

ANÁLISIS Y REFLEXIONES SOBRE LA ¿RESOLUCIÓN? DE LA CONTROVERSIAS SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

ANALYSIS AND REFLECTIONS ON THE RESOLUTION(?) OF THE DISPUTE OVER THE STATUS AND USE OF THE SILALA WATERS BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Laura MOVILLA PATEIRO*

Resumen: Este artículo ofrece un análisis de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala entre Chile y Bolivia. Se examinan los antecedentes de la controversia y la contribución de la sentencia al derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales, incluyendo el tratamiento que hace del concepto de curso de agua internacional y de las particularidades del Silala, y la clarificación —por primera vez— del estatus de las obligaciones de notificación y consulta. Se analiza también la argumentación seguida por la Corte para declarar sin objeto buena parte de las peticiones de las Partes como consecuencia de la consideración de que se había producido una convergencia entre sus posiciones, cuestiones que podrían echarse en falta en la sentencia, así como su contribución a la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias con un importante contenido científico y técnico.

Palabras clave: derecho de los cursos de agua internacionales, Silala, derecho internacional consuetudinario, Corte Internacional de Justicia, expertos, peticiones sin objeto

Abstract: This article provides an analysis of the decision of the International Court of Justice in the case concerning the status and use of the waters of the Silala between Chile and Bolivia. It examines the background of the dispute and the contribution of the judgment to the customary law of international watercourses, including its treatment of the concept of international watercourse and the particularities of the Silala, and the clarification — for the first time — of the status of the notification and consultation obligations. It also analyses the argumentation followed by the Court in declaring a good part of the Parties' petitions without object as a consequence of the consideration that there was a convergence between their positions, issues that could have been overlooked in the judgment, as well as its contribution to the practical articulation of the intervention of the Parties' experts in disputes with an important scientific and technical content.

Keywords: law of international watercourses, Silala, international customary law, International Court of Justice, experts, claims without object

* Profesora contratada doctora (acreditada a titular) de Derecho Internacional Público, Universidade de Vigo (lauramovilla@uvigo.es). La autora formó parte del equipo jurídico del Estado Plurinacional de Bolivia en el caso sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala ante la Corte Internacional de Justicia. Nada de lo escrito en este artículo debe atribuirse en modo alguno al Estado Plurinacional de Bolivia, y sólo representa la posición y opinión a título personal de la autora. Todas las páginas webs mencionadas en este artículo han sido consultadas el 1 de noviembre de 2023.

SUMARIO: 1. CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA ENTRE CHILE Y BOLIVIA. 1.1. Antecedentes del litigio. 1.2. Panorámica del procedimiento ante la Corte. 2. LA CIJ, LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO. 2.1. Jurisprudencia previa de la CIJ sobre cursos de agua internacionales. 2.2. El derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales. 3. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA AL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES. 3.1. Reafirmación de las principales normas sustantivas del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales. 3.2. El concepto de curso de agua internacional y las particularidades del Silala. 3.2.1. *El concepto de curso de agua internacional y el carácter consuetudinario de su definición en la Convención de 1997.* 3.2.2. *La cuestión de la “artificialidad” del Silala y el estatus jurídico internacional de los canales.* 3.2.3. *Las reconveniones de Bolivia.* 3.3. Cooperación, obligaciones procedimentales y clarificación de las obligaciones de notificación y consulta. 3.3.1. *El alcance de las obligaciones de notificación y consulta.* 3.3.2. *Ausencia de incumplimiento de las obligaciones procedimentales por Bolivia e invitación a la Partes a realizar consultas de forma continuada.* 4. ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA DE LA CONTROVERSIA?. 4.1. La ausencia de una sentencia declarativa. 4.2. Cuestiones ausentes. 4.3. Contribución a la consolidación de la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias científicas y técnicas. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA ENTRE CHILE Y BOLIVIA

1.1. Antecedentes del litigio

El Silala es un pequeño curso de agua situado en la frontera chileno-boliviana, en un área árida que bordea el Desierto de Atacama. Surge en territorio boliviano, en afloramientos de manantiales subterráneos en humedales de gran altura, conocidos como “bofedales”, situados cerca de la frontera con Chile, en el departamento boliviano de Potosí. Al menos en territorio boliviano, muchos de los manantiales de aguas subterráneas que afloran a la superficie han sido drenados a través de pequeñas canalizaciones artificiales hacia dos canales de mayor tamaño, que confluyen a su vez en otro canal principal cerca de la frontera, y la atraviesan hacia territorio chileno¹. Los estudios técnicos realizados durante este procedimiento por ambos Estados habrían confirmado que, independientemente de esas obras de canalización y drenaje, el flujo del Silala, compuesto tanto de aguas superficiales como subterráneas, atravesaría igualmente la frontera hacia territorio chileno². Se trata de un área deshabitada, a excepción de un pequeño puesto militar en territorio boliviano. Una vez atravesada esa frontera, el Silala sigue fluyendo en la superficie por la región chilena de Antofagasta hasta descargar sus aguas en el río San Pedro —un afluente del también chileno río Loa— situado a unos 6 kilómetros de la frontera entre Chile y Bolivia³.

¹ ICJ, *Dispute over the status and use of the waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Judgment, 1 December 2022, General List No. 162, párr. 28.

² *Ibidem*, párr. 94.

³ *Ibidem*, párr. 28.

Las obras de canalización y drenaje de los manantiales del Silala en territorio boliviano tienen su origen en una concesión sobre aguas del Silala que la prefectura del departamento boliviano de Potosí otorgó en 1908 a la compañía ferroviaria —entonces inglesa, hoy chilena— Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia (FCAB), que operaba en Chile, para alimentar sus máquinas de vapor. Sin embargo, cuando esas máquinas fueron reemplazadas por motores diésel, el agua obtenida a través de esa infraestructura se habría desviado para otros usos no incluidos en la concesión, como la minería o servicios sanitarios, por los que Bolivia ha reclamado repetidas veces una compensación económica referida como “deuda histórica”⁴. El incumplimiento de las condiciones de la concesión motivó su terminación por parte de Bolivia en 1997⁵.

En 2007, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) había calificado ya a la cuenca del Silala como una de las más hidropolíticamente vulnerables del mundo debido a la situación diplomática entre ambos países, la falta de un tratado o de una estructura de gestión sobre el mismo, el contexto histórico, y la falta de acuerdo entre ambos Estados incluso sobre si la cuenca era internacional o no⁶. Debe subrayarse en este sentido la existencia de una profunda historia de tensiones entre los dos Estados⁷, en la que destaca la reivindicación de un acceso soberano al Océano Pacífico por Bolivia, tras haber perdido a favor de Chile su territorio costero en la Guerra del Pacífico que enfrentó a Chile contra Bolivia y Perú entre 1879 y 1884. Esta cuestión también fue sometida a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a iniciativa de Bolivia y con resultado desfavorable para ese país en 2018⁸. A todo ella hay que sumarle el hecho de que el desierto de Atacama es la segunda zona más árida del planeta, y un contexto de crecientes presiones y tensiones en torno a los recursos hídricos⁹ en el que, al ritmo actual, se prevé que el mundo no logrará los objetivos de la Decenio Internacional para la Acción “Agua para el Desarrollo Sostenible” 2018-2028, ni los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas relacionados con el agua para 2030¹⁰. No es la

⁴ PNUMA, *Vulnerabilidad y resistencia hidropolíticas en aguas internacionales: América Latina y el Caribe*, UNEP Publications, Nairobi, 2007, p. 64.

⁵ ICJ, *Dipute... op. cit.*, párr. 31.

⁶ PNUMA, *op. cit.*, p. 72.

⁷ ROSSI, Christopher, “The Transboundary Dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, issue 1, 2017, pp. 64-66.

⁸ ICJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, ICJ Reports 2018, p. 507. Véase, entre otros: REMIRO BROTONS, Antonio, “Comentarios a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de octubre de 2018 en el caso de la “Obligación de negociar un acceso (soberano) al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)”, *REDI*, vol. 73, núm. 2, 2021, pp. 445-463.

⁹ LLANOS MANSILLA, Hugo, “El caso del río Silala o Siloli. Diferendo chileno-boliviano”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 21, 2013, pp. 339-365.

¹⁰ Entre otros: *United Nations Conference on the Midterm Comprehensive review of the implementation of the objectives of the International Decade for Action “Water for sustainable Development”, 2018–2028. Summary of proceedings by the president of the general Assembly*, March 2023, disponible en: <https://www.un.org/pgal/77/wp-content/uploads/sites/105/2023/05/PGA77-Summary-for-Water-Conference-2023.pdf>.

primera vez tampoco que un curso de agua internacional genera tensiones entre estos dos Estados, que comparten al menos quince, siendo Bolivia Estado de aguas arriba —como en el caso del Silala— en algunos de ellos, y en otros, Chile¹¹. Fue precisamente el desvío del río Lauca por Chile en su territorio —Estado de aguas arriba en relación con ese curso de agua internacional— lo que ocasionó que ambos Estados rompiesen relaciones diplomáticas ya en 1962, situación que se mantiene en la actualidad¹².

Las dos Partes intentaron alcanzar un acuerdo bilateral sobre la “gestión racional y sostenible de las aguas del Silala” en los años anteriores a 2010. Durante ese periodo, se creó un Grupo de Trabajo bilateral sobre la Cuestión del Silala para llevar a cabo estudios técnicos y científicos conjuntos con el fin de determinar la naturaleza, el origen y el caudal de las aguas del Silala. En 2009 se elaboraron incluso dos proyectos de acuerdo que no llegaron a firmarse¹³. Tampoco tuvo recorrido una propuesta de acuerdo hecha por Chile en 2019, durante el desarrollo de la fase escrita del proceso ante la CIJ¹⁴.

Posteriormente, en 2016, el entonces presidente de Bolivia, Evo Morales, realizó varias declaraciones en las que acusaba a Chile de explotar ilegalmente las aguas del Silala sin compensar a Bolivia, afirmando que el Silala no era un río internacional, y expresando su intención de llevar el litigio ante la CIJ¹⁵. Fue finalmente Chile, quien el 6 de junio de 2016 solicitó la incoación de un procedimiento sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala contra Bolivia ante la CIJ¹⁶.

1.2. Panorámica del procedimiento ante la Corte

Resumidamente, Chile solicitaba a la Corte que declarase que el Silala era un curso de agua internacional sujeto al derecho internacional consuetudinario, que el uso que estaba haciendo del mismo resultaba conforme a dicho derecho consuetudinario, así como que Bolivia había incumplido sus obligaciones de notificación y consulta respecto a varias actividades llevadas a cabo en su entorno. La fase escrita del procedimiento se desarrolló entre 2017 y 2019 con tres rondas de intercambio de escritos entre las Partes, inclu-

¹¹ DEL CASTILLO LABORDE, Lilian, “A panoptic view of international water law in Latin America”, en MCCAFFREY, Stephen C., LEB, Christina, y DENOON, Riley T., *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 494.

¹² *Ibidem*. Sí mantienen relaciones consulares.

¹³ ICJ, *Dispute... op. cit.*, párr. 36.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 38.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 38.

¹⁶ *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*. Application instituting proceeding filed in the Registry of the Court on 6 June 2016, 2016, General List No. 162. Véase: FUENTES, Ximena, y KLEIN KRANENBERG, Johanna, “Chile’s Decision to Bring the Silala Case Before the International Court of Justice”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, pp. 39-42.

yendo demandas reconventionales de Bolivia¹⁷. Las audiencias orales transcurrieron entre el 1 y el 14 de abril de 2022, y la Corte dictó sentencia el 1 de diciembre de ese mismo año.

Chile siempre había considerado al Silala como un curso de agua internacional. Por su parte, Bolivia inició el proceso manteniendo que se trataba de manantiales domésticos cuyas aguas se desviaban aguas abajo hacia Chile mediante los canales y obras de drenaje artificiales. Sin embargo, los estudios científicos encargados por Bolivia durante el desarrollo del proceso judicial revelaron que las aguas del Silala habrían atravesado superficialmente la frontera hacia Chile incluso sin dichas obras de canalización y drenaje, aunque en menor cantidad. De este modo, las posiciones de las dos Partes acabaron convergiendo sobre gran parte de los puntos en disputa al inicio de la controversia. Al final de las audiencias orales, los principales desacuerdos que quedaban entre ellas versaban, sobre todo, por un lado, sobre el impacto de la infraestructura artificial sobre los caudales superficiales del Silala que atravesaban la frontera, mínimo para Chile y significativo para Bolivia. Por otro, sobre el supuesto incumplimiento por parte de Bolivia de las obligaciones procedimentales de notificación y consulta respecto de medidas que puedan tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos, mantenido por Chile y negado por Bolivia.

Los petitorios finales de Chile fueron prácticamente idénticos a los manifestados en la incoación del procedimiento. Pedía a la Corte que declarase que: a) el Silala era un curso de agua internacional regido por el derecho consuetudinario; b) Chile tenía derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas; c) Chile tenía derecho a su uso actual de esas aguas; d) Bolivia tenía la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir y contralar contaminación y cualquier otro tipo de daños derivados de sus actividades en el área del Silala; y e) que Bolivia había incumplido su obligación de consulta y notificación en relación con algunas medidas que había proyectado en ese área¹⁸. En respuesta a los mismos, Bolivia, subrayó que el caudal superficial del Silala había sido aumentado artificialmente a través de las obras de canalización y drenaje, que *ambos* países tenían esos derechos y obligaciones reconocidos por el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales, y negó haber incumplido obligación procedimental alguna¹⁹.

A su vez, a través de la formulación final de sus reconversiones, Bolivia solicitaba que la Corte declarase que: a) Bolivia tenía soberanía sobre los

¹⁷ La Memoria de Chile fue presentada el 3 de julio de 2017; la Demanda Reconventional de Bolivia, el 3 de septiembre de 2018; la Réplica de Chile, el 15 de febrero de 2019; la Dúplica de Bolivia, el 15 de mayo de 2019; y los Alegatos Adicionales de Chile, autorizados por la Corte en relación exclusivamente con las reconversiones bolivianas, el 16 de septiembre de 2019. Toda la documentación del procedimiento se encuentra accesible en: <https://www.icj-cij.org/case/162>.

¹⁸ ICJ, *Dispute... op. cit.*, p. 15.

¹⁹ *Ibidem*, p. 16 (énfasis añadido).

canales artificiales y mecanismos de drenaje del Silala que se encuentran en su territorio y derecho a decidir si los mantenía y cómo; b) Bolivia tenía soberanía sobre el caudal artificial de las aguas del Silala que se construyeran, mejoraran o produjeran en su territorio y Chile no tenía ningún derecho adquirido sobre ese caudal artificial; y que c) cualquier solicitud que Chile hiciera a Bolivia para la entrega del caudal mejorado del Silala, así como las condiciones y modalidades de la misma, incluyendo la compensación a pagar por dicha entrega, estará sujeta a la celebración de un acuerdo con Bolivia²⁰. Estas reconveniones eran rechazadas por Chile²¹.

