

VOTO RAZONADO

FRANCISCO URRUTIA HOLGUÍN
Juez ad hoc por Nicaragua

Por considerarlo de gran interés para el pueblo nicaragüense publicamos el voto disidente del Juez Urrutia Holguín que formó parte del Tribunal de la Haya como Juez designado por Nicaragua conforme el reglamento de la Corte que autoriza a los países en litigio que no tienen Juez de su propia nacionalidad en la Corte, a nombrar uno especial para el caso. El voto razonado del Dr. Urrutia, favorable a Nicaragua, es un profundo y erudito estudio sobre el arbitraje en Europa y en América y de los superiores avances doctrinarios en nuestro continente que honra no solo a su autor sino a la Jurisprudencia hispanoamericana, sobre todo por la inexplicable ausencia de doctrina jurídica en la sentencia de la Corte.

(Traducción especial para Revista Conservadora del Dr. Diego Manuel Chamorro).

Siento no estar de acuerdo con la sentencia de la Corte.

En consecuencia debo exponer mis conclusiones particulares sobre:

- I. Las doctrinas de derecho.
- II. Las nociones diferentes en América y Europa sobre el derecho de los Estados de impugnar las sentencias arbitrales.
- III. La regla del *Ubi possidetis iuris* que excluye en América las decisiones de equidad.
- IV. Vicios posibles de nulidad y aquiescencia (aceptación) del Laudo del Rey de España del 23 de Diciembre de 1906.

I

DOCTRINAS DE DERECHO

Nicaragua y Honduras han expuesto en el curso de este procedimiento doctrinas de derecho sobre las cuales se impone hacer observaciones.

Efectos de las nulidades de las sentencias arbitrales

En derecho internacional no existen vicios "sanabillis" (subsanables) ni "insanabillis" (no subsanables) por el hecho mismo de que no existe jurisdicción internacional obligatoria ante las cuales puedan ser remediadas las causas de nulidad.

La ausencia de ese órgano en Derecho Internacional no puede conferir carácter automático a la nulidad, permitir a un Estado ser juez de su propia causa y declararse desligado de toda obligación de ejecutar una sentencia, como no puede tampoco conceder carácter automático a la presunción absoluta de validez de la sentencia ni dar derecho de exigir su ejecución sin admitir el examen de su validez cuando la otra parte aduce válidamente agravios acerca de tal nulidad.

Ante el conflicto de derechos del Estado que invoca la nulidad de la sentencia arbitral y el que invoca la autoridad de la cosa juzgada, los países no tienen otro recurso que el de demandar a la instancia internacional resolver la cuestión de saber si existe sentencia con fuerza obligatoria.

En América Latina, en todos los casos citados en el capítulo II en que la sentencia ha sido impugnada, su ejecución ha sido suspendida y el examen de su validez sometido a la decisión de un nuevo árbitro, como por lo demás en el presente asunto en que el

abogado de Honduras ha explicado (audiencia del 5 de Octubre) que el país que representaba demandaba la ejecución de la sentencia pero que esa obligación de ejecutarla no resultaba sino

"...de la comprobación por la Corte de su fuerza obligatoria".

Ha sido demandado a la Corte considerar los casos en que la aquiescencia, el *estoppel* (aceptación o consentimiento de la sentencia) o la presentación tardía de las causas de nulidad puedan limitar o hacer perder el derecho de un Estado de impugnar la validez de una sentencia.

1) **Aquiescencias.** Para estudiar el efecto que puede tener la aquiescencia sobre una sentencia cuya validez es impugnada, es necesario definir los límites posibles de la aquiescencia y si tiene poder de revivir los efectos inexistentes de una sentencia nula.

Hay en el derecho civil actos nulos que no pueden revivir aun por aceptación ulterior de las partes. Pero, en Derecho Internacional los Estados son soberanos y no tienen limitación para aceptar y convenir lo que sea.

Los Estados pueden convenir, si así les parece, la ejecución de las disposiciones de una sentencia nula pero en ese caso las disposiciones de la sentencia encontrarán su causa y su fundamento de derecho en la sentencia que es nula, sino en el acuerdo válido entre dos Estados soberanos.

Si existen en la sentencia mismos vicios esenciales

que las partes no pueden conocer antes de recibir el texto no se puede considerar como aquiescencia sino la declaración formal, por el órgano competente del Estado, en que manifieste que renuncia expresamente a impugnar la validez de la sentencia.

