuaria a los estándares internacionales a los cuales está obligado por los anexos.

En este sentido es de revisar el caso del Aeropuerto Eldorado, que desde 2012 tiene invertido el orden que garantiza las zonas seguras en el proceso de emigración, en contravención a las disposiciones OACI, y hasta donde ha trascendido, tal irregularidad se ha mantenido en la nueva terminal.

Prácticamente todos los aeropuertos del mundo siguiendo las obligaciones y recomendaciones del convenio sobre Aviación Civil Internacional, particularmente el Anexo 9 (sobre facilitación) y el Anexo 17 sobre seguridad (contra actos de interferencia ilícita) disponen el siguiente orden para el control y manejo de los flujos de pasajeros dentro de las terminales aéreas: “(...) 1) utilización de medidas de seguridad aeronáutica, 2) integridad fronteriza, 3) control de estupefacientes y 4) control de inmigración”.³⁵

Desde hace ya varios meses y en lo que se entendía como una medida provisional para agilizar las salidas de pasajeros por las inconveniencias surgidas, no solo de la limitada infraestructura que existía sino por las obras del nuevo aeropuerto, se modificó totalmente el orden establecido para colocar primero los filtros migratorios y luego los temas de seguridad. Lo anterior no solo incumple la obligación de asegurar “la infraestructura que son necesarios para la óptima aplicación

35. Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Numeral 3.2 del Capítulo 3, del Anexo 9 – Facilitación.



de las medidas de seguridad de la aviación civil”, sino que además están incumpliendo con la obligación de integrarlas “en el diseño y en la construcción de nuevas instalaciones, así como en las reformas de las instalaciones existentes en los aeropuertos”.³⁶

Por su parte, este incumplimiento en un país como Colombia, genera efectos colaterales que en el caso de los delitos que tengan que ver con el tráfico de sustancias u objetos prohibidos, se ven agravados cuando estos salen del país. Entendiendo que primero se pasa el filtro de emigración (sin control previo de seguridad) cabría preguntarse qué tipo de implicaciones tendría para los imputados y para las autoridades que arbitrariamente incumplen normas internacionales.

El orden establecido por la OACI no aparece ni caprichoso ni incoherente, sino que responde a la lógica de la seguridad internacional más que de seguridad nacional.

De conformidad con lo expuesto, el país no debería asumir costos innecesarios en materia de obligaciones internacionales por apartarse de las buenas prácticas derivadas del Convenio de Chicago y sus anexos, que buscan la armonización global de los procedimientos con pleno respeto de las circunstancias, pero en beneficio de los pasajeros. Colombia no solamente debería acoger el método recomendado para la instalación de los filtros de seguridad y migración sino para disponer de espacios y elementos que permitan cumplir con todos los trámites de salida en un plazo máximo de sesenta minutos.

Ya dado al servicio el nuevo terminal, es del caso que la aeronáutica intervenga ante los administradores del nuevo Eldorado y a la dirección de Migración Colombia para que se corrija el proceso y se mantenga el estricto orden de la OACI, esto es: “1. presentación en el mostrador de la línea aérea. 2. medidas de seguridad de la aviación y, cuando corresponda, la recaudación de derechos aeroportuarios y otros gravámenes y 3. medidas de control fronterizo de salida, p.ej., controles de pasaportes, de sanidad o de aduanas”.³⁷

2.4. ESTOPPEL Y ASILO

Colombia respaldó, tanto en la Organización de los Estados Americanos como en Unasur, la decisión ecuatoriana de otorgar asilo diplomático al australiano creador de *Wikileaks*, Julian Assange. Más allá de la discusión política entre Ecuador y la Gran Bretaña, de la

36. Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Numeral 3.2.6 del Anexo 17 – Seguridad.

37. Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Método de Recomendación y Nota del numeral 3.36 del Capítulo 3, del Anexo 9 – Facilitación.



negativa de Londres a otorgar el salvoconducto a Assange para abandonar el Reino Unido o de la alegada –y controvertible– normativa inglesa de 1987 sobre sedes diplomáticas y consulares, Colombia actuó de conformidad con su tradición y comportamiento histórico y soberano frente al tema.

Los casos de asilo, para Colombia, siempre están revestidos de la mayor importancia por sus antecedentes en las relaciones internacionales del país, desde cuando el 3 de enero de 1949, el doctor Víctor Raúl Haya de la Torre, máximo dirigente del partido político peruano Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA) ingresó a la Embajada de Colombia en Lima solicitando asilo diplomático.

Para Colombia dos elementos son esenciales: la calificación del acto que genera la solicitud (delito político) por parte del país que presta el asilo y la obligatoriedad del Estado donde se encuentra el asilado a otorgarle el salvoconducto para abandonar el país.