La decisión de la Corte fue bastante breve. Ante la ausencia de un tratado entre las Partes sobre el Silala, el caso se decidió con base en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales. Respecto a las demandas de Chile, la Corte reconoció el acuerdo entre las partes alcanzado durante el procedimiento sobre los cuatro primeros petitorios, por lo que dictaminó que carecían de objeto y declinó emitir una decisión. Sin embargo, la Corte rechazó por unanimidad el quinto petitorio chileno, el supuesto incumplimiento por parte de Bolivia de sus obligaciones de notificar y consultar respecto a medidas que puedan tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos. La Corte sí se pronunció sobre el fondo de esa demanda chilena al entender que existía un desacuerdo tanto de hecho como de derecho entre las Partes²². Por su parte, las reconveniones de Bolivia tuvieron un destino similar al de los petitorios de Chile. La Corte dictaminó que las Partes también habían llegado a un acuerdo durante el procedimiento sobre las dos primeras, haciéndose en consecuencia quedado también sin objeto. Rechazó también por unanimidad la tercera, en este caso, por considerar que se refería a un escenario futuro hipotético y no una disputa real y actual entre las Partes. Se emitieron también dos declaraciones y un voto particular, que, como veremos, criticaron principalmente una de las cuestiones que ha resultado más polémicas en relación con esta sentencia: la decisión de la Corte de declarar la mayoría de las pretensiones de las Partes carentes de objeto debido a la convergencia de sus posiciones durante el proceso, en lugar de emitir una sentencia declarativa.

²⁰ *Ibidem*, p. 16.

²¹ *Ibidem*, p. 15. En relación con la primera de ellas, en concreto, Chile solicitaba que la Corte declarase que “[T]o the extent that Bolivia claims sovereignty over the channels and drainage mechanisms in the Silala River system that are located in its territory and the right to decide whether to maintain them, the Court lacks jurisdiction over Bolivia’s Counter-Claim (a) or, alternatively, Bolivia’s Counter-Claim (a) is moot; to the extent that Bolivia claims that it has the right to dismantle the channels in its territory without fully complying with its obligations under customary international law, Bolivia’s Counter-Claim (a) is rejected”.

²² *Ibidem*, párr. 89.

2. LA CIJ, LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

Al no existir un tratado entre las partes sobre el Silala ni ser ninguno de los dos Estados parte de alguna de las dos convenciones existentes con vocación de universalidad sobre recursos hídricos compartidos, tanto los argumentos de las Partes como la decisión de la Corte se basaron en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales. La Corte hizo así un recorrido por este derecho consuetudinario, recurriendo en gran medida a su jurisprudencia anterior en este ámbito.

2.1. Jurisprudencia previa de la CIJ sobre cursos de agua internacionales

Desde su creación, tanto la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), como la CIJ han recibido controversias en torno a cursos de agua internacionales, que también han sido sometidas a arbitrajes internacionales²³. La amplia y general competencia *ratione materiae* de la CIJ²⁴, parece adecuarse especialmente al carácter multidisciplinar que suelen tener las controversias sobre cursos de agua internacionales²⁵. Del análisis de su jurisprudencia en este ámbito puede inferirse, en primer lugar, un cierto aumento del número de casos que llegan a esta instancia judicial en los últimos años. De hecho, si examinamos los casos sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente que se han sometido a la Corte²⁶, gran parte de ellas han estado relacionados con recursos hídricos²⁷. Al mismo tiempo, se observa una

²³ Entre otras, véanse las siguientes decisiones arbitrales: *Award regarding the Border between Costa Rica and Nicaragua*, 22 March 1888, vol. XXVIII, pp. 189–236; *Helmand River Delta Case, Arbitral Awards of 19 August 1872 and 10 April 1905 Ruling concerning the disagreement between Ecuador and Peru over the Zamora-Santiago sector*, 14 July 1945, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVIII, pp. 413–431; *Lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 novembre 1957, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp.281–317; o, en el contexto de la Corte Permanente de Arbitraje: *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 Septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution para les chlorures du 3 Décembre 1976. Sentence arbitrale du 12 Mars 2004*; *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan vs. India). Partial Award*, February 18, 2013, y *Final Award*, December 20, 2013; o el posterior y todavía pendiente arbitraje iniciado también por Paquistán contra la India en el marco del Tratado de las Aguas del Indo en 2016 (documentación accesible en: <https://pca-cpa.org/es/cases/284/>).

²⁴ Art. 36 del Estatuto de la CIJ.

²⁵ GILES-CARNERO, Rosa María, “La Corte Internacional de Justicia frente a las controversias internacionales de carácter medioambiental”, VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, *et al.* (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 159-167, p. 166.

²⁶ Véase, entre otros: BODANSKY, Daniel, “International Environmental Law”, en ESPÓSITO, Carlos, y PARLETT, Kate, *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, pp. 389-410; o COULON, Anne, “The International Court of Justice and the protection of the environment”, en SOBENES, Edgardo, *et al.* (eds.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Springer, The Hague, 2022, pp. 37-70.

²⁷ Como ha apuntado R. M. Fernández Egea, probablemente se deba a que se corresponden con disputas transfronterizas (FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María, “La protección medioambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: ¿un reto irresoluble?”, en TORRECUDRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad (dir.), *Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia. Los desafíos de*

evolución desde unos primeros casos referidos a cuestiones relativas a la navegación²⁸ y transfronterizas²⁹, a otros casos más recientes, relacionados con usos distintos de la navegación y en los que existen implicaciones ambientales y creciente complejidad científica y técnica³⁰.

Esta jurisprudencia se ha referido a algunas cuestiones básicas del derecho de los cursos de agua internacionales, como la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados que comparten un curso de agua internacional, o a las obligaciones de utilización equitativa y razonable, prevención de daños sensibles transfronterizos, y de cooperación³¹. Al mismo tiempo, el derecho de los cursos de agua internacionales no ha constituido un elemento central a la hora de adoptar la decisión sobre el fondo de estos asuntos, sino que la mayoría se han dirimido en el ámbito del derecho de los tratados y de la responsabilidad internacional³². La contribución de estos casos parece haber sido más relevante, incluso, en el ámbito del derecho internacional medio ambiente en general que en el de los cursos de agua internacionales en particular. Ello aun cuando estas sentencias también han sido consideradas en muchos casos como decepcionantes en relación en relación la oportunidad que se le presentaba a la CIJ para asentar algunos principios medioambientales³³, y la contribución de la jurisprudencia en general de la CIJ al desarrollo del derecho internacional

la Corte Internacional de Justicia y las sinergias entre la Corte y otros órganos jurisdiccionales, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 108).

²⁸ *The Oscar Chinn Case (Britain v. Belgium)*, Judgment of December 12th, 1934, PCIJ Series A/B, Fascicule núm. 63; *Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder River*, Judgment of September 10th, 1929, PCIJ Series A, núm. 23; *Case Relating to the Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila*, Advisory Opinion, December 8th, 1927, PCIJ Series B, núm. 14; o ICJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 213.

²⁹ CIJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, ICJ. Report 1999, p. 1045; CIJ, *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, ICJ Reports 2005, p. 90; ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, ICJ Reports 2015, p. 665; o ICJ, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, ICJ Reports 2018, p. 139.

³⁰ PCIJ, *Diversion of water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Judgment of June 28th, 1937, PCIJ Series A/B, Fascicule núm. 70; ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, p. 7; ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, ICJ Reports 2010, p. 14; ICJ, *Certain Activities...*, op. cit.; o ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Compensation, Judgment, ICJ Reports 2018, p. 15.

³¹ Véase, en detalle, *infra*, apartados 3.1 y 3.3.

³² Lo mismo ocurre con las disputas ambientales en sentido amplio. Véanse, entre otros, JUSTE RUIZ, José, "The International Court of Justice and International Environmental Law", en BOSCHIERO, Nerina, et al. (eds.), *International Courts and The Development of the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves*, Asser Press, La Haya, 2013, p. 399; o FITZMAURICE, Malgosia, "The International Court of Justice and International Environmental Law", en TAMS, Christian J., y SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 374.

³³ Entre otros: Juste RUIZ, José, y BOU FRANCH, Valentín, "El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010", *REEI*, núm. 21, 2011, p. 3.

del medio ambiente, bastante modesta³⁴. Por consiguiente, las reflexiones en la doctrina van desde quienes han señalado que la CIJ no ha hecho aportaciones relevantes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales distintos de la navegación³⁵, a quién destaca cómo su jurisprudencia ha servido al menos para confirmar los principios fundamentales de este sector del ordenamiento jurídico internacional³⁶. La sentencia sobre el caso del Silala, basada por primera vez exclusivamente en el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales para los usos distintos de la navegación fluvial, despertaba grandes expectativas sobre su aportación a su clarificación y consolidación.

2.2. El derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales

Como ya se ha adelantado, ninguno de los dos Estados es parte de ninguna de las convenciones globales existentes en la actualidad sobre la materia: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997 (Convención de 1997)³⁷, o el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de 1992, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (Convenio del agua de la CEPE)³⁸. Aunque el Convenio del agua de la CEPE —originalmente de carácter regional y abierto en 2013 a su ratificación por cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas—, cuenta con un mayor número de Partes —cincuenta y dos³⁹— y ha tenido un gran éxito en su aplicación, es el

³⁴ Entre otros: BODANSKY, Daniel., *op. cit.*, p. 409.

³⁵ Véase, CERVELL HORTAL, María José, “La CIJ y los ríos internacionales, un desencuentro que no debería ser definitivo”, en GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *et al.* (coords.), *El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2009, p. 173.

³⁶ MCCAFFREY, Stephen C., *The law of... op. cit.*, p. 301, o BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, “Dispute Settlement Procedures and Fresh Water: Multiplicity and Diversity at Stake”, en BOSCHIERO, Nerina, *et al.* (eds.), *International Courts and The Development of the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves*, Asser Press, La Haya, 2013, pp.109-120.

³⁷ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2014, pp. 50889-50905.

³⁸ BOE núm. 81, de 4 de abril de 2000, pp. 13849-13857.

³⁹ El Convenio del agua de la CEPE fue adoptado y quedó abierto a su firma por los Estados miembros de esta comisión en Helsinki en 1992. Entró en vigor en 1996 y, desde entonces, ha fomentado la cooperación e influenciado la adopción de numerosos tratados particulares sobre cuencas europeas (Véase: CEPE, *La Convención del Agua: 30 años de impacto y de logros sobre el terreno*, Naciones Unidas, Ginebra, 2022, accesible en: https://unece.org/sites/default/files/2023-02/ECE_MP.WAT_69_SPA_web.pdf). Se abrió globalmente en 2013 a través de la Decisión III/1, *Amendment to the Water Convention*, ECOSOC, EC/MP.WAT/12, January 2004. Once Estados se han adherido a él desde entonces (en su mayoría africanos, además de Panamá e Iraq) y su número de Partes ha ido aumentando y acelerándose recientemente (cinco Estados la han ratificado a lo largo de 2023). Sus cincuenta dos Partes actuales son: Albania, Alemania, Antigua República Democrática de Macedonia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camerún, Croacia, Chad, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, República Checa, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Guinea-Bisáu, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Iraq, Kazajistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Namibia, Nigeria, Noruega, Panamá, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Senegal, Serbia, Suecia, Suiza, Togo, Turkmenistán, Ucrania, Unión Europea, y Uzbekistán. Cuenta con dos protocolos:

contenido de la Convención de 1997 el que se utilizaba generalmente como referente para la identificación del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales⁴⁰.

La Convención de 1997 tiene su origen en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre este tema, que la Asamblea General le había encargado en 1970⁴¹ y que se iniciaron en 1974⁴². Tras casi dos décadas de trabajos y tensas y controvertidas negociaciones, la CDI adoptó en 1991 un proyecto de artículos en su primera lectura. Tras algunas modificaciones realizadas como consecuencia de los comentarios y observaciones realizadas por los Estados, la CDI adoptó en 1994 definitivamente en segunda lectura un proyecto de treinta y tres artículos. Finalmente y sobre la base de este proyecto de artículos, la Asamblea General adoptó la Convención el 21 de mayo de 1997 por 103 votos a favor, 3 en contra y 27 abstenciones⁴³. Hubo que esperar hasta

uno sobre agua y salud, adoptado en 1999 y en vigor desde 2005; y otro sobre responsabilidad civil, de 2003, y que no se encuentra todavía en vigor: A pesar de las diferencias que existen entre este Convenio y la Convención de 1997, parece existir un consenso bastante generalizado respecto a que su contenido no resultaría contradictorio sino complementario y a que la principal diferencia entre ambas se encuentra, sobre todo, en el grado en el que una y otra detallan distintos aspectos (entre otros: TANZI, Attila, *The relationship between the 1992 UN/ECE Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes and the 1997 UN Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses. Report of the UN/ECE Task Force on Legal and Administrative Aspects*, Geneva, February 2000). Diecinueve Estados son ya parte de ambas convenciones —Alemania, Chad, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Uzbekistán— y se aboga por su ratificación conjunta desde distintos foros (Véase, entre otros: UN-WATER, *The United Nations global water conventions: Fostering sustainable development and peace*, Geneva, 2020).

⁴⁰ Debe señalarse también el trabajo codificador en materia de aguas transfronterizas llevado a cabo por asociaciones académicas de prestigio como el *Institut de Droit International* (IDI) o la *International Law Association* (ILA) (Véase en detalle, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión normativa de la gobernanza internacional del agua dulce*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 335-345). Destacan en especial las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, adoptadas por la ILA en 1966 (ILA, *Report of the fifty-second conference*, Helsinki, 1966, p. 477), y, por tanto, anteriores a la codificación llevada a cabo por el propio CDI, y que han tenido un considerable impacto en la práctica estatal, si bien no han sido referidas por la jurisprudencia internacional (Véase, entre otros: BOGDANOVIĆ, Slavko, *The International Law Association Helsinki Rules. Contribution to international water law*, Brill, Leiden, 2019).

⁴¹ Resolución 2669 (XXV), de la Asamblea General, relativa al desarrollo progresivo y codificación de las normas de derecho internacional sobre los cursos de agua internacionales, de 8 de diciembre de 1970, A/RES/2669/XXV. Para ello, la Asamblea General tuvo en cuenta un informe sobre los problemas jurídicos que presentaba el uso y aprovechamiento de los ríos internacionales que este mismo órgano le había pedido al Secretario General en 1959, con objeto de examinar si esta materia podía ser objeto de codificación, y que fue presentado en 1963 (documento A/5409, incluido en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1974, vol. II, Segunda Parte, p. 37).

⁴² Comenzaron con Richard D. Kearney como Relator Especial, al que siguieron en los años siguientes Stephen Schwebel, Jens Evensen, Stephen C. McCaffrey y Robert Rosenstock.

⁴³ Resolución 51/229, de la Asamblea General, de 8 de julio de 1997, A/RES/51/229. Véanse, en detalle sobre esta convención y entre otros: CASTILLO DAUDÍ, Mireya, “La protección y preservación de los cursos de agua internacionales: el Convenio sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 21 de Mayo de 1997”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 15, 1999, pp. 115-158; REY CARO, Ernesto José, “El derecho de los cursos de agua internacionales”, CARDONA LLORESS, Jorge (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 7, 2003, pp. 505-644; PIGRAU SOLÉ, Antoni, *Generalidad y particularismo en el derecho de los cursos de*

el 17 de agosto de 2014 para que entrase en vigor, tras alcanzar su trigésimo quinta ratificación⁴⁴. Solo tres Estados más han accedido a ella desde entonces, de modo que cuenta solo con treinta y ocho Estados parte en la actualidad⁴⁵.