En los tratados que someten una cuestión a la decisión "sin apelación" de un árbitro o de un juez, las partes renuncian a interponer recursos de "apelación", pero no pueden renunciar de antemano a no impugnar nunca la nulidad posible en una sentencia futura que no conocen.

2) **Estoppel.** La excepción de buena fe que existe en casi todos los sistemas jurídicos y que prohíbe sacar provecho de sus propias faltas y que, en el derecho anglo-sajón, ha tomado el nombre de "estoppel" sería aplicable en el caso presente si se probara que la conducta de uno de los Estados ha conducido al otro a fiarse de las aquiescencias (aceptaciones) y a creer en la renuncia a impugnar la validez de la sentencia.

3) **Presentación tardía de las causas de nulidad.** No existe en derecho internacional hasta el presente una costumbre uniforme que permita afirmar que la inacción de los Estados que puedan tener interés en invocar la causa de nulidad implique una presunción de renuncia a impugnar la validez de una sentencia.

En derecho privado los términos de prescripción existen, pero generalmente, en casi todas las legislaciones, se hace una excepción para los derechos del Estado que son considerados como imprescriptibles.

En las relaciones internacionales, en ciertos casos la impugnación por el Estado interesado ha sido inmediata. En otros, muchos años han transcurrido antes de la impugnación. En el asunto del **Río San Lorenzo**, la sentencia pronunciada en 1814 fue impugnada por nota de 1831 y la impugnación aceptada en 1842. En el asunto entre Venezuela y Colombia, la sentencia del Rey de España fue pronunciada en 1891. Venezuela aceptó inicialmente la sentencia pero obtuvo, en 1917, que Colombia aceptara someter la validez de la sentencia a la decisión del Consejo federal suizo. La impugnación por Costa Rica de la sentencia del Presidente Loubet de 1897 no fue llevada ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos White sino en 1910.

En América en once tratados bilaterales sobre arbitraje general firmados antes de 1911, el recurso en caso de nulidad de sentencias ha sido previsto. En dos de esos tratados se fija un límite de tres a seis meses para presentar el recurso y en los otros simplemente se declara que el recurso debe ser presentado antes de la ejecución de la sentencia.

II

NOCIONES DIFERENTES EN AMÉRICA Y EN EUROPA SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS ESTADOS A IMPUGNAR LAS SENTENCIAS ARBITRALES

Las reglas y costumbres generalmente aceptadas en América estaban en 1894 y 1907 lejos de las que pueden ser consideradas como las más deseables para dar más autoridad al arbitraje en el derecho internacional de 1960.

Mientras en Europa no se había acudido al arbitraje en el siglo XIX sino con precauciones extremas y sobre la base de compromisos especiales, firmados para cada caso en particular, América había avanzado sobre su época firmando, entre 1847 y la segunda conferencia de La Haya, más de doscientos tratados generales de arbitraje. En cuarenta y ocho de entre ellos la obligación del arbitraje obligatorio estaba previsto para cuestiones territoriales.

Eso explica que en la conferencia de La Haya de 1907 (sólo Méjico había sido invitado a la de 1899) los representantes de América: 1) insistieron sobre el ideal preconizado en América del arbitraje obligatorio aun para las cuestiones territoriales, 2) exigieron limitarlo al derecho, y 3) apoyaron el establecimiento de una jurisdicción para conocer de la validez de las sentencias. Por el contrario en 1907, la prudencia europea limitó la noción de arbitraje: 1) a las cuestiones que no metían en causa el honor o los intereses esenciales de los Estados, 2) a los arbitrajes en que todas las reglas debían ser previstas en el compromiso, y 3) a sentencias contra las cuales había resistencia a admitir recurso alguno.

Ante las dificultades que presenta, en 1960, la interpretación de lo que puede ser la voluntad de las partes firmantes de un tratado en 1894, las circunstancias en los cuales se desarrolló el procedimiento en 1904 o el alcance de la conducta de los Estados americanos en 1906, la Corte no puede perder de vista que la historia diplomática de la evolución del principio del arbitraje en América tiene más autoridad que el análisis literal de los textos.

Es particularmente importante en el asunto que nos ocupa no emitir juicio sobre la conducta de las Partes en sus tentativas de pedir explicaciones a someter a juicio la validez de las sentencias, sin estudiar las costumbres que, sobre esos aspectos del procedimiento de arbitraje, eran aceptadas en América en la época.