En efecto, la diplomacia colombiana, basándose en la Convención de Montevideo sobre derecho de asilo de 1933, ha seguido inequívoca y permanentemente la posición que le corresponde al país que presta el asilo calificar el hecho que produjo la solicitud. Así, en el año 44, Colombia aseguró:

...no es solo, como se ha dicho, del derecho consuetudinario y de los tratados y convenciones citados de donde se deriva la obligatoriedad de la regla según la cual corresponde al Estado asilante la calificación de la delincuencia. Esta regla la impuso la naturaleza misma de las cosas: admitir el asilo y negarle al país que lo presta el derecho de calificar la delincuencia conduciría sencillamente a desconocer en la práctica lo que se admite en teoría (...) es de la naturaleza del derecho de asilo, tal como lo definen la costumbre y los pactos internacionales, que su otorgamiento no puede estar sujeto a ninguna discusión entre el Estado de refugio y el Estado a que pertenece la persona aislada. El asilo se concede o no se concede, y esta determinación la toma soberanamente el Estado asilante. Al otro Estado no le compete más función que la de dar las facilidades necesarias para que la persona asilada sea puesta en seguridad (...) hay que considerar sobreentendida entonces la regla impuesta por la costumbre y consagrada por el derecho internacional. Esa regla es la de que le corresponde al Estado asilante calificar la delincuencia, porque así lo han establecido las convenciones multilaterales que se han referido explícitamente a esta cuestión y la práctica constante de los Estados signatarios de esas convenciones, las cuales, aun sin haber sido ratificadas por alguno



o algunos de dichos Estados, constituyen una fuente indiscutible y obligatoria del derecho internacional.³⁸

Esta misma posición establecida hace casi setenta años, se ha aplicado posteriormente en los casos del también peruano Alan García o del venezolano Pedro Carmona Estanga. En ese mismo sentido ha respetado las decisiones y calificaciones que países (particularmente Canadá, Suecia, Noruega o Dinamarca) han hecho para otorgar asilo a ciudadanos colombianos eventualmente vinculados con grupos guerrilleros. Y, en ese mismo sentido, ha respetado el compromiso de otorgar salvoconductos a los asilados.

De conformidad con el Black's Law Dictionary, *Estoppel* significa que una parte está impedida, por sus propios actos, de reclamar un derecho en detrimento de la otra parte que tiene derecho a contar con dicha conducta y ha actuado en consecuencia.

En una interpretación extensiva, Ecuador solo podía esperar de Colombia el respaldo a su decisión de calificar el asilo de Julian Assange y de solicitar a la Gran Bretaña el salvoconducto correspondiente. No hacerlo sería haber actuado de manera inconsecuente con su tradicional interpretación del derecho de asilo.

La beligerancia: una reflexión a modo de conclusión

El anuncio del Presidente Santos de iniciar unos diálogos de paz, que involucra a los gobiernos de Cuba, Venezuela y Noruega tiende a generar suspicacias políticas y jurídicas, casi siempre destinadas a provocar ruidos, inconformidades y dilaciones. Dada la internacionalización del proceso, es factible que se hagan referencias al tema de la beligerancia y por ello se ha querido cerrar este documento con una reflexión final sobre este tema.

Sobre el particular, el profesor Eric Tremolada ha escrito que de conformidad con el Artículo 1.2 del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra, e independientemente de que un grupo armado pretenda la creación de un nuevo Estado o el cambio de un régimen político (tal como serían los casos de las FARC y el ELN), y que no alcance una efectividad más allá de amotinarse o producir actos esporádicos y aislados de violencia, sería sujeto del derecho

38. J. Soto del Corral, *El derecho de asilo diplomático y el caso del señor Haya De La Torre*, 21 de abril de 1949. Asociación Colombiana de Jurisprudencia. Consultado el 29 de agosto de 2012, Disponible en: http://www.acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=clasicos%20jorge%20soto.



interno (penal) toda vez que no se estaría frente a un conflicto armado. Pero por el contrario, cuando las fuerzas insurrectas están “bajo la dirección de un mando, con control parcial del territorio y mantienen operaciones militares sostenidas, estaríamos frente a un conflicto armado (guerra civil), que por extensión como si se tratara de un conflicto armado internacional sería destinatario del citado Protocolo (Artículo 1.4)”.

En otras palabras, más allá de la subjetividad del intérprete para ubicar a las FARC y el ELN en alguna de las situaciones planteadas, la tendencia objetivista que se impone en la práctica contemporánea, reevalúa la necesidad de los reconocimientos expresos de beligerancia, toda vez que “cuando los insurrectos establecen su autoridad sobre una parte del territorio adquieren efectividad como gobierno local al punto que los terceros pueden relacionarse directamente con ellos”, donde el reconocimiento previo, expreso no añadiría jurídicamente nada a su condición. Tremolada fundamenta su planteamiento, citando a Mariño, quien aclara que la regla de aplicación a las partes del Derecho Internacional de los conflictos internos es, “la automaticidad sin necesidad de reconocimiento alguno, desterrándose así progresivamente la práctica antigua del reconocimiento de beligerancia”.³⁹

De ahí no se debe dudar que un reconocimiento de terceros a grupos insurrectos colombianos, como los que se dieron durante el proceso del Caguán, o entre el Gobierno de Francia y las FARC cuando se buscaba la liberación de Ingrid Betancourt, o la solicitud a viva voz del Presidente Chávez al finalizar el año 2007, dieron, en interinidad, la calidad de sujetos del derecho internacional como grupo beligerante a las FARC con capacidad de concluir acuerdos y efectos exclusivos entre el que reconoció y el reconocido. Automaticidad que debemos tener en cuenta en el nuevo proceso de paz, que desecha las eternas discusiones sobre los reconocimientos expresos que tanto buscan las FARC y e intenta desvirtuar el país.

39. E. Tremolada. “El Coronel y nuestro laberinto”, *Revista Zero* No 20, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Bogotá, junio de 2008, pp.118-121. (ISSN 0123 – 8779). Extracto publicado previamente en *Semana.com*, edición 1345.