Aunque su número de Estados parte no es todavía demasiado relevante⁴⁶, se considera que esta convención ha hecho, al menos, cristalizar el carácter consuetudinario de muchas de sus disposiciones y, en especial, de los “principios generales” contenidos en su Parte III, al haberlas recogido en un momento en ya existían o estaban en una fase muy avanzada de su formación⁴⁷. Se ha entendido así en la doctrina y en la jurisprudencia internacional que ostentan la categoría de derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales, al menos, las obligaciones de llevar a cabo una utilización equitativa y razonable, la prohibición de causar daños sensibles, la obligación general de cooperar, la notificación de las medidas proyectadas, y la evaluación del impacto ambiental⁴⁸. Asimismo, en los últimos años, se habrían ido reforzando también, por influencia del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente, las obligaciones de protección, preservación

agua internacionales. Reflexiones en torno al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, Bosch, Barcelona, 1994; CALFLISH, Lucius, “La Convention du 21 de mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux á des fins autres que la navigation”, *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 751-798; MCCAFFREY, Stephen C., *The law of international watercourses*, Oxford University Press, Oxford, 2019, third edition, pp. 409-567; o TANZI, Attila, y ARCARI, Maurizio, *The United Nations convention on the Law of International Watercourses*, Kluwer International Law, 2001. El proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación fluvial no ha sido el único producto que la CDI ha producido en este ámbito. En 1994 adoptó también una resolución sobre las “aguas subterráneas confinadas transfronterizas” (CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, 2ª Parte, p. 144); y en 2002 se iniciaron nuevos trabajos que dio lugar en 2008 al Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (anexo a la Resolución 63/124 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 2008, A/RES/63/124).

⁴⁴ Véase, entre otros: SALMAN, M. A. Salman, “The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later: Why Has its Entry into Force Proven Difficult?”, *Water International*, vol. 32, issue 1, pp. 1-15; MOVILLA PATEIRO, Laura, “La entrada en vigor de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación”, *REDI*, vol. 66, núm.2, 2014, pp. 312-316.

⁴⁵ Alemania, Benín, Burkina Faso, Chad, Costa de Marfil, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Grecia, Guinea-Bissau, Holanda, Hungría, Iraq, Irlanda, Italia, Jordania, Líbano, Libia, Luxemburgo, Marruecos, Montenegro, Namibia, Níger, Nigeria, Noruega, Palestina, Portugal, Qatar, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Siria, Túnez, Vietnam, y Uzbekistán. Otros tres Estados —Paraguay, Venezuela y Yemen— también la han firmado pero no ratificado todavía.

⁴⁶ Véase un análisis detallado de las posturas de los Estados durante el proceso de elaboración de la Convención, su votación en la Asamblea General, y su ratificación en: ECKSTEIN, Gabriel, “The Status of the UN Watercourses Convention: Does it still hold water?”, *International Journal of Water Resources Development*, vol. 36, issues 2-3, 2020, pp. 429-461.

⁴⁷ Entre otros: AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación internacional del agua dulce. Práctica española*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 127, o MCCAFFREY, Stephen C., “The UN Convention on the Law of the non-navigational uses of international watercourses: prospects and pitfalls”, en SALMAN, M. A. Salman, y BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence (eds.), *International Watercourses. Enhancing cooperation and managing conflict. Proceedings of a World Bank Seminar*, World Bank Technical Paper, núm. 414, 1998, p. 27.

⁴⁸ Entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., “The customary law of international watercourses”, en TIGNINO, Mara, y BRÉTHAUT, Christian (eds.), *Research Handbook on Freshwater Law and International Relations*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 147-174.

y uso sostenible de los cursos de agua internacionales, tanto en el marco de las citadas normas consuetudinarias, como de forma autónoma⁴⁹.

Todas ellas se encuentran estrechamente interconectadas y se sustentan mutuamente, por lo que no es posible concebir una sin las otras en la actual configuración del derecho de los cursos de agua internacionales⁵⁰. Algunas de ellas, como la utilización equitativa y razonable o la prohibición de causar daños sensibles tienen un carácter más sustantivo; mientras que otras, como la notificación de medidas proyectadas o la evaluación previa del impacto ambiental suelen calificarse de obligaciones procedimentales. Las obligaciones procedimentales resultan instrumentales en relación con las sustantivas, si bien también crean obligaciones en sí mismas, tal y como ha indicado la CIJ en el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay entre Argentina y Uruguay⁵¹. Jurisprudencia reciente de la CIJ anterior al caso del Silala también sugeriría que la infracción de las obligaciones procedimentales no resulta excesivamente seria si no se produce un daño transfronterizo real⁵².

3. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA AL DERECHO CONSUEUDINARIO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

Una de las principales aportaciones que hace la sentencia del Silala es la de ofrecer un recorrido por el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales “ya establecido”. Al hilo de este examen, la Corte aborda también el concepto de curso de agua internacional y aclara, por primera vez en su jurisprudencia, la naturaleza consuetudinaria de las disposiciones de la Convención relacionadas con la notificación y consulta sobre medidas proyectadas.

3.1. Reafirmación de las principales normas sustantivas del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales

La sentencia en el caso del Silala va a confirmar, en primer lugar, el carácter consolidado de las obligaciones sustantivas relativas a la utilización

⁴⁹ Se encuentran recogidas de forma especial en la Parte IV de la Convención de 1997, dedicada a “Protección, preservación y gestión”. Véase, entre otros: UNEP, *The Greening of Water Law: Managing Freshwater Resources for People and the Environment*, UN Environmental Programme, 2010, o MOVILLA PATEIRO, Laura, “La progresiva ecologización del derecho internacional de los cursos de agua. Manifestaciones convencionales, jurisprudenciales y consuetudinarias”, *Revista Catalana De Dret Ambiental*, vol. 13, núm. 2, 2022.

⁵⁰ Véase, entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., “Intertwined general principles”, en MCCAFFREY, Stephen C., LEB, Cristina, DENOON, Riley, T. (eds.), *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 83-94; o MCINTYRE, Owen, “The contribution of procedural rules to the environmental protection of transboundary rivers in light of recent ICJ case law”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, LEB, Christina, TIGNINO, Mara (eds.), *International Water Law. The Multiple Challenges*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 239-265.

⁵¹ ICJ, *Pulp Mills... op. cit.*, párr. 79.

⁵² *Ibidem*, párr. 177; ICJ, *Certain Activities ...op. cit.*, párr. 224; o MCINTYRE, Owen, *op. cit.*, p. 240.

equitativa y razonable y la prohibición de causar daños sensibles⁵³. La utilización equitativa y razonable tiene su origen en el principio del reparto equitativo utilizado desde principios del siglo veinte por tribunales federales de Estados Unidos y Europa. A medida que aumentó la explotación y se diversificaron los usos de los cursos de agua internacionales, esta norma fue ganando reconocimiento universalmente⁵⁴, hasta convertirse para buena parte de la doctrina en la piedra angular del derecho de los cursos de agua internacionales⁵⁵. El propio comentario de la CDI al proyecto de artículos que dio lugar a la Convención de 1997 la califica de “firmemente arraigada”⁵⁶, y recoge evidencias del gran apoyo que ha recibido en la práctica estatal⁵⁷. En la Convención se configuró en su art. 5 abarcando tanto la utilización como la participación —esta última, menos presente en la práctica convencional de los Estados⁵⁸— equitativas y razonables⁵⁹. La Sentencia de la CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* había calificado ya esa participación de “derecho básico”⁶⁰, y reproducido literalmente el apartado 2 de ese artículo⁶¹, en un momento en el que la Convención de 1997 se acaba de adoptar y todavía no había entrado en vigor.

La sentencia del caso del Silala cita ese anterior pronunciamiento y recuerda que implica tanto un derecho como una obligación para todos los Estados ribereños de cursos de agua internacionales, de modo que tienen derecho a una distribución equitativa y razonable de sus recursos, y están obligados a no sobrepasar ese derecho privando a otros Estados ribereños de su derecho a una utilización y participación equitativas y razonables⁶². Recuerda asimismo la necesidad recogida en la sentencia sobre las plantas de

⁵³ Véase, en detalle sobre estas dos obligaciones: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión...*, op. cit., pp. 139-155.

⁵⁴ WOUTERS, Patricia, “The International Law of Watercourses: New Dimensions”, *Collected courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 3, 2010, pp. 375-378.

⁵⁵ Entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., *The law of...* op. cit., p. 465; o BOURNE, Charles B., “The Primacy of the Principle of Equitable Utilization in the 1997 Watercourses Convention”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, 1998, pp. 215-232; o RIEU-CLARKE, Alistair, MOYNIHAN, Ruby, MAGSIG, y Bjoern-Oliver, *UN Watercourses convention. User's guide*, IHP-HELP Centre for water Law, Policy and Science, University of Dundee, 2012, p. 100.

⁵⁶ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, 2ª parte, p. 103.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 105-107.

⁵⁸ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación...* op. cit., p.142.

⁵⁹ En concreto, el art. 5 establece que: “1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

⁶⁰ ICJ, *Gabčíkovo ...* op. cit., párr. 78.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 147.

⁶² ICJ, *Dipute ...*, párr. 97. La CIJ coincide así con el comentario de la CDI a ese art. 5 (CDI, *Anuario...*, op. cit., p. 103).

celulosa sobre el río Uruguay de conciliar los diversos intereses de los Estados ribereños en un contexto transfronterizo y, en particular, en el uso de un recurso natural compartido⁶³.

El art. 6 de la Convención completa este régimen jurídico proporcionando un listado de factores y circunstancias pertinentes, no exhaustivo, que puede tenerse en cuenta a la hora de determinar la utilización equitativa y razonable de un curso de agua internacional⁶⁴. La determinación de esta utilización constituye así un proceso flexible y dinámico que deberá reexaminarse a medida que vayan cambiando los factores pertinentes, y que permite adaptarse a las circunstancias físicas, económicas, sociales y políticas de cada curso de agua internacional⁶⁵. Como ha señalado la sentencia del Silala, no debe aplicarse de manera abstracta o estática, sino comparando las situaciones de los Estados interesados y su utilización del curso de agua en un momento dado⁶⁶. Además y como examinaremos con más profundidad al referirnos al concepto de curso de agua internacional en el marco de esta disputa, la sentencia consideró que las características particulares de cada curso de agua internacional —y, en particular, en este caso, la existencia de las obras de canalización y drenaje— forman parte de los factores y circunstancias pertinentes que deben tenerse en cuenta de conformidad con el art. 6 de la Convención de 1997⁶⁷.

Respecto a la obligación de no causar daños sensibles, el art. 7.1. de la misma Convención indica que los Estados de un curso de agua internacional, al utilizarlo en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua⁶⁸. Se configura, por lo tanto, como una obligación de debida diligencia, es decir,

⁶³ ICJ, *Dispute ... op. cit.*, párr. 97.

⁶⁴ Entre ellos se encuentran: a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) la población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; y g) la existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto (art. 6.1). El apartado 3 del mismo artículo completa esta regulación estableciendo que “[E]l peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores”. Además, de conformidad con el art. 10, salvo acuerdo o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos y, en caso de conflicto entre varios de ellos, éste se resolverá sobre la base de los arts. 5 a 7 —referidos a la utilización equitativa y la prohibición de causar daños sensibles—, teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales.

⁶⁵ MCCAFFREY, Stephen C., *The law of ... op. cit.*, pp. 462-466, o DELLAPENNA, Joseph W., “The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia): The International Court of Justice again declines to apply International Water Law”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, p. 93.

⁶⁶ ICJ, *Dispute ... op. cit.*, párr. 98.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 95.

⁶⁸ Art. 7.1.

como una obligación de conducta y no de resultado⁶⁹. El umbral que desencadena esta obligación es el riesgo de que se produzca un daño sensible, es decir, un deterioro real, algún tipo de impacto perjudicial sobre el medio ambiente o el desarrollo socioeconómico del estado perjudicado, que sea más que meramente perceptible o trivial, pero que puede ser inferior a severo o sustancial⁷⁰.

La sentencia recuerda cómo se trata de una plasmación en el ámbito concreto del derecho de los cursos de agua internacionales de la obligación básica que los Estados tienen bajo el derecho internacional general de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados, y que se vuelve todavía más relevante en el contexto de recursos compartidos⁷¹. Refleja así en este ámbito concreto uno de los principios fundamentales del derecho internacional del medio ambiente, formulado, entre otros, en el emblemático Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano, de 1972⁷². Se encuentra también ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional⁷³, de entre la que la Corte se refiere expresamente a las relativas al caso del Canal de Corfú, las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, al caso acumulado resuelto en 2015 sobre las controversias en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, y a su Opinión consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares⁷⁴.

La relación y prioridad en caso de conflicto entre las obligación de utilización equitativa y razonable y la prohibición de causar daños sensibles han sido algunas de las cuestiones más controvertidas en la configuración del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales. Sobre todo, por la consideración tradicional —y no completamente acertada— de que la primera de ellas beneficia a los Estados de aguas arriba, y la segunda a los Estados de aguas abajo⁷⁵. Del articulado de la Convención de 1997 parece desprenderse

⁶⁹ CDI, *Anuario* ..., p. 110; o ICJ, *Pulp Mills*... *op. cit.*, párr. 187. El comentario de la CDI recuerda en este sentido como ello “implica que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos (CDI, *Anuario*... *op. cit.*).

⁷⁰ Entre otros: RIEU-CLARKE, Alistair, MOYNIHAN, Ruby, y MAGSIG, Bjoern-Oliver, *op. cit.*, p. 120.

⁷¹ ICJ, *Dispute*... párr. 99.

⁷² *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14/Rev.I.

⁷³ Entre otros, los laudos arbitrales: *Trail smelter case (United States of America, Canada)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1905-1982; *Lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 novembre 1957, UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 281-317.

⁷⁴ ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment*, ICJ Reports 1949, p. 22; ICJ, *Pulp Mills*... *op. cit.*, párr. 101; ICJ, *Certain Activities* ... *op. cit.*, párr. 104; e ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996 (I), p. 242, párr. 29.

⁷⁵ Véase: SALMAN, M. A. Salman, “Downstream riparians can also harm upstream riparians: the concept of foreclosure of future uses”, *Water International*, vol. 35, issue 4, 2010, pp. 350-364.

una prioridad de la utilización equitativa y razonable⁷⁶. La mayor parte de la doctrina ha secundado tradicionalmente también su prioridad, mientras que menos autores se refieren a una aplicación conjunta, convergente o armonizada⁷⁷, o, incluso, a la prioridad de la prohibición de causar daños sensibles, aunque esta última parece ganar adeptos más recientemente por influencia de la creciente consideración de cuestiones relativas a daños ambientales en las disputas relacionadas con cursos de aguas internacionales⁷⁸. La CIJ habría enviado mensajes ambiguos, o, incluso contradictorios, sobre la relación entre estos dos principios en su jurisprudencia anterior⁷⁹. En el caso del Silala, aunque se refiere en primer lugar a la utilización equitativa y razonable —siguiendo también el orden en el fueron invocadas las normas consuetudinarias en este ámbito por Chile—, parece considerar ambas obligaciones en pie de igualdad al limitarse a afirmar que las Partes tienen derecho a un uso equitativo y razonable de las aguas del Silala como curso de agua internacional y están obligadas, al utilizarlo, a tomar todas las medidas apropiadas para evitar causar daños significativos a la otra Parte⁸⁰.

⁷⁶ Por un lado, el art. 7.2, que aborda lo que ocurre cuando, a pesar de haber tomado todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua, estos se producen igualmente, señala que, a falta de acuerdo con respecto al uso que haya causado los daños sensibles, el Estado que lo haya causado deberá adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 5 y 6 —referido a la utilización equitativa y razonable— y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización. Por otro, en el listado de ejemplos de factores pertinentes para determinar la utilización equitativa y razonable del art. 6 se incluyen “los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua” y “los usos actuales y potenciales del curso de agua” (art. 6.1, apartados d y e).