Aunque desde 1875 la existencia de causas de nulidad en las sentencias arbitrales fue reconocido por el Instituto de derecho internacional, no es sino con re-

ticencia muy marcada que la idea misma ha sido aceptada en Europa.

En las conferencias de la paz de La Haya en 1899 y 1907, la posibilidad de poner en duda la validez de una sentencia fue suprimida de los dos proyectos de convenciones ante la dificultad de sujerir la instancia que debería decidir sobre la validez. La reticencia sobre este aspecto de la evolución del derecho en Europa hasta en 1907 es explicada en el curso del Profesor Borel sobre las "Vías de recursos contra las sentencias arbitrales" (1935, II), y Lammasch se hizo el intérprete de la reticencia europea cuando propuso, en 1914, que los recursos contra las sentencias arbitrales no fueran admitidas sino con el consentimiento del árbitro.

En América, por el contrario, desde 1899 tratados de arbitraje habían sido firmados con cláusulas que proveían la revisión de las sentencias en caso de nulidades.

Fue la Argentina quien, en una serie de tratados de los que los dos primeros fueron firmados en 1899 con el Paraguay y el Uruguay, aceptó el arbitraje sobre la base de tribunales cuyas sentencias podían ser impugnadas en caso de falsificación de documentos o de "error de hecho" que resultara del procedimiento o de los documentos sometidos al árbitro.

Otros cuatro tratados fueron firmados sobre la mismas bases antes de la conferencia de La Haya por Bolivia y Perú en 1902, por la Argentina y Bolivia en 1902, el Brasil en 1907 Chile en 1902 y otros dos en 1911 y 1912 entre Colombia y la Argentina y la Argentina y Ecuador.

El Brasil en 1902 y 1905 firmó tratados de arbitraje general con Bolivia y el Perú, en los cuales un nuevo aspecto de las nulidades de las sentencias fue estipulado: el caso en que la sentencia en todo o en parte se basara en un error de hecho, y en 1907 el Perú y Colombia fueron más lejos y admitieron los recursos en caso en que la sentencia se hubiera basado en un error de hecho "positivo o negativo".

Circunstancias históricas explican esas dos tendencias.

En Europa, hasta el comienzo de este siglo, no se acudió al arbitraje generalmente sino para resolver cuestiones de concesiones, reclamos o indemnizaciones que, en 16 de los 22 casos citados entre 1850 y 1910, debieron ser pagados por países americanos con base

de sentencias arbitrales muy a menudo manifiestamente injustas o viciadas de nulidad y es explicable que los países europeos no hayan estado dispuestos a debilitar el principio de la autoridad de la cosa juzgada y admirar cambio a la regla de la ejecución sin recursos en sentencias que la habían dado tan buen resultado.

En América, por el contrario, los abusos del derecho a los cuales dieron lugar esos arbitrajes, hicieron que expresamente se reconociera el derecho de los Estados de impugnar la validez de las sentencias arbitrales en los once tratados firmados entre 1899 y 1912 citados arriba, y en todos los arbitrajes sobre límites territoriales en que las sentencias fueron impugnadas y que son las siguientes:

a) El asunto de límites entre Colombia y Venezuela, en el que la sentencia arbitral del Rey de España fue aceptada por los partes en 1891, pero en la que un nuevo arbitraje del Consejo Federal suizo fue convenido en 1917 para decidir todas las cuestiones relativas a esta primer sentencia.

b) La sentencia del Presidente Loubet de 1897 en el asunto de Costa Rica y Panamá que fue impugnado por Costa Rica y jamás ejecutado.

c) La sentencia del **Chief Justice White** de 1910 en el recurso sometido por Panamá y Costa Rica sobre la sentencia del Presidente Loubet que fue impugnada de nulidad por Panamá y no fue jamás ejecutada.

d) La validez de la sentencia de 1909 del Presidente Figueroa Alcorta en el litigio de frontera entre Bolivia y el Perú que fue impugnada por Bolivia. Como lo explica A. Sánchez de Bustamante en su opinión sobre la cuestión de Costa Rica y Panamá, página 11:

"La sentencia pronunciada por el Dr. Figueroa Alcorta el 9 de julio de 1909 suscitó inmediatamente la protesta de Bolivia porque el árbitro había excedido sus poderes y no se atuvo a los términos del compromiso...: a pesar de las pasiones mal informadas y sobreexaltadas peligrosamente, el patriotismo tanto en Buenos Aires como en Lima terminó por comprender la razón, el gobierno del Perú renunció a una parte de las ventajas que le concedió la decisión del árbitro y se entendió directamente con su antiguo adversario para arreglar de manera amigable el límite de sus posiciones respectivas."

e) Los Estados Unidos impugnaron e impugnan todavía hoy la validez de la sentencia de 1910 en el asunto de **Chamizal** con Méjico. Este último no ha podido obtener hasta el presente ni la ejecución de la sentencia ni la aceptación de someter la cuestión de su validez al juicio de otro tribunal.

f) En un asunto en que no estaban únicamente en causa países americanos sino la Gran Bretaña, los Estados Unidos impugnaron la sentencia del Rey de Holanda sobre la frontera del **Río San Lorenzo**; sus agravios fueron aceptados por la contraparte y la sentencia quedó sin efecto.

En muchos asuntos entre países americanos referentes a reclamaciones que fueron sometidas al arbitraje el derecho de constatar la validez fue también reconocido (**Avra Silver Mining** en 1898, **Paraguay Navigation Company** en 1860, asunto del **Orinoco**, 1904; pero en los asuntos relativos a la soberanía nacional y a cuestiones territoriales, en todos los casos la impugnación fue aceptada o sometida a la decisión de un nuevo árbitro.

III

LOS ARBITRAJES CONVENIDOS SOBRE LA BASE DEL "UTI POSSIDETIS JURIS" NO PUEDEN SER SINO DE Estricto DERECHO Y EXCLUYEN LAS DECISIONES DE EQUIDAD

Los países de América Latina en que las constituciones han fijado la frontera sobre la base del **uti possidetis juris** existente en el momento de su independencia no han contemplado sino decisiones de derecho estricto cuando se han comprometido a someter al arbitraje la delimitación de sus fronteras.

Esa regla que fijaron las partes para poder recurrir al arbitraje no es una simple doctrina, sino una condición **sine qua non** y tiene su origen en las constituciones mismas de los Estados.

El motivo que hizo que Colombia, Costa Rica, Venezuela, Nicaragua, Honduras, Perú y Ecuador se hayan dirigido al Rey de España es explicado en la sentencia del Consejo federal suizo en el recurso sobre el fallo pronunciado por el Rey de España en 1891 en el asunto entre Colombia y Venezuela:

"Cuando las colonias españolas de la América Central y meridional se proclamaron independientes, en la segunda década del siglo XIX, adoptaron un principio de derecho constitucional e internacional al que dieron el nombre de **UTI POSSIDETIS JURIS** de 1910, al efecto de constatar que los límites de las Repúblicas nuevamente constituidas serían las fronteras de las provincias españolas a las que ellas se sustituyeron. Ese

principio general ofrecía la ventaja de fijar como regla absoluta que no había, en derecho, en la antigua América española territorio sin dueño; aunque existían numerosas regiones que no habían sido ocupadas por los Españoles y numerosas regiones inexploradas o habitadas por indígenas no civilizados esa regiones estaban reputadas como pertenecientes, en derecho, cada una de las Repúblicas que habían sucedido a la Provincia española a la cual esos territorios estaban adscritos en virtud de antiguas cédulas reales de la madre patria española. Ese territorios, aunque no ocupados de hecho, estaban de común acuerdo considerados como ocupados de derecho, desde la primera hora, por la nueva República. Las incursiones y tentativas de colonización intempestiva del otro lado de la frontera: como las ocupaciones de hecho, eran sin valor o sin consecuencias en derecho."

Los países que pidieron al Rey interpretar el **uti possidetis juris** según los títulos españoles de soberanía lo hicieron en consecuencia porque pensaron que esa era la autoridad más calificada para interpretar sus propias reglas de derecho, pero no pudieron ciertamente pensar en confiar a "su equidad" la interpretación de cláusulas constitucionales aprobadas precisamente para romper el jugo español.

IV

VICIOS POSIBLES DE NULIDAD Y ACEPTACION DE LA SENTENCIA DEL REY DE ESPAÑA

De los cuatro arbitrajes sometidos al Rey de España por esos países el caso entre Colombia y Venezuela no pudo ser ejecutado sino después del fallo de 1923 en el nuevo recurso ante el Consejo federal suizo. El arbitraje entre Colombia y Costa Rica fue retirado de la consideración del Rey en 1896, poco después de su sentencia en el asunto anterior, y el rey se excusó él mismo en 1910 de decidir en el arbitraje entre Perú y Ecuador veintitrés años después de haber aceptado

arbitrarlo. El cuarto es el arbitraje entre Honduras y Nicaragua.

Sobre la base de los principios expuestos en los capítulos precedentes y sin perder de vista las razones históricas que explican el origen de este arbitraje, estudiemos en la sentencia del Rey de España de 23 de Diciembre de 1906.

a) Si los vicios extrínsecos de la sentencia producen la nulidad.

b) Si vicios intrínsecos son manifiestos en la sentencia y si Nicaragua ha perdido la facultad que le acordaba el derecho de gentes de denunciar esos agravios por el hecho de sus aquiescencias (aceptación) o por su presentación tardía.

a) Vicios extrínsecos.

La Corte considera que los vicios extrínsecos de la sentencia que resultan de la falta de poder del árbitro fueron cubiertos por la aquiescencia posterior de Nicaragua.

Yo considero que los vicios extrínsecos no producen la nulidad de la sentencia, pero por razones diferentes:

1) La designación del rey fue irregular, porque todos los procedimientos previstos por el tratado no fueron observados. Los árbitros no estaban autorizados a saltar del artículo III a la parte final del artículo V perdiendo de vista las disposiciones obligatorias que no estaba ni en sus funciones ni en sus atribuciones poder modificar.

2) Otras irregularidades son evidentes, como la de la intervención del Ministro de España Carrere y Lembeye en la designación del Rey de España como árbitro único porque si el tribunal previsto en el tratado Gámez-Bonilla estaba ya constituido el 2 de Octubre de 1904, Carrere y Lembeye era el tercer árbitro, y el tribunal, una vez constituido, no podía renunciar a sus funciones para delegarlas a un nuevo árbitro. Si por el contrario se trataba de una simple sesión preparatoria, los árbitros de Honduras y Nicaragua no tenían porque permitir la intervención de Carrere y Lembeye en las deliberaciones del tribunal a menos que hubiera sido designado tercer árbitro.

Las irregularidades de procedimiento en las reuniones del 2, 10 y 18 de octubre no están, no obstante, en contradicción con el objeto principal del tratado Gámez-Bonilla que era someter la cuestión a un procedimiento que prevenía la posibilidad en el artículo V de designar al Gobierno español como árbitro.

El hecho que los dos gobiernos aceptaran la designación del rey, se felicitaran por su designación y litigaran en el proceso en Madrid prueba que no consideraban como esenciales las reglas de procedimiento establecidas, y los vicios no esenciales no producen nulidad.

Dudas han sido también expuestas sobre la fecha en que había comenzado la duración de diez años del tratado Gámez-Bonilla. La intención de las partes no es clara y diferentes interpretaciones del tratado podrían justificarse si Nicaragua y Honduras mismas, de buena fe, no hubieran estimado en 1904 que el tratado no había expirado.

Sería dudar de la buena fe del Presidente de Nicaragua creer que dirigió el 7 de Octubre de 1904 un telegrama expresando el deseo de la aceptación del arbitraje por el rey el mismo día que el tratado expiraba.

No son aquiescencias o aceptaciones las que reválidan esas irregularidades sino las interpretaciones de las partes del tratado Gámez-Bonilla en 1904 las que son definitivas y no pueden ser puestas en causa.

b) Aquiescencia y vicios intrínsecos de la sentencia.

Para poder afirmar como hace la Corte que Nicaragua ha, por su declaraciones expresas y por su conducta, reconocido el carácter válido y obligatorio de la sentencia y que no le es ya posible volverse de esa aceptación para impugnarla, hay que establecer ante todo si existen vicios esenciales.

I. Vicios intrínsecos

La cuestión fundamental sobre la cual mi opinión difiere de la de la mayoría de la Corte es la de la interpretación de las reglas del compromiso estipuladas

por el artículo II del tratado Gámez-Bonilla. Interpretándolas de manera diferente yo llego a la conclusión que el rey ha excedido sus poderes, y ante la nulidad de la sentencia no puedo conceder el mismo alcance a las aquiescencias admitidas por la Corte.

i) Interpretación de las reglas del compromiso

Por las razones expuestas en los capítulos II y III sobre las reglas de derecho aceptadas por los países americanos, considero que todos los párrafos del artículo II no tienen el mismo valor.