⁷⁷ Entre otros: ARCARI, Maurizio, “Le droit interétatique de l’eau: les principes matériels de la convention de New York (21 Mai 1997)”, en JEANCLOS, Yves (dir.), *Actes du Colloque de Strasbourg. Les politiques de l’eau au XXIe siècle*, Tome 2, Cirpes, Paris, 2002, pp. 29-30, o TANZI, Attila, “The inter-relationship between no harm, equitable and reasonable utilisation and cooperation under international water law”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 20, 2020, pp. 619–629.

⁷⁸ Entre otros: MESHEL, Tamar, “Swimming Against the Current: Revisiting the Principles of International Water Law in the Resolution of Fresh Water Disputes”, *Harvard International Law Journal*, vol. 61, núm. 1, 2020, pp. 135-184. Sobre este debate, véase también: MOVILLA PATEIRO, Laura, “La progresiva... *op. cit.*”

⁷⁹ ECKSTEIN, Gabriel, “The Status...*op. cit.*”, p. 9. En su sentencia sobre el caso *Gabčikovo-Nagymaros*, la Corte se refirió repetidas veces a la participación equitativa y razonable y obvió cualquier mención a la prohibición de causar daños sensibles (ICJ, *Gabčikovo ...op. cit.*). En casos relativos a contaminación, daños a los ecosistemas acuáticos, y cuestiones similares, la CIJ se habría pronunciado con rotundidad, como es el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (ICJ, *Pulp Mills... op. cit.*, párr. 101) y de la Carretera sobre el Río San Juan (ICJ, *Certain Activities ... op. cit.*, párr. 104) sobre la existencia de una obligación de debida diligencia de prevenir el daño bajo el derecho internacional consuetudinario. En este sentido S. C. McCaffrey ha señalado que resulta más probable que los conflictos entre estas dos normas consuetudinarias se produzcan en cuestiones relacionadas con la asignación de cantidades de agua (MCAFFREY, Stephen C., “The customary law... *op. cit.*”, p. 163). Desde la doctrina también se ha apuntado que los casos que se han resuelto aplicando solo la prohibición de causar daños sensibles, o esta prohibición juntamente con la utilización equitativa y razonable habrían demostrado solucionar de forma más eficaz las controversias que los casos en los que solo se empleó la utilización equitativa y razonable (MESHEL, Tamar, “Swimming... *op. cit.*”).

⁸⁰ ICJ, *Dispute...*, párr. 97, *in fine*.

3.2. El concepto de curso de agua internacional y las particularidades del Silala

Como adelantábamos, ambas partes estuvieron de acuerdo finalmente sobre el carácter de curso de agua internacional del Silala, una cuestión clave de la que también dependía la aplicación del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales a este recurso⁸¹. Chile siempre lo había considerado así, mientras que la postura boliviana evolucionó durante el desarrollo del procedimiento como consecuencia de la realización de estudios científicos y técnicos que confirmaron su naturaleza transfronteriza, incluso en ausencia de las obras de canalización y drenaje.

Durante la fase escrita, Bolivia había mantenido en su demanda reconvenicional que las aguas de los manantiales del Silala formaban parte de un curso de agua aumentado artificialmente y que las normas internacionales consuetudinarias sobre el uso de los cursos de agua internacionales no se aplicaban a las aguas del Silala que fluían artificialmente⁸². Posteriormente, en su réplica se centró en señalar el carácter mejorado y acelerado del flujo superficial del Silala como consecuencia de las estructuras artificiales⁸³ y las consecuencias jurídicas que suponían, materializadas principalmente en sus reconveniciones. Durante la fase oral del procedimiento, Bolivia coincidió con Chile en calificar al Silala como un curso de agua internacional bajo el derecho internacional consuetudinario. No obstante, consideraba que las características únicas del Silala, —incluida la mejora artificial de su caudal superficial que atravesaba la frontera— debían ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el derecho internacional consuetudinario⁸⁴.

Además, existían discrepancias entre las Partes sobre el impacto que la estructura artificial tenía sobre la cantidad de caudal superficial. Para Chile, para quien la utilidad de esas construcciones artificiales era principalmente sanitaria —evitar la cría de insectos y la contaminación del agua potable—, el impacto de estas obras era mínimo: un aumento del flujo superficial que atravesaba la frontera de apenas el 2-3%⁸⁵. Para Bolivia, en cambio, su objeto era extraer artificialmente el agua de los manantiales y bofedales circundantes, y a través de ellas el flujo superficial había aumentado entre un 11 y un 33%⁸⁶. Con base en ese aumento o mejora del caudal que Chile recibía como consecuencia de la existencia de esas obras de canalización y drenaje, Bolivia formuló sus reconveniciones.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 92.

⁸² *Ibidem*, p. 13

⁸³ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 56-57.

⁸⁵ *Written Statement of the Experts of the Republic of Chile*, 14 January 2022, accesible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220114-OTH-01-00-EN.pdf>, p. 27.

⁸⁶ *Summary of DHI's Scientific Findings Regarding the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*. *Written Statement by DHI*, 10-01-2022, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220110-OTH-01-00-EN.pdf>, párr. 54.

3.2.1. El concepto de curso de agua internacional y el carácter consuetudinario de su definición en la Convención de 1997

Se trataba de la primera vez que se pedía a la Corte que decidiese sobre el estatus de un curso de agua internacional, por lo que se generaron expectativas sobre un posible pronunciamiento sobre el propio concepto de curso de agua internacional, que nunca había hecho con anterioridad y que podría abarcar, incluso, una clarificación sobre el ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico internacional⁸⁷. Tampoco se había pronunciado con anterioridad sobre la naturaleza o el régimen jurídico aplicable a las obras de canalización y drenaje o a canales presentes en cursos de agua internacionales.

Durante el desarrollo de las audiencias orales, el impacto de las obras de canalización y drenaje despertó el interés de algunos de los jueces de la Corte, que plantearon varias preguntas a los expertos de las Partes sobre la variación del flujo artificial en el caso de que se eliminasen los canales y restaurasen los humedales, así como sobre la variabilidad estacional de dicho flujo⁸⁸. Sin embargo, debido a la convergencia de las Partes sobre el carácter de curso de agua internacional del Silala y la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales al mismo, la Corte no vio la necesidad de pronunciarse sobre el petitorio a) de Chile⁸⁹, y con ello, de explorar el concepto de curso de agua internacional⁹⁰.

Chile mantenía en todo caso el carácter consuetudinario de la definición contenida en el art. 2 a) de la Convención de 1997, que entiende por curso de agua “un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”⁹¹; y, por curso de agua internacional, “un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos”⁹².

Debe tenerse en cuenta que esta definición fue una de las cuestiones más controvertidas durante los trabajos en el seno de la CDI, junto a la relación

⁸⁷ Entre otros: MESHEL, Tamar, “What’s in a name? The Silala waters and the applicability of international watercourse law”, *Questions of International Law*, Zoom-in, 39, 2017, p. 5.

⁸⁸ Las preguntas fueron realizadas por la presidenta de la Corte, el juez Iwasawa y el juez Tomka, a los expertos chilenos (ICJ, *Public sitting held on Thursday 7 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record*, International Court of Justice, The Hague, CR 2022/10, Year 2022, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220407-ORA-01-00-BI.pdf>, pp. 50-54); y por el juez Tomka y la presidenta Donoghue, a los expertos bolivianos (ICJ, *Public sitting held on Friday 8 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record*, International Court of Justice, The Hague, CR 2022/11, Year 2022, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220408-ORA-01-00-BI.pdf>, pp. 50-55).

⁸⁹ ICJ, *Dispute...op. cit.*, párr. 59.

⁹⁰ Véase, DELLAPENNA, Joseph W., *op. cit.*, p. 75.

⁹¹ Art. 2. a).

⁹² Art. 2. b).

de la Convención con tratados anteriores, la relación entre los principios de la utilización equitativa y razonable y la prohibición de causar daños, y el mecanismo de solución de controversias⁹³. Su configuración despertó grandes debates y resultaba de gran relevancia, pues determinaría el alcance final del texto. Entre otras, se encontraba presente la tensión entre Estados de aguas arriba y Estados de aguas abajo, pues los primeros abogaban por que el texto se aplicase de forma restrictiva, es decir, a los ríos internacionales; mientras que los segundos defendían una concepción amplia del objeto del texto, representada por la noción de cuenca internacional. También resultó controvertida la inclusión de las aguas subterráneas conectadas con las aguas superficiales⁹⁴.

Lo cierto es que conceptos como los de río internacional, cuenca de drenaje, curso de agua, aguas transfronterizas, o recursos hídricos compartidos son usados habitualmente en la práctica estatal indistintamente y sin hacer claras distinciones entre ellos⁹⁵. No parece existir así una noción consuetudinaria general o universal de lo que se consideran recursos hídricos compartidos entre dos o más Estados⁹⁶. Lo que sí resulta patente es, independiente de su denominación concreta, una tendencia hacia una expansión del objeto y ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Se ha pasado así de un concepto estricto de río internacional, a nociones más amplias y predominantes en la actualidad como la de cuenca internacional y curso de agua internacional, que abarcan también a los afluentes y las aguas subterráneas relacionadas, al elemento terrestre habitualmente también en el concepto de cuenca, y cada vez más, también a los ecosistemas relacionados⁹⁷, u otras características, como las sociales⁹⁸. Esta evolución es consecuencia tanto de un mejor conocimiento del funcionamiento de los sistemas hídricos, como de una mayor preocupación por la calidad del agua y cuestiones ambientales⁹⁹.

⁹³ Véase, entre otros: SALMAN, M. A. Salman, "The United Nations... *op. cit.*", pp. 8-12.

⁹⁴ MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho Internacional del Agua: los acuíferos transfronterizos*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 82-91.

⁹⁵ KONG, Lingjie, "The Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala case and the customary rules on the definition of international watercourse", *RECIEL*, 2020, vol. 29, issue 3, p. 324. Como ha señalado A. Sereno Rosado, "no es posible buscar un orden lógico ni cronológico entre todos estos conceptos, que aparecen y reaparecen de modo intermitente en las diferentes fuentes del derecho" (SERENO ROSADO, Amparo, *Ríos que nos separan, aguas que nos unen, análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales*, Lex Nova, 2011, p. 23). Véase también: SALINAS ALCEGA, Sergio, "La cuenca hidrográfica en la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997", en EMBID IRUJO, Antonio, KÖLLING, Mario, *Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales*, Zaragoza, 9-11 de julio de 2008, Aranzadi, Madrid, 2009, p. 572.

⁹⁶ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., "Las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas", en FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, *Derecho y agua en el Horizonte 2030*, Aranzadi, 2023, p. 426.

⁹⁷ MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión... op. cit.*, p. 28.

⁹⁸ KONG, Lingjie, *op. cit.*, p. 324.

⁹⁹ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., "Las cuencas...*op. cit.*", pp. 429-430.

En todo caso, y aunque la práctica convencional todavía resulta muy variada, al ser la noción de curso de agua internacional la contenida en la Convención del 1997, parece emplearse por defecto, al menos a nivel doctrinal, en el estudio de este ámbito, y da nombre, incluso, a la forma habitual de referirse a este sector del ordenamiento jurídico internacional como el derecho de los cursos de agua internacionales¹⁰⁰.

En la sentencia, la Corte no estimó necesario que Bolivia reconociese expresamente el carácter consuetudinario de la definición del art. 2 para considerar que estaba de acuerdo con Chile en el estatus jurídico del Silala como curso de agua internacional¹⁰¹. De hecho, afirmó expresamente que no cabía duda de que lo era y, como tal, estaba sujeto en su totalidad al derecho internacional consuetudinario, algo sobre lo que las Partes también estaban de acuerdo¹⁰². Sin embargo, la Corte en ningún momento parece reconocer tampoco explícitamente el carácter consuetudinario de la definición incluida en la Convención de 1997. Se limitó a dar una definición genérica conforme a su anterior jurisprudencia y la de su antecesora, la CPJI, como “un recurso compartido sobre el que los Estados ribereños tienen un derecho común”¹⁰³. Recordó a continuación la que considera la base de ese derecho común: la noción de “comunidad de intereses” existente entre los Estados ribereños, referida por la CPJI en el caso de la jurisdicción sobre el río Oder en relación con usos para la navegación, y por la propia CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagy-maros*, en relación con otros usos. Consideró además que esa noción se ha visto fortalecida por el desarrollo moderado del derecho internacional, como lo evidenciaba la adopción de la propia Convención de 1997¹⁰⁴.

3.2.2. La cuestión de la “artificialidad” del Silala y el estatus jurídico internacional de los canales

De conformidad con el comentario de la CDI, con la citada definición de curso de agua internacional:

“se hace referencia a un sistema hidrológico integrado por varios componentes diferentes a través de los cuales fluyen las aguas tanto de superficie como subterráneas. Esos componentes abarcan ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y canales. En la medida en que están interrelacionados, esos componentes forman parte de un curso de agua. Ésta es la idea que se expresa en la oración «aguas... que, en virtud de su relación física, constituyen

¹⁰⁰ Como afirma S. C. McCaffrey: “[B]ecause of the constant interaction between the ILC and the General Assembly, the terms ‘watercourse’ and ‘watercourse system’ are now well known to governments, which accepted them in the UN Convention. Despite their imperfections, these expressions therefore seem to be the logical ones to use in the field”. MCCAFFREY, Stephen C., *The law of...op. cit.*, p.43.

¹⁰¹ ICJ, *Dispute...op. cit.*, párr. 53.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 94.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 96.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

un conjunto unitario». Así, parte de las aguas de un caudal pueden infiltrarse por debajo de su lecho, extendiéndose más allá de las riberas del caudal, para volver a emerger en él, fluir a un lago que desagua en un río, ser desviadas por un *canal* hacia un embalse, etc.”¹⁰⁵.

No se dan más detalles en ese comentario sobre el significado de “canal”, cuya mención resultó, en todo caso, controvertida, al considerar algunos miembros de la CDI que el proyecto se había elaborado sobre la base de que un curso de agua era un fenómeno natural¹⁰⁶. Tampoco parece ser una cuestión pacífica en la doctrina¹⁰⁷, desde la que se ha apuntado como, más allá del ámbito específico de la navegación fluvial¹⁰⁸, no parece poder encontrarse una práctica estatal uniforme y extendida que pueda haber dado lugar a una norma consuetudinaria que incluya o excluya inequívocamente a los canales artificiales y obras del concepto de curso de agua internacional¹⁰⁹.

La Corte parece haber evitado también pronunciarse sobre el derecho aplicable a cursos de agua internacionales fuertemente canalizados. Sí va a considerar que las modificaciones que aumentan el caudal superficial de un curso de agua no influyen en su caracterización como curso de agua inter-

¹⁰⁵ CDI, *Anuario ... op. cit.*, p. 96. Énfasis añadido.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 96-97. El término “canales” también es referido en el comentario al art. 25 de la Convención de 1997 (CDI, *Anuario... op. cit.*, p. 135) como uno de los medios para la regulación de un curso de agua internacionales. La “regulación” es definida como “la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional” (art. 25. 3). Chile recurrió en su réplica a este artículo para negar las implicaciones del flujo artificialmente mejorado argumentadas por Bolivia (*Reply of the Republic of Chile. Reply and expert reports*, vol. 1 of 3, 15 February 2019, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20190215-WRI-01-00-EN.pdf>, párrs. 2.28-2.20). Bolivia respondió señalando en su réplica la falta de evidencias sobre su carácter consuetudinario, así como que los ejemplos citados por Chile en ese contexto estaban relacionados con la navegación, la gestión de inundaciones, hacer los flujos existentes más eficientes, o proporcionar agua para varios usos, y no — como en el contexto del Silala—, para aumentar el flujo del agua (*Rejoinder of The Plurinational State of Bolivia*, Vol. 1 of 6, 15 May 2019, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20190515-WRI-01-00-EN.pdf>, párr: 72). No se indica expresamente en ese artículo que esas obras se consideren parte del curso de agua internacional, y la sentencia de la Corte tampoco exploró esta disposición.

¹⁰⁷ Véanse, entre otros, ECKSTEIN, Gabriel, and MULLIGAN, Brendan, M., “The Silala/Siloli Watershed: Dispute over the Most Vulnerable Basin in South America”, *Water Resources Development*, vol. 27, No. 3, 2011, pp. 595-606.

¹⁰⁸ Véanse, entre otros ejemplos de referencias a “canales” que implican mejoras en el ámbito de la navegación fluvial —no aplicables al Silala—: el art. 331, párr. 2 del Tratado de Versalles de 1919; el art. 1.d del Estatuto del régimen de las vías navegables de interés internacional (Convención sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional, hecha en Barcelona en 1921); el art. XII de las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales de la ILA, de 1966; el art. 43 de las Reglas de Berlín sobre los recursos hídricos de la ILA, de 2004; el Informe sobre el mantenimiento y mejora de las vías navegables que separan o atraviesan varios Estados del Comité sobre Recursos Hídricos Internacionales de la ILA, de 1974/5 (ILA, *Report of the fifty-sixth conference*, New Delhi, 1974/75 (*Resolution of approval*, pp. xxii-xiv; *Report of the Committee on the International Water Resources Law, Part II-Maintenance and Improvement of Naturally Navigable Waterways Separating or Traversing Several States*, pp. 117-128; Rapporteur: Dr. Henri Zurbrügg), o la sentencia *The Diversion of Water from the Meuse, Judgement of 28 June 1937*, Permanent Court of International Justice, Series A/B, No. 70, Series C, No. 81.

¹⁰⁹ KONG, Lingjie, *op. cit.*, p. 335, y MESHEL, Tamar, “What’s in a name... *op. cit.*”

nacional¹¹⁰. No obstante, ello no impediría, como mantenía Bolivia, que las características particulares de cada curso de agua internacional puedan ser tomadas en consideración al aplicar los principios consuetudinarios. En concreto, la Corte señaló que esas características particulares formaban parte de los factores y circunstancias pertinentes que deben tenerse en cuenta de conformidad con el art. 6 de la Convención de 1997 y el derecho internacional consuetudinario para la determinación de la utilización equitativa y razonable, de los que ese artículo proporciona una lista no exhaustiva¹¹¹.

3.2.3. Las reconvenções de Bolivia

La primera de las reconvenções de Bolivia pedía a la Corte que declarase que tenía soberanía sobre los canales artificiales y mecanismos de drenaje del Silala que se encontraban en su territorio, y derecho a decidir si los mantenía y cómo. Al respecto, la Corte consideró que Chile había aceptado durante el procedimiento los siguientes puntos presentados por Bolivia: su soberanía sobre los canales y mecanismos de drenaje, su derecho soberano a desmantelarlos, su derecho soberano a restaurar los humedales, y que esos derechos deben ser ejercidos de conformidad con las obligaciones consuetudinarias aplicables en relación con el daño transfronterizo significativo. Por lo tanto, ya no existía un desacuerdo entre las partes en torno a esos puntos¹¹². La Corte reconoció al mismo tiempo que era posible que en el futuro las Partes expresasen opiniones divergentes sobre las obligaciones aplicables en caso de desmantelamiento de las infraestructuras, pero ello no alteraría en todo caso la aceptación por parte de Chile del derecho de Bolivia a decidir mantenerlas o desmantelarlas¹¹³.

A través de su segunda reconvenção, íntimamente relacionada con la anterior, Bolivia reclamaba el reconocimiento de su soberanía sobre el caudal artificial de las aguas del Silala que se construyesen, mejorasen o produjesen en su territorio. Su corolario evolucionó ligeramente durante el procedimiento, de la afirmación de que Chile no tenía derecho sobre ese flujo artificial en su demanda reconvenicional, a la de que no tenía ningún derecho adquirido sobre el mismo en su dúplica y en los petitorios finales¹¹⁴. Aquí, la Corte consideró que, dado que Chile había aceptado plenamente la primera reconvenção, también lo había hecho con esta, derivada de aquella¹¹⁵. Puntualizó, sin embargo, que

¹¹⁰ ICJ, *Dispute... op. cit.*, párr. 94.

¹¹¹ Véase, *supra*, nota 64.

¹¹² ICJ, *Dispute... op. cit.*, párr. 146.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 146, *in fine*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 14-16.

¹¹⁵ En concreto, la Corte hace el siguiente razonamiento: “[T]he Court observes that the meaning ascribed by Bolivia to the term “sovereignty” is no different in substance from the “sovereign right” that Chile recognizes Bolivia to have over the infrastructure installed in Bolivian territory. Bolivia stated that when it refers to its “sovereignty” over the “enhanced flow”, it means that its right over the channel works and its right to dismantle them, which Chile does not dispute, allow it to decide whether the flow generated

esta reconvencción, tal y como se presentó en las alegaciones finales de Bolivia, se basaba en la premisa de que Chile estaba reclamando un “derecho adquirido” sobre el flujo actual de agua que atraviesa la frontera, algo que Chile había negado claramente durante el procedimiento. Ello, unido a su reconocimiento de que Bolivia tenía un derecho soberano de dismantelar la infraestructura y de que cualquier reducción resultante en el caudal de las aguas del Silala hacia Chile no constituiría en sí misma una violación por parte de Bolivia del derecho internacional consuetudinario, hizo concluir a la Corte que tampoco existía un desacuerdo entre las Partes sobre este punto¹¹⁶.

En virtud de su tercera reconvencción, Bolivia solicitaba a la Corte que declarase que cualquier solicitud que Chile hiciese a Bolivia de entrega del caudal mejorado del Silala (en sus demanda reconvenccional y dúplica había hecho referencia, en cambio, a “cualquier entrega” y a “las aguas que fluían artificialmente”¹¹⁷), así como sus condiciones y modalidades, incluyendo una posible compensación económica, estaba sujeta a la celebración de un acuerdo con Bolivia¹¹⁸. Se refería a una situación en la que Bolivia decidiese dismantelar las obras de canalización y drenaje situadas en su territorio, y Chile indicase que preferiría que se mantuviesen para seguir recibiendo el caudal superficial mejorado producido por ellas¹¹⁹. Su rechazo por la Corte no se produjo por razones sustantivas, sino por considerar que se refería —como también había alegado Chile¹²⁰— a un escenario hipotético, cuando la Corte, como ya había reiterado en jurisprudencia anterior¹²¹, solo puede pronunciarse en relación con casos concretos en los que exista en el momento del procedimiento un litigio real entre las Partes¹²².

by those works will be maintained or whether it will cease as a result of the works being dismantled. According to Bolivia, the right that it claims is not an autonomous one but rather stems from its recognized right to maintain or dismantle all the installations in its territory. In this regard, the Court notes Chile's statement that Bolivia's right over the infrastructure was “wholly uncontroversial” and that Chile did not object to it” (ibidem párr. 153).

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 154.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 157.

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 159.

¹²¹ *Ibidem*, parr. 48. Específicamente, la Corte hizo referencia a sus siguientes casos previos: *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1963*, pp. 33-34; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016 (I)*, p. 138, párr. 123; y *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment, ICJ Reports 1974*, p. 32, párr. 73.

¹²² ICJ, *Dispute... op. cit.*, párrs. 160-162. Nótese, además, que la cuestión de las preguntas hipotéticas ya había salido a relucir durante la fase oral, pero, en ese caso, en relación con la respuesta de Chile a la primera reconvencción de Bolivia, solicitando a la Corte que la rechazase en caso de que Bolivia no cumpliera con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. A propósito de esta argumentación, el Juez Tomka preguntó a Chile si la Corte podía rechazar dicha reconvencción con sujeción a una condición de una conducta futura de Bolivia, y si no estaría la Corte decidiendo sobre la base de un escenario hipotético o de una hipótesis de futuro (ICJ, *Public sitting held on Thursday 14 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record*, International Court of

3.3. Cooperación, obligaciones procedimentales y clarificación de las obligaciones de notificación y consulta

La obligación general de cooperación aparece consagrada en el art. 8 de la Convención de 1997¹²³. Llama la atención que la sentencia se refiriese a ella y no solo a sus corolarios claramente procedimentales —el intercambio de datos e información, la notificación de medidas proyectadas, o la evaluación previa del impacto ambiental—, como obligación procedimental, cuando la cooperación puede entenderse también como una norma sustantiva e, incluso, como la base de todo el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales en sí mismo y subyacente, en consecuencia, a todas las demás normas en este ámbito¹²⁴, tanto sustantivas como procedimentales. La Corte considera así que las obligaciones de utilización equitativa y razonable y prohibición de daños sensibles van acompañadas y complementadas por obligaciones procesales más estrictas y específicas, que facilitan su implementación¹²⁵. Recuerda a continuación su afirmación en el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay sobre cómo mediante la cooperación, los Estados interesados pueden gestionar conjuntamente los riesgos de daños al medio ambiente creados por los planes iniciados por uno u otro de ellos, a fin de prevenir los daños en cuestión, mediante la implementación tanto de las obligaciones procedimentales como sustantivas¹²⁶. En consecuencia, la Corte consideró que las obligaciones de cooperar, notificar y consultar son un complemento importante de las obligaciones sustantivas de los Estados ribereños, especialmente cuando, en casos como el del Silala, el recurso compartido sólo puede protegerse a través de una estrecha y continua cooperación entre ellos¹²⁷.

Al respecto, Chile mantenía en su petitorio e) que Bolivia tenía la obligación de cooperar y notificar oportunamente a Chile de las medidas previstas que pudiesen tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos, intercambiar datos e información, y llevar a cabo, cuando proceda, una evaluación de impacto ambiental, a fin de que Chile pudiese evaluar los posi-

Justice, The Hague, *CR 2022/14, Year 2022*, accessible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/casereLATED/162/162-20220414-ORA-01-00-BI.pdf>, p. 26).

¹²³ Se recoge en los siguientes términos: “1. Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional. 2. Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante, la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones”. Véase en detalle sobre esta obligación, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión...*, *op. cit.*, pp. 156-161; y MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho...* *op. cit.*, pp. 369-465.

¹²⁴ MCCAFFREY, Stephen, C., “The customary law ... *op. cit.*”, pp. 147-174.

¹²⁵ ICJ, *Dispute...*, *op. cit.*, párr. 100.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 101.

bles efectos de las medidas proyectadas. Consideraba además que Bolivia había incumplido su obligación de notificar y consultar a Chile respecto de actividades que podrían afectar las aguas del Silala o su utilización por Chile¹²⁸. Bolivia contestó señalando que tanto ella como Chile tenían la obligación de cooperar, notificar y consultar al otro Estado en relación con actividades que puedan tener un riesgo de daño transfronterizo significativo cuando así lo confirme una evaluación de impacto ambiental. Defendía asimismo no haber incumplido ninguna obligación¹²⁹.

La Corte constató, en consecuencia, que existía un desacuerdo, de hecho y de derecho, entre las Partes: sobre el alcance de la obligación de notificación y consulta en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales, y sobre el supuesto incumplimiento de dicha obligación por Bolivia¹³⁰.

3.3.1. El alcance de las obligaciones de notificación y consulta

La Parte III de la Convención de 1997 prevé un régimen jurídico para las medidas proyectadas con el fin de ayudar a los Estados a mantener un equilibrio equitativo entre sus respectivos usos del curso de agua internacional, evitar controversias derivadas de nuevos usos¹³¹ y contribuir a la prevención de daños transfronterizos. De conformidad con el art. 12: “[E]l Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados”¹³². El comentario de la CDI al proyecto de esta disposición aclara que el umbral de este estándar —el riesgo de un *efecto perjudicial sensible*— es menor que el del daño sensible referido en el art. 7 de la Convención¹³³. El carácter consuetudinario de la obligación contenida en el art. 12 vendría avalado por su presencia habitual en decisiones de tribunales y cortes internacionales, declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones intergubernamentales, conferencias y reuniones, y estudios realizados por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de los que se recogen ejemplos¹³⁴.

Con anterioridad, el art. 11 está dedicado a la información sobre las medidas proyectadas sobre un curso de agua internacional, estableciendo que los

¹²⁸ *Ibidem*, p.15.

¹²⁹ *Ibidem*, p.16.

¹³⁰ *Ibidem*, párr. 102.

¹³¹ CDI, *Anuario* ..., p. 119.

¹³² Los siguientes artículos (13 a 19) de la Parte III establecen un procedimiento detallado a seguir, incluyendo disposiciones sobre el plazo para responder a la notificación, las obligaciones del Estado notificante durante el plazo para responder, la respuesta a la notificación, la falta de esta, consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas, procedimientos aplicables a la falta de notificación, y la ejecución urgente de medidas proyectadas.

¹³³ CDI, *Anuario*... *op. cit.*, p. 119.

¹³⁴ Véase, en detalle: *ibidem*, pp. 119-121.

Estados intercambiarán información y se consultarán y, si es necesario, negociarán, acerca de sus posibles efectos. Según su comentario, se trata de un puente entre la Parte II, que incluye en su art. 9 la obligación de intercambio regular de datos e información, y la Parte III, dedicada a las medidas proyectadas. Los posibles efectos a los que se refieren el art. 11 incluyen todos los potenciales de las medidas planificadas, ya sean perjudiciales o beneficiosos, evitando así los problemas inherentes a las evaluaciones unilaterales de la naturaleza real de dichos efectos¹³⁵. Por lo tanto, el umbral que desencadenaría la exigencia de esta obligación sería muchísimo menor que el del art. 12.

Para Chile, tanto el art. 11 como el 12 reflejaban derecho internacional consuetudinario¹³⁶. Sin embargo, para Bolivia, solo lo hacía el art. 12¹³⁷, cuyo umbral de desencadenamiento exigiría en todo caso que la actividad en cuestión pudiese tener un efecto negativo, e invocó la jurisprudencia anterior de la CIJ al respecto¹³⁸. La Corte concordó con la interpretación de estos artículos por parte de Bolivia y rechazó, en consecuencia, el petitorio chileno.

La Corte consideró así que, a diferencia de los comentarios a otras disposiciones del proyecto de artículos, incluidos los del art.12, los del art. 11 no hacían referencia a ninguna práctica estatal o autoridad judicial que sugiriese su carácter consuetudinario, por lo que para la CDI esta disposición no tendría tal estatus. A falta de una práctica general u *opinio iuris* que apoyase esa afirmación, la CIJ no pudo concluir tampoco su carácter consuetudinario y no estimó necesario abordar su interpretación¹³⁹. Algunos autores han cuestionado ya que la Corte hubiese apoyado esta conclusión únicamente en el comentario de la CDI a este artículo, del año 1994, y que no hubiese hecho un análisis de la práctica posterior, sobre la que han apuntado que se han producido desarrollos significativos¹⁴⁰.

En relación con el art. 12, la Corte afirmó que su contenido se corresponde en gran medida con su propia jurisprudencia sobre las obligaciones procedimentales que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario en materia de daños transfronterizos, incluida la gestión de recursos compartidos. Recordó así como había confirmado la existencia de una obligación de notificar y consultar a otros Estados ribereños afectados cuando existe un riesgo de daño transfronterizo sensible en su sentencia so-

¹³⁵ *Ibidem*, p. 118. De conformidad con el mismo comentario, las “medidas” deben entenderse también en sentido amplio, abarcando tanto los nuevos proyectos o programas de mayor o menor importancia como las modificaciones de los usos existentes del curso de agua internacional (*ibidem*).

¹³⁶ ICJ, *Dispute ...op. cit.*, párrs. 103-105.

¹³⁷ *Ibidem*, párrs. 106-107.

¹³⁸ *Ibidem*, párr. 108.

¹³⁹ *Ibidem*, párrs. 111-112.

¹⁴⁰ KEBEBEW, Tadesse M., “Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v Bolivia): Is the International Court of Justice falling short?”, *RECIEL*, vol. 32, issue 2, 2023, p. 374. Véanse ejemplos de esa práctica en: MESHEL, Tamar, “The Silala Judgment and the Duty to Cooperate in Customary International Water Law”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, pp. 51-71.

bre los casos acumulados en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, de 2015. En ella había especificado ya los pasos y el enfoque que debe adoptar un Estado que proyecta emprender una actividad sobre o en torno a un recurso compartido que pueda tener un efecto transfronterizo significativo. En primer lugar, debe hacer una evaluación preliminar sobre si existe un riesgo de daño sensible. Si dicha evaluación preliminar indica que existe tal riesgo, el Estado está obligado a realizar una evaluación de impacto ambiental. Si la evaluación de impacto confirma que existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, se activa la obligación de notificar y consultar¹⁴¹. Esta secuencia procedimental ha sido referida en la doctrina como la “matriz consuetudinaria de las normas internacionales de protección ambiental”¹⁴².

¹⁴¹ ICJ, *Certain activities... op.cit.*, párr. 104. Esta consideración del surgimiento de la obligación de notificación y consulta únicamente tras una evaluación previa del impacto ambiental positiva, generó, sin embargo, cierta controversia. Véase, entre otros: TANAKA, Yoshifumi, “Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment”, *RECIEL*, vol. 26, issue 1, 2017, pp. 95 y 97; o la Opinión separada en ese caso de la jueza Donoghue (ICJ, *Certain activities... op. cit.*, *Separate Opinion of Judge Donoghue*, párrs. 20-24). Sobre esta cuestión, el art. 12 de la Convención del 1997 se limita a establecer que la notificación de las medidas proyectadas “irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales, para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas”.

¹⁴² VIÑUALES, Jorge, E., “La protección ambiental en el Derecho consuetudinario internacional”, *REDI*, vol. 69, núm. 2, 2017, p. 73. Para este autor, “[E]ste párrafo es particularmente útil porque al mismo tiempo: i) identifica las normas a las que se les reconoce valor consuetudinario (la exigencia de diligencia debida de modo amplio así como en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental), y ii) se refiere a los precedentes jurisprudenciales en los que la base consuetudinaria ha sido reconocida con anterioridad, en particular la decisión de la CIJ en el caso de las plantas de celulosa en el río Uruguay, entre Argentina y Uruguay, decisión que, a su vez, se refiere a diversas decisiones anteriores, prueba de las raíces profundas de las normas identificadas” (*ibidem*). En el caso de las plantas de celulosa, la CIJ había sostenido, aplicando un criterio evolutivo, que la obligación de proteger y preservar del art. 41 del Estatuto sobre el río Uruguay debía interpretarse “de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada como un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido” (ICJ, *Pulp Mills... op. cit.*, párr. 204 (véase también: ICJ, *Gabčíkovo ...op. cit.*, *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, pp. 111-113). Además, la Corte consideró que no sólo debe realizarse tal estudio antes de la puesta en funcionamiento de un proyecto, sino también a lo largo de su vida, llevándose a cabo un control continuo de sus efectos en el medio ambiente (ICJ, *Pulp Mills... op. cit.*, párr. 205). Por otra parte, la CIJ no especificó el alcance y contenido de esta evaluación, estimando que correspondía a cada Estado determinarlo en su legislación nacional, teniendo en consideración la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su posible impacto adverso sobre el medio ambiente, además de la necesidad de ejercitar la diligencia debida durante la realización de ese estudio (*ibidem*). En la sentencia sobre los casos en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, de 2015, la CIJ, además de indicar la secuencia procedimental mencionada, extendió esta obligación a cualquier actividad que pueda ocasionar un impacto significativo adverso en un contexto transfronterizo (ICJ, *Certain activities ... op. cit.*, párr. 104); matizó que su contenido debía determinarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso (*ibidem*, párr. 104); y que una excepción por razones de emergencia en el derecho interno no afectaba a la obligación internacional de los Estados de llevar a cabo esa evaluación (*ibidem*, párr. 158).

Por lo tanto, la Corte coincidió con los argumentos de Bolivia y observó que, aunque los requisitos de notificación y consulta establecidos en su jurisprudencia y en el art. 12 de la Convención de 1997 no están redactados en idénticos términos —el art.12 se refiere a un *efecto perjudicial* sensible, y su jurisprudencia, a un *daño* sensible—, ambas formulaciones sugieren que el umbral para la aplicación de la obligación de notificar y consultar se alcanza cuando las medidas previstas o ejecutadas pueden producir efectos nocivos de cierta magnitud¹⁴³. La Corte interpretó así que el art. 12 no reflejaría de este modo una norma de derecho internacional consuetudinario más rigurosa que la obligación general de notificar y consultar contenida en su propia jurisprudencia¹⁴⁴. En consecuencia, confirmó que el umbral que desencadena la obligación de notificación y consulta es la existencia una actividad proyectada que plantee un riesgo de daño sensible para el otro Estado¹⁴⁵.

3.3.2. Ausencia de incumplimiento de las obligaciones procedimentales por Bolivia e invitación a la Partes a realizar consultas de forma continuada

La Corte examinó a continuación los hechos del caso para comprobar si se había alcanzado este umbral de riesgo de un daño sensible en el marco de las actividades en relación con las cuales Chile consideraba que Bolivia había incumplido su obligación de notificación y consulta.

Concluyó que Chile no había demostrado o ni siquiera, alegado, ningún perjuicio derivado de esas actividades y, menos aún, un daño transfronterizo significativo. Chile tampoco rebatió los detalles fácticos proporcionados por Bolivia durante el procedimiento en relación con esas actividades. Estos detalles revelaron: a) que no se llegaron a tomar medidas para permitir a la empresa privada boliviana DUCTEC, a la que se había otorgado una concesión en 1999 para comercializar el agua, las utilizase; b) tampoco se implementaron los proyectos de piscifactoría, presa, y planta de embotellamiento anunciados en prensa por Bolivia en 2012; c) que las viviendas construidas en las inmediaciones del Silala nunca habían sido habitadas; y d) que, aunque un puesto militar sí se puso en funcionamiento, se tomaron las medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas¹⁴⁶. Por todo ello, la Corte consideró que Bolivia no había incumplido la obligación de notificar y consultar, y rechazó, por unanimidad, este petitorio chileno¹⁴⁷.

Además, la Corte tomó nota de la voluntad expresada por Bolivia de continuar cooperando con Chile para garantizar la utilización equitativa y razo-

¹⁴³ ICJ, *Dispute... op. cit.*, párr. 116.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 117.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 118.

¹⁴⁶ *Ibidem*, párr. 127.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 128.

nable del Silala y sus aguas de ambos, e invitó a las Partes a tener presente la necesidad de llevar a cabo consultas de forma continuada, con un espíritu de cooperación, a fin de garantizar el respeto de sus respectivos derechos y la protección y preservación del Silala y su medio ambiente¹⁴⁸.

Algunas de las primeras reacciones a esta sentencia en el ámbito doctrinal han sido diversas en relación con la consideración de esta interpretación de las obligaciones procedimentales, yendo desde la consideración de que con este llamamiento la Corte está incentivando la cooperación, el principio de buena vecindad y la noción de comunidad de intereses¹⁴⁹; pasando por quienes no la consideran suficiente¹⁵⁰; hasta los que consideran que constituye un paso atrás¹⁵¹, susceptible de promover incluso conductas unilaterales por parte de los Estados de los cursos de agua internacionales¹⁵².

En nuestra opinión, el llamamiento a la realización de consultas continuas y a la cooperación entre las Partes —aunque realizado *obiter dicta* y no en la parte dispositiva de la sentencia— contrarresta la interpretación que la Corte hace de la ausencia de carácter consuetudinario del art. 11, y se acerca a la visión habitual en la doctrina de que la finalidad de las normas relativas a las medidas proyectadas de la Convención de 1997 no es sólo informar a los Estados potencialmente afectados del riesgo de efectos adversos significativos, sino facilitar un proceso más amplio de consultas o negociaciones para dar cabida a los intereses legítimos de los Estados notificados, y/o mejorar los planes para aumentar potencialmente los beneficios mutuos¹⁵³. En todo caso, se hace necesario diferenciar lo que sería deseable desde una perspectiva de *lege ferenda* y lo que efectivamente se pueda considerar una práctica consuetudinaria consolidada, tanto en relación con el art. 11 como el 9 de la Convención de 1997, que contiene la obligación de intercambio regular de datos e información —en general, y no solo en el contexto de medidas proyectadas— entre los Estados de un curso de agua internacional¹⁵⁴. Aun-

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 129.

¹⁴⁹ SANGBANA, Komlan, “Dispute Over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bol.) (I.C.J.)”, *International Legal Materials*, vol. 62, issue 5, 2023, p. 3.

¹⁵⁰ DELLAPENNA, Joseph W., *op. cit.*, p.129; o ROSENBLUM, Zoe H., y WOLF, Aaron T., “Implications of Chile v. Bolivia for Transboundary Wetlands”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, p. 125.

¹⁵¹ MESHEL, Tamar, “The Silala Judgment ... *op. cit.*”, p. 54.

¹⁵² KEBEBEW, Tadesse M., *op. cit.*, p. 374.

¹⁵³ LEB, Christina, *Data Innovations for Transboundary Freshwater Resources Management: Are Obligations Related to Information Exchange Still Needed?*, Brill, Leiden, 2020, p. 48. Nótese que la Convención de 1997 también hace referencia en su art. 6.2 a la celebración de “consultas con un espíritu de cooperación” entre los Estados de un curso de agua internacional en relación con la aplicación de las disposiciones relativas a la utilización equitativa y razonable y su determinación a través de la consideración de todos los factores y circunstancias pertinentes. Véase también la referencia a consultas entre las Partes que se hace en sus arts. 3, 4, 7, 21, 24, 26 o 30.

¹⁵⁴ El art. 9 dispone en concreto que “1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico y los relativos a la calidad del agua, así como las previsiones correspondientes. 2. El Estado

que se promueve este intercambio, entre otros, los datos recopilados hasta el momento sobre el indicador 6.5.1 de los ODS, que mide el proporción de la superficie de cuencas transfronterizas con un arreglo operacional para la cooperación en la esfera del agua”¹⁵⁵ sugieren que, incluso cuando hay acuerdos entre las Partes—y en este caso, como hemos visto, no existe ninguno entre Chile y Bolivia— el intercambio de datos entre Estados que comparten cursos de agua internacionales sigue siendo escaso¹⁵⁶.

4. ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA DE LA CONTROVERSIAS?

Podría considerarse que la sentencia del caso del Silala ha sido bastante salomónica si se tiene en cuenta que las peticiones de ambas Partes sufrieron un sino similar: de las cinco demandas de Chile, la Corte declaró sin objeto las cuatro primeras y rechazó la quinta; y de las tres reconveniciones bolivianas, declaró sin objeto la dos primeras y rechazó la tercera. Al mismo tiempo, el hecho de que la Corte haya considerado que las posiciones de las Partes han convergido durante el procedimiento en muchos de los puntos, puede entenderse como una victoria para la parte demandante. No obstante, no debe olvidarse que el demandante en este procedimiento era Chile, por lo

del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no estén fácilmente disponibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación, y en su caso, el procesamiento de esos datos o información. 3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que sean comunicados”. El intercambio regular de datos e información y el monitoreo continuo tiene una mayor relevancia práctica, si cabe, en el ámbito concreto de la gestión de acuíferos transfronterizos, dada la falta de conocimiento en muchos casos sobre las características que los Estados del acuífero tienen sobre el mismo y a su compleja naturaleza y fragilidad. Posiblemente se trate también de una de las pocas obligaciones sobre la que podría indicarse su emergente carácter consuetudinario, atendiendo a la todavía poca práctica estatal en la gestión conjunta de acuíferos transfronterizos, mucho menos desarrollada que las aguas superficiales. Véanse los arts. 8 y 13 del proyecto de artículos de la CDI sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (A/RES/63/124); ECKSTEIN, Gabriel, *The International Law of Transboundary Groundwater Resources*, Earthscan, 2017, pp. 125-128; SINDICO, Francesco, *International Law and Transboundary Aquifers*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 91-94 y 128-130; o MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión...*, pp. 179-180.

¹⁵⁵ Lo hace en el contexto de la meta 6.5 “[D]e aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda” (véanse las resoluciones de la Asamblea General 70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, y 71/313 “Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, de 6 de julio de 2017, A/RES/71/313). Un “arreglo” se define como cualquier “tratado o cualquier otro tipo de acuerdo o instrumento”, y se establecen como requisitos para poder calificarlo como “operativo” los siguientes, que deben darse de forma concurrente: 1) la existencia de un órgano o mecanismo conjunto; 2) la celebración de reuniones con una frecuencia mínima anual entre los países ribereños; 3) el establecimiento de un plan de gestión conjunta o coordinada del agua o que se hayan definido objetivos conjuntos; y 4) el intercambio de datos e información con una frecuencia mínima anual.

¹⁵⁶ Véanse: NACIONES UNIDAS y UNESCO, *Avances en la cooperación en materia de aguas transfronterizas. Valores de referencia mundiales para el indicador 6.5.2 de los ODS*, 2018; y NACIONES UNIDAS y UNESCO, *Avances en la cooperación en materia de aguas transfronterizas. Situación Mundial del Indicador 6.5.2 de los ODS y necesidades de aceleración 2021*.

que era quien “más tendría que perder”; así como que dentro de los petitorios finales de las Partes, precisamente el único que se refería a una acusación de quebrantamiento de obligaciones por la otra Parte, la supuesta violación por Bolivia de sus obligaciones de notificación y consulta en relación con actividades que pudiesen ocasionar un daño significativo al curso de agua internacional, fue desestimada por la Corte por unanimidad.

En cualquier caso, llama considerablemente la atención que la Corte declarase la mayor parte de las pretensiones de las Partes carentes de objeto debido a la convergencia de sus posiciones durante el proceso, en lugar de emitir una sentencia declarativa, que era lo que ellas solicitaban. Es decir, la Corte ha “decidido sin decidir”¹⁵⁷ en relación con la mayor parte de los puntos de la controversia. También puede señalarse la ausencia en la decisión de la Corte de algunas cuestiones, sobre todo ambientales, sobre las que, dadas las circunstancias que rodeaban el caso, cabría quizá esperar algún tipo de pronunciamiento. Por su parte, aunque la dimensión científica y técnica de la controversia tampoco aparece reflejada en la sentencia, el desarrollo procedimental del caso sí ha permitido a la Corte consolidar la articulación práctica que venía haciendo en casos similares sobre la intervención de los expertos de las Partes.

4.1. La ausencia de una sentencia declarativa

Después de no encontrar ningún obstáculo a su jurisdicción en virtud del art. XXXI del Pacto de Bogotá de 1948, la Corte comenzó observando que algunas de las posiciones de las Partes habían evolucionado durante el procedimiento y que ambas mantenían que algunas demandas y contrademandas de la otra no tenían objeto o se referían a cuestiones hipotéticas¹⁵⁸. A continuación, procedió a examinar por ella misma si y hasta qué punto las alegaciones finales continuaban reflejando una disputa entre las ellas o, si, por el contrario, se habían quedado sin objeto debido a la convergencia de posiciones o acuerdo entre las Partes, o por otra razón¹⁵⁹.

Siguiendo con este razonamiento, la Corte describió en los párrafos 46 y 48 de la sentencia las bases jurisdiccionales sobre las que iba a examinar cada una de las demandas y reconveniones, y resolver el caso: a) dado que el papel de la Corte consiste en resolver disputas existentes, la parte dispositiva de la sentencia no debería, en principio, recoger los puntos en los que la Corte consideraba que las Partes están de acuerdo¹⁶⁰; b) las declaraciones hechas

¹⁵⁷ ZUBIETA MARISCAL, Franz J., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de diciembre de 2022 en el caso “sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala” (Chile C. Bolivia): la evidencia científica en la catarsis del conflicto”, en RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, y GARCÍA CASAS, María (coords.), “Crónica de Derecho Internacional Público”, *REEI*, núm. 45, 2023, pp. 3-7.

¹⁵⁸ ICJ, *Dispute ...op. cit.*, párrs. 21, 40 y 53.

¹⁵⁹ *Ibidem*, párrs. 42-44.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párr. 46.

por las Partes ante la Corte deben presumirse hechas de buena fe¹⁶¹; c) si la Corte llega a la conclusión de que las Partes han llegado a un acuerdo sobre una demanda o contrademanda, tomará nota de ello en la sentencia y concluirá que han quedado sin objeto. En ese caso, no será pertinente una sentencia declaratoria¹⁶²; d) la Corte debe pronunciarse sobre una controversia real entre las partes que implique un conflicto de intereses jurídicos entre las Partes¹⁶³; así como que e) no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre el derecho aplicable a situaciones hipotéticas¹⁶⁴. Centrándonos en la decisión de dejar sin objeto buena parte de los petitorios de los dos Estados debido a la convergencia de sus posiciones, esta fue adoptada en la mayoría de los casos por quince votos a favor y uno en contra —la de la jueza Charlesworth—, con una excepción: la decisión sobre la demanda d) de Chile —que entendía que las Partes habían convergido sobre la existencia de la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que se produjese un daño transfronterizo significativo— tuvo otro voto en contra, el del juez Robinson¹⁶⁵.

Puede resultar debatible hasta qué punto hubo convergencia entre la voluntad de las Partes. La propia Corte reconoció que cada una de ellas sostenía que ciertas alegaciones de la otra, aunque reflejaban puntos de convergencia entre ellas, seguían siendo vagas, ambiguas o condicionales, y, por lo tanto, no podía considerarse que expresen un acuerdo entre ellas¹⁶⁶. En consecuencia, ambas solicitaron a la Corte que dictase una sentencia declarativa que proporcionase seguridad jurídica en sus relaciones mutuas¹⁶⁷.

Aun aceptando la convergencia de las posturas entre las Partes, la no adopción de una sentencia declarativa en relación con estos petitorios ha sido objeto de crítica por las dos declaraciones y el voto particular que acompañaron la decisión, y de comentario por la doctrina ya en algunas de las primeras reacciones a la sentencia en blogs jurídicos¹⁶⁸. Destaca así que la Corte no se haya pronunciado sobre el fondo de los petitorios que declaró sin objeto, es decir, que no haya dejado constancia de los acuerdos o convergencias en la

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 48.

¹⁶⁴ *Ibidem*, párr. 48.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párrs. 40 y 44.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párr. 44.

¹⁶⁸ Entre ellos: “The Silala Case: Was Justice Served?”, Written by Benjamin Salas Kantor and Elisa Zavala, *EJIL:talk!*, December 9, 2022, accesible en: <https://www.ejiltalk.org/the-silala-case-was-justice-served/>; “How to make a dispute disappear? Lessons in illusionism by the International Court of Justice in the Silala case”, Amael Notini Moreira Bahia, 12/07/2022, International Law Association Brazil, accesible en: <http://ila-brasil.org.br/blog/how-to-make-a-dispute-disappear-lessons-in-illusionism-by-the-international-court-of-justice-in-the-silala-case/>; o “Preliminary Reflections on the ICJ Decision in the Dispute between Chile and Bolivia Over the Status and Use of the Waters of the Silala”, Written by Francesco Sindico, Laura Movilla Pateiro and Gabriel Eckstein, *EJIL:talk!*, December 8, 2022, accesible, en <https://www.ejiltalk.org/preliminary-reflections-on-the-icj-decision-in-the-dispute-between-chile-and-bolivia-over-the-status-and-use-of-the-waters-of-the-silala/>.

parte dispositiva de la sentencia, algo que habría dado, probablemente, más seguridad jurídica al futuro de las relaciones de las Partes¹⁶⁹.

Si examinamos las dos declaraciones y el voto particular observamos como en su breve declaración, el juez Tomka puso de relieve también el hecho de que la sentencia “*decides almost nothing*”¹⁷⁰ y se planteó incluso su utilidad¹⁷¹. Subrayó, sin embargo, que la Corte debía, como ha hecho en este caso, dar un peso decisivo a la formulación de los petitorios de las Partes en las alegaciones finales¹⁷².

Por su parte, la jueza Charlesworth expresó en su declaración como, desde su punto de vista, la Corte, en vez de resolver la disputa, se centró en analizar si todavía existía una¹⁷³. Señaló además que el razonamiento sobre la convergencia entre los argumentos de las Partes no tenía base en la jurisprudencia anterior de la Corte y que se había subestimado el valor de una sentencia declaratoria¹⁷⁴. Enfatizó el valor de los pronunciamientos declarativos de la Corte para ayudar a estabilizar las relaciones jurídicas entre ellas¹⁷⁵. Criticó así la metodología de las “*disappearing disputes*” empleada en la sentencia, que parecía olvidar que la misión de la Corte es, precisamente, decidir disputas¹⁷⁶, introduciendo, en su opinión, un innecesario nivel de complejidad e incertidumbre en el propio concepto de “disputa”¹⁷⁷. Consideró además que el razonamiento mayoritario seguido por la Corte, presumiendo la buena fe de las Partes al realizar declaraciones ante ella, no implicaba necesariamente que los Estados tengan la intención de vincularse por las mismas¹⁷⁸.

A su vez, en su opinión separada, el juez *ad hoc* Simma, nombrado por Chile, se declaró también sorprendido por el hecho de que la sentencia no decidiese casi nada¹⁷⁹ y enfatizó los cambios de postura de Bolivia durante el procedimiento, que interpretó como una aceptación de la Parte demandada de la validez de los planteamientos del caso por la Parte demandante, así como una renuncia a la mayoría de sus pretensiones iniciales¹⁸⁰. Consideró asimismo que una convergencia en la postura de los Estados no es un acuer-

¹⁶⁹ SANGBANA, Komlan, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁰ ICJ, *Dispute... op. cit.*, *Declaration of Judge Tomka*, párr. 1.

¹⁷¹ *Ibidem*, párr. 4.

¹⁷² ICJ, *Dispute... op. cit.* *Declaration of Judge Charlesworth*, párr. 3.

¹⁷³ *Ibidem*, párr. 2.

¹⁷⁴ *Ibidem*, párr. 3.

¹⁷⁵ Véanse, especialmente, *ibidem*, párrs. 3, 19 y 23.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 8.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 9.

¹⁷⁸ *Ibidem*, párr. 15.

¹⁷⁹ *Ibidem*. *Separate Opinion of Judge Ad Hoc Simma*, párr. 2. Finaliza su Opinión Separada con una expresión muy gráfica en este sentido: “[R]eflecting on the Court’s deliberative process, the then President of the Permanent Court of International Justice, Max Huber, once compared the Court’s decisions to “ships which are intended to be launched on the high seas of international criticism”. It is a pity that today the Court chose to launch an empty vessel” (*ibidem*, párr. 20).

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 6.

do, ya que podía seguir existiendo un desacuerdo sobre la solución a la controversia. Por ello defendió también que hubiese sido necesaria igualmente una declaración sobre la situación jurídica¹⁸¹.

Lo cierto es que las Partes no se lo pusieron fácil a la Corte. A la evolución de algunos de la formulación de algunos de los petitorios hay que añadir que, pese a que reconocieron coincidir en muchos petitorios, se reprochaban también mutuamente al mismo tiempo la ambigüedad o la condicionalidad de las posiciones de la otra Parte, persistiendo desacuerdos entre ellas. Al mismo tiempo, sin embargo, ambas mantuvieron sus petitorios al final de las audiencias orales, aunque es posible observar de su simple lectura que —salvo en relación, sobre todo, con el petitorio e) de Chile y la mayoría de las reconveniones de Bolivia— existían grandes similitudes entre ellos¹⁸².

4.2. Cuestiones ausentes

Puede llamar la atención también que la sentencia no haya incidido algo más en consideraciones ambientales. Más allá de las cuestiones ya examinadas en relación con las obligaciones de no causar daños sensibles transfronterizos, notificación y consulta, y de realización de una evaluación de impacto ambiental, la protección del medio ambiente está bastante ausente en la decisión de la Corte. La única referencia expresa a este se hace en el contexto del llamamiento que se hace a las Partes a tener presente la necesidad de llevar a cabo consultas de forma continuada, con un espíritu de cooperación, a fin de garantizar el respeto de sus respectivos derechos y la protección y preservación del Silala y *su medio ambiente*¹⁸³. En relación con los humedales en particular, la sentencia se limita reconocer el derecho soberano de Bolivia —también reconocido por Chile— a dismantelar las obras de canalización y drenaje, y restaurar los humedales¹⁸⁴.

La Corte ha dejado pasar así la oportunidad de incidir más en la obligación de protección y preservación del medio ambiente de la zona en general y, más en concreto, sobre el régimen jurídico aplicable a los humedales del área del Silala —designados “humedales de importancia internacional” bajo la Convención relativa a los humedales de importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, firmada en Ramsar el 2 de febrero de 1971, y su interacción con el derecho de los cursos de agua internacionales. Si bien es cierto que su protección tampoco era una parte fundamental de la formulación de los petitorios finales de las Partes, durante el procedimiento esta cuestión sí estuvo muy presente en los informes de los expertos de las Partes y en las intervenciones de sus abogados, sobre todo de Bolivia, que

¹⁸¹ Véanse, especialmente, párrs 9, 18 y 20.

¹⁸² ICJ, *Dispute...op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁸³ *Ibidem*, párr. 129. Énfasis añadido.

¹⁸⁴ *Ibidem*, párrs. 75 y 145.

describieron con detalle la degradación que los humedales de la zona habían sufrido como consecuencia de las obras de canalización y drenaje¹⁸⁵.

No obstante, no debe olvidarse que algunas de las contribuciones más relevantes en materia ambiental en sentencias anteriores de la Corte se produjeron en el contexto de interpretaciones evolutivas de los tratados sobre cursos de agua internacionales que existían entre las Partes de la controversia, a la luz de los desarrollos producidos con posterioridad en el derecho internacional del medio ambiente¹⁸⁶, tratado que no existía en el caso del Silala.

Otro aspecto que puede echarse en falta en la sentencia es alguna mención más específica a las aguas subterráneas o acuíferos transfronterizos de la zona del Silala —sobre todo, una vez determinado que el flujo del Silala está compuesto por aguas superficiales y subterráneas¹⁸⁷— y a las particularidades de régimen jurídico de ese recurso más allá de su inclusión dentro del concepto de curso de agua internacional, que se encuentra mucho menos desarrollado que el de las aguas superficiales¹⁸⁸.

Probablemente, también hubiese resultado útil para el futuro de las relaciones entre las Partes que la Corte hubiese profundizado más en algunas cuestiones de fondo sobre las que pasó bastante de puntillas como consecuencia de la declaración de muchos de los petitorios sin objeto, y por tanto, sin necesidad de pronunciarse sobre ellos: la cuestión de los derechos adquiridos en relación con los usos existentes del Silala, o el régimen jurídico aplicable al posible desmantelamiento de las obras de canalización y drenaje.

4.3. Contribución a la consolidación de la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias científicas y técnicas

Las diferencias iniciales en los planteamientos de las Partes sobre la naturaleza misma del Silala, la gran cantidad de estudios técnicos realizados por ellas durante el desarrollo del procedimiento, y el hecho de que sus expertos fuesen convocados por la Corte para ser sometidos a interrogatorios y contrainterrogatorios en la fase oral, hacían presagiar una gran relevancia de la ciencia en la decisión sobre el fondo del asunto y despertaron interés por cómo la Corte lidiaría con ella. Sin embargo, al haber concluido la Corte que existía una convergencia de las posiciones de las Partes, incluidas las de sus expertos, en torno a la caracterización del Silala como curso de agua internacional, no vio la necesidad de pronunciarse sobre ese petitorio, que

¹⁸⁵ Véase, especialmente: ICJ, *Public sitting held on Monday 4 April 2022, at 3 p.m., ... op. cit.*, pp. 17-32.

¹⁸⁶ En detalle: MOVILLA PATEIRO, Laura, “La progresiva... *op. cit.*”, pp. 11-17.

¹⁸⁷ *Ibidem*, párrs. 17 y 32.

¹⁸⁸ Véase, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho Internacional... op. cit.*; ECKSTEIN, Gabriel, *The International Law ... op. cit.*; o SINDICO, Francesco, *International Law ... op. cit.*

habría quedado así sin objeto, y, por lo tanto, no entró a valorar tampoco la abundante información científica y técnica que presentaron las Partes. Ello, aunque los dos Estados y sus expertos discrepases sobre el efecto de las obras de la canalización y drenaje sobre el aumento del flujo superficial que atravesaba la frontera, cuestión que se recondujo a la consideración de que esas especiales características del Silala eran uno de los factores que debían tenerse en cuenta en cuenta a la hora de determinar su utilización equitativa y razonable.

A pesar de que, paradójicamente, la ciencia ha estado ausente en la sentencia, la Corte ha consolidado con este caso la articulación de la práctica de la prueba durante el procedimiento en relación con cuestiones científicas y técnicas que había ido esbozando en procedimientos anteriores¹⁸⁹. Casos en torno a recursos hídricos u otras cuestiones ambientales han dejado patente en los últimos años el creciente grado de complejidad científica y técnica de las controversias sobre las que se está teniendo que pronunciar la Corte y se ha suscitado, incluso, un debate sobre su capacidad para lidiar con ellas, tanto en la doctrina como entre sus propios miembros¹⁹⁰. Ante la ausencia de reglas específica para juzgar controversias de este tipo, entre las herramientas más pertinentes que tienen a su disposición la CIJ y las Partes para presentar y valorar en el procedimiento las cuestiones técnicas y científicas se encuentra la figura del experto¹⁹¹.

Las Partes pueden recurrir a expertos en los momentos iniciales del procedimiento y para preparar la fase escrita. En la fase oral pueden intervenir como consejeros¹⁹² o comparecer como testigos o peritos¹⁹³. Solo en el segundo caso los expertos pueden ser objeto de interrogatorio por la parte contraria¹⁹⁴. No obstante, más allá de esta indicación, ni el Estatuto ni el Reglamento

¹⁸⁹ Entre otros: DEVANEY, James G., "The role of science and expert evidence in the ICJ's Silala judgment: How Bolivia's incoherent claims ran up against reality", *Questions of International Law*, Zoom-out, 98, 2023, pp. 5-19.

¹⁹⁰ Entre otros: GARCÍA RICO, Elena del Mar, GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, y TORRES CAZORLA, María Isabel, "La práctica reciente de la Corte Internacional de Justicia en controversias jurídicas con un componente científico: un análisis crítico", en VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, ADAM MUÑOZ, María Dolores, y CORNAGO PIRETO, Noé (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 101-112; GILES-CARNERO, Rosa M., *op. cit.*, pp. 159-167; SANDS, Philippe, "Water and international law: science and evidence in international litigation", *Environmental law and management*, vol. 22, issue 4, 2010, pp. 151-161; o MOVILLA PATEIRO, L., *La dimensión... op. cit.*, pp. 314-318.

¹⁹¹ Otra posibilidad, no utilizada nunca hasta la fecha por la CIJ, ni en casos en torno a recursos hídricos ni otros, es la de recurrir al nombramiento asesores, quienes de conformidad con el art. 30 del Estatuto de la Corte y los art. 9 y 21 de su Reglamento, tomarían asiento en ella y participarían en las deliberaciones, pero no tendrían derecho a voto. Véase: MBENGUE, Makane Moïse, and DAS, Rukmini, *Use of Experts in International Freshwater Disputes. A Critical Assessment*, Brill, 2019, p. 80.

¹⁹² Art. 43 del Estatuto de la CIJ. Véase también el art. 57 del Reglamento de la CIJ.

¹⁹³ Art. 63 del Reglamento de la CIJ.

¹⁹⁴ Arts. 64 y 65 del Reglamento de la CIJ.

to de la CIJ detallan cómo debe ser su intervención¹⁹⁵, por lo que la práctica no ha sido ni predecible ni uniforme¹⁹⁶, sino que la CIJ le ha ido dando forma a medida que las partes han ido recurriendo a ellos, haciendo un esfuerzo por estructurar su intervención en los casos más recientes.

Si examinamos los casos en torno a recursos hídricos sustanciados ante la CIJ con anterioridad al del Silala, en los relativos a las presas *Gabčíkovo-Nagyymaros*, a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, y a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y la construcción de una carretera por Costa Rica a lo largo del río San Juan, las Partes presentaron también abundantes pruebas de carácter científico y técnico y recurrieron al uso de expertos. En los dos primeros casos, presentaron a los expertos como asesores u abogados en vez de como testigos o peritos, por lo que no fueron objeto de interrogatorio en el proceso, ni tuvieron que hacer la declaración de decir la verdad prevista en el art. 64 del Reglamento de la Corte. La propia CIJ observó en la sentencia sobre las plantas de celulosa que “aquellas personas que prestan testimonio ante la Corte sobre la base de su conocimiento científico o técnico en razón de su experiencia profesional, deberían testificar ante la Corte como peritos, como testigos o en algunos casos, en ambas modalidades, en lugar de hacerlo como consejeros (de una de las Partes) para que puedan ser objeto de preguntas por la otra parte y por la propia Corte”¹⁹⁷, una práctica que se ha arraigado desde entonces¹⁹⁸. En otras controversias de corte ambiental sustanciadas ante la CIJ, como el caso *Whaling*, de 2014, las Partes presentaron también a expertos como testigos, que fueron interrogados en primer lugar por el Estado que los proponía¹⁹⁹. Con posterioridad, en los casos acumulados entre Costa Rica y Nicaragua en torno al río San Juan, de 2015, se confirmó la práctica de que los expertos presentasen por escrito con anterioridad el testimonio que iban a dar en la fase oral²⁰⁰.

En el caso del Silala, tanto Chile como Bolivia acompañaron sus escritos con muy extensos informes de sus expertos, centrados, sobre todo, en las características hidrogeológicas de la zona del Silala y el impacto de las obras de canalización y drenaje²⁰¹. La Corte solicitó a las Partes que sus expertos pre-

¹⁹⁵ Véase: PARSEGHIAN, Cicely O., y GUTHRIE, Benjamin K., “The Role of Scientific and Technical Experts”, en MCCAFFREY, Stephen. C., LEB, Christina, y DENOON, Riley T. (eds.), *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 328.

¹⁹⁶ MBENGUE, Makane Moise, “Scientific Fact-finding at the International Court of Justice: An Appraisal in the Aftermath of the Whaling Case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, issue 2, p. 549.

¹⁹⁷ ICJ, *Pulp Mills ... op. cit.*, párr. 167.

¹⁹⁸ MBENGUE, Makane Moise, and DAS, Rukmini, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁹ ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, *Judgment*, ICJ Reports 2014, p. 226.

²⁰⁰ ICJ, *Certain activities... op. cit.*

²⁰¹ Motivado o no precisamente por el gran volumen de los informes técnicos presentados por las Partes en este procedimiento, lo cierto es que durante el transcurso de este la Corte enmendó en sus instrucciones prácticas para limitar a 750 el número de páginas de los anexos adjuntados por las Partes a sus escritos procesales, salvo que la Corte decida, a instancia de Parte, que, en las circunstancias

sentasen una declaración escrita que contuviese un resumen sobre los aspectos de sus estudios más relevantes en relación con los puntos de desacuerdo entre las partes²⁰². Durante la fase oral y siguiendo las instrucciones de la Corte, cada una de las Partes pidió a sus expertos que confirmasen su declaración escrita, lo cual sirvió como su interrogatorio. A continuación, fueron objeto de conainterrogatorio por la otra Parte, seguido de un nuevo interrogatorio por el Estado que lo proponía, limitado a las cuestiones planteadas en el conainterrogatorio²⁰³. Finalmente, recibieron preguntas directas por parte de algunos jueces²⁰⁴.

Debe tenerse en cuenta en todo caso que CIJ no tiene mucha práctica en el interrogatorio de peritos y expertos en general, ya que los casos en los que la comprobación de los hechos es fundamental siguen siendo una minoría dentro del conjunto de casos de los que se ocupa²⁰⁵. Sin embargo, puede valorarse positivamente la progresiva articulación práctica que ha ido desarrollando en los últimos años en torno a su intervención en procedimientos en los que se sustancian cuestiones de alto contenido científico o técnico²⁰⁶.

Respecto a la valoración por parte de los CIJ de los elementos presentados por los expertos de las Partes, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, no estimé necesario hacerlo, algo que ha sido criticado por la doctrina²⁰⁷. En cambio, sí llevó a cabo una visita al escenario de la controversia, donde expertos de ambas Partes realizaron presentaciones²⁰⁸. En el caso de las plantas de celulosa, las aportaciones científicas de las Partes resultaron especialmente contradictorias entre sí, y varios jueces criticaron en sus opiniones separadas y disidentes que la CIJ no hubiese hecho uso ella misma de la posibilidad de nombrar a un experto²⁰⁹. La posibilidad de que la Corte nombre a sus propios

particulares del asunto, está justificado un número superior a dicho límite (*Instrucción práctica III. Modificación promulgada el 30 de enero de 2009. Nueva modificación, por la que se establece el límite de páginas, promulgada el 20 de enero de 2021, aplicable a los procedimientos incoados después de esa fecha*, accesible en: <https://www.icj-cij.org/practice-directions>).

²⁰² Véase, *infra*, notas 85 y 86.

²⁰³ El procedimiento seguido aparece explicado en: ICJ, *Public sitting held on Thursday 7 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Verbatim Record*, International Court of Justice, The Hague, CR 2022/10, Year 2022, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220407-ORA-01-00-BI.pdf>, p. 10.

²⁰⁴ Véase, *supra*, nota 88.

²⁰⁵ QUINTANA, Juan José, "Cuestiones de procedimiento en los casos Costra Rica c. Nicaragua y Nicaragua c. Costa Rica" ante la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, p. 146.

²⁰⁶ Véase también: KEBEBEW, Tadesse M., *op. cit.*, p. 373.

²⁰⁷ Entre otros: STEC, Stephen, y ECKSTEIN, Gabriel, "Of solemn oaths and obligations, the environmental impact of the ICJ's decision in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, 1997, pp. 43 y 46.

²⁰⁸ Véase en detalle sobre las cuestiones científicas en este procedimiento: MBENGUE, Makane Moïse, and DAS, Rukmini, *op. cit.*, pp. 18-21.

²⁰⁹ Véase: ICJ, *Pulp Mills... op. cit.*, *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, p.109; *Separate Opinion of Judge Greenwood; Declaration of Judge Yusuf*, pp. 216-220, y *Dissenting opinion Judge ad hoc Vinuesa*, p. 291. Véase también: CITTADINO Federica, "Science novit curia? Damage

expertos se encuentra prevista en el art. 50 de su Estatuto. Sin embargo, la CIJ apenas ha hecho uso de ella²¹⁰, y en todo caso, no todavía en relación con controversias en torno a recursos hídricos.

En el caso del Silala, la Corte no hizo una visita sobre el terreno, si bien debe tenerse en cuenta también su localización remota y que las Partes presentaron abundante información científica y técnica sobre la zona, incluyendo abundantes fotos y mapas y, en el caso, de Bolivia, también una perspectiva aérea de la zona a través de una grabación hecha por un dron, que también fue reproducida en parte ante la Corte durante las audiencias orales²¹¹.

Por otro lado, en el contexto del caso de las plantas de celulosa se había criticado también a nivel doctrinal algo que parece ser cada vez más habitual en la práctica de la CIJ: el recurso a la opinión de expertos no nombrados formalmente, conocidos como *experts fantômes*, que dan su opinión a algunos de sus jueces que lo solicitan o a su conjunto, normalmente durante sus deliberaciones, y cuya identidad y conclusiones no resultan públicas²¹². En el caso sobre la compensación sobre ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza²¹³ —en el que fue objeto de crítica que la propia Corte no hubiese recurrido al nombramiento de un experto en un caso en el que la determinación de la compensación necesitaba de una evaluación muy técnica y compleja²¹⁴—, también se especuló con la posibilidad de que hubiese recurrido a *experts fantômes*, a la vista de la novedosa metodología utilizada por la CIJ²¹⁵. No obstante, nada parece indicar que la Corte haya recurrido a ellos en el caso del Silala, teniendo en cuenta la ausencia de consideración de los aspectos científicos y técnicos del caso en la sentencia.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Si intentamos valorar esta sentencia desde la óptica de los medios de resolución de controversias sobre los usos de los cursos de agua internacionales

evaluation methods and the role of experts in the Costa Rica v Nicaragua case”, *Questions of International Law*, Zoom-in, 57, 2019, p. 48.

²¹⁰ Véanse: ICJ, *Corfu Channel case, Order of November 19th, 1949*, *ICJ Reports 1949*, p. 237; o ICJ, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Order of 16 June 2016*, *ICJ Reports 2016*, p. 240.

²¹¹ Véase: ICJ, *Public sitting held on Monday 4 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record*, International Court of Justice, The Hague, CR 2022/7, Year 2022, accesible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220404-ORA-01-00-BI.pdf>, pp. 24-26; y *Rejoinder... op. cit.*, Annex 30.

²¹² PARSEGHIAN, Cicely O., y GUTHRIE, Benjamin K., *op. cit.*, pp. 306-307.

²¹³ ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Compensation, Judgment*, *ICJ Reports 2018*, p. 15.

²¹⁴ FASOLI, Elena, “The ICJ and the compensation for environmental damage in the Costa Rica/Nicaragua case: Does the application of equitable principles offset independent technical expertise?”, *Questions of International Law*, Zoom-in, 57, 2019, pp. 3-4; o CITTADINO, Federica, *op. cit.*

²¹⁵ MBENGUE, Makane Moïse, and DAS, Rukmini, *op. cit.*, p. 40.

para fines distintos de la navegación fluvial, en un contexto en que las relaciones entre las Partes no favorecían el recurso a medios políticos o diplomáticos, el procedimiento ante la Corte, aún “decidiendo casi nada” puede verse como un medio que ha tenido, al menos, una doble utilidad. Por un lado, ha incentivado la realización de detallados estudios técnicos sobre la zona —fundamentales para una cooperación transfronteriza eficiente sobre recursos hídricos compartidos— que no se habían realizado con anterioridad por las Partes. Por otro, el intercambio de escritos procesales durante la fase escrita y de alegaciones durante la fase oral ha sido el canal a través del cual las Partes han conseguido converger en sus posturas, totalmente antagónicas antes del procedimiento²¹⁶. Una convergencia que se ha producido usando como lenguaje y parámetro el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales.

Debe tenerse en cuenta también el carácter flexible de las normas consuetudinarias de los cursos de agua internacionales, y, en especial, de la utilización equitativa y razonable. Se trata de una característica que resulta intrínseca a normas susceptibles de ser aplicadas a cualquier curso de agua internacional del planeta y, por lo tanto, adaptables a diferentes circunstancias hidrogeológicas, climáticas, políticas, económicas, culturales, u otras. El carácter abstracto de estas normas hace imprescindible la negociación y cooperación entre los Estados de cada curso de agua para su concreción e implementación práctica teniendo en cuenta las particularidades que rodean ese curso de agua internacional. De ahí la llamada que se hace en la sentencia a la realización de consultas continuas y a la cooperación entre las Partes con este fin. De hecho, sentencias anteriores de la CIJ sobre cursos de agua internacionales, como las relativas al caso *Gabcíkovo-Nagyymaros*²¹⁷ o a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay²¹⁸, hicieron llamamientos similares a la cooperación entre las Partes.

²¹⁶ Véase, en este mismo sentido, a F. J. Zubieta Mariscal, quién considera que “[L]a sentencia del caso Silala se constituye en un caso emblemático sobre el rol crucial del arreglo judicial y la generación de evidencia científica en la evolución de posiciones contradictorias que dan lugar a concesiones recíprocas y posibilitan acuerdos futuros. Una suerte de catarsis del conflicto en la que Chile y Bolivia, gracias a la realización de estudios científicos a profundidad, pudieron entender cuestiones fácticas esenciales de un sistema hídrico complejo y lograron un sinceramiento en sus alegatos escritos y orales que les permitió flexibilizar posiciones tradicionales sin renunciar a la protección de sus intereses”. ZUBIETA MARISCAL, Franz J., *op. cit.*, p. 6.

²¹⁷ ICJ, *Gabcíkovo... op. cit.*, párrs. 125-154. Téngase en cuenta que, siguiendo las indicaciones de la sentencia, Hungría y Eslovaquia celebraron un acuerdo para aplicarla. Sin embargo, Eslovaquia presentó en septiembre de 1998 un nuevo escrito ante la Corte solicitando la celebración de un nuevo procedimiento, al considerar que Hungría era reacia a llevar a la práctica tal acuerdo (ICJ, *Press Release 1998/28: Gabcíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia), Slovakia requests an additional Judgment*, 3 September 1998). Las partes reanudaron entonces las negociaciones y Eslovaquia solicitó en 2017 la discontinuación de ese segundo procedimiento, confirmada por la Corte (ICJ, *Press release 2017/31: Gabcíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia). The Court places on record the discontinuance by Slovakia of the procedure begun by means of its Request for an additional judgment*, 21 July 2017). Documentación accesible en <https://www.icj-cij.org/case/92>.

²¹⁸ CIJ, *Pulp Mills...op. cit.*, en especial: párrs. 75, 77, 81, 93 y 266.

En definitiva, aunque una sentencia declarativa hubiese sido probablemente más útil, la Corte ha hecho a las Partes una clara interpelación a cooperar y consultarse en la aplicación del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales teniendo en cuenta las particularidades del Silala, y confirmado el derecho de Bolivia a, en su caso, desmantelar las obras de canalización y drenaje situadas en su territorio. Corresponde ahora a las Partes, por tanto, su implementación.