Las reglas *sine qua non* que condicionan todo el arbitraje son las de los párrafos 3 y 4 sobre la determinación de las fronteras según los títulos de derecho existentes en el momento de la independencia.

Esa regla está reforzada por la prohibición expresa al árbitro de no reconocer ningún valor jurídico a la posesión de hecho.

Esas dos reglas obligatorias correspondían a las disposiciones constitucionales de los países y es inverosímil creer que los parlamentos hayan ratificado ese tratado dando a los otros párrafos (5, 6 y 7) del artículo II un alcance que los hiciera prevalecer o que contradijera la norma de sus constituciones.

El texto adoptado en los párrafos 5 y 6 del artículo II del tratado Gámez-Bonilla fue prácticamente el mismo que el propuesto en 1886 por Colombia y Venezuela, adoptado en 1886 entre Nicaragua y Costa Rica, el tratado de 1902 entre Bolivia y el Perú y el tratado de 1930 entre Guatemala y Honduras.

La interpretación dada tanto por las partes como los árbitros a las cláusulas redactadas en los mismos términos de las del artículo II del tratado Gámez-Bonilla corresponde a la noción del arbitraje en derecho estricto y no admite la facultad de elegir una línea "de equidad".

Esos tratados y las interpretaciones que les han sido dadas son los siguientes:

a) Arbitraje del Presidente Figueroa Alcortá

El Perú y Bolivia firmaron en 1902 un compromiso de arbitraje que fijaba una regla similar a la del párrafo 4 del artículo II del Tratado Gámez-Bonilla:

"Art. 3. — La posesión de un territorio ejercida por una de las partes no podrá oponerse ni prevalecer contra títulos o disposiciones reales que establecen lo contrario".

Y otro artículo que autorizaba las compensaciones en los términos siguientes:

Art. 4. — Solamente en los casos en que actos o disposiciones reales no definen el dominio sobre un territorio de manera clara, el árbitro resolverá la cuestión equitativamente de acuerdo tanto como sea posible con el sentido de éstas y la intención que las hubiera inspirado".

Esos dos artículos dieron al árbitro facultades indiscutiblemente más claras y más amplias que las conferidas por el tratado Gámez-Bonilla.

No obstante esas autorizaciones, el Presidente Figueroa Alcortá no quiso interpretarlas como una facultad de decidir el conjunto de la cuestión en equidad, sino simplemente de determinar el trazo de la frontera de manera que siguiera los accidentes geográficos más próximos de la línea de derecho.

Aun la aplicación en ese sentido tan restringido de la facultad prevista en el compromiso dió lugar a protestas, y la Argentina y Bolivia rompieron relaciones, pero el internacionalista argentino, Sánchez Sorondo, en el libro que publicó para justificar la sentencia y la actitud del Presidente Figueroa Alcortá, explica en los términos siguientes como fue interpretado ese artículo del compromiso por el Presidente argentino:

"El árbitro era en todo caso un juez de derecho y en ningún caso un juez de conciencia. El tratado prevenía dos reglas para calificar los resultados de su investigación histórica y

jurídica. La primera directa que emana del título explícito y la segunda estimativa derivándose del sentido y del espíritu de los títulos que no fueran claros ni precisos. Pero la equidad de que habla el tratado no es la subjetiva sino la de la interpretación de los documentos presentados.

...el no podía trazar líneas caprichosas fundadas en razones que no pudiesen ser deducidas de los documentos, ni resolver el diferendo como mediador por medio de la repartición proporcional del territorio en cuestión".

En su penúltimo considerando, el Presidente Figueroa Alcocra confirma que "procede a resolver esas cuestiones equitativamente según el significado de las disposiciones reales".

b) Arbitraje del Rey de España en el asunto de límites entre Venezuela y Colombia

Firmado en 1881, Venezuela rehusó aceptar la cláusula que confería facultades de juzgar en equidad explicando que las decisiones en derecho podían ser consideradas como declarativas mientras que una decisión en equidad implicaría una cesión de territorio prohibido por la Constitución federal.

En 1886, Colombia obtuvo en una acta adicional firmada en París la cláusula siguiente:

"...El árbitro podrá fijar la línea de la manera que crea la más aproximada a los documentos existentes cuando en cualquier punto de la línea no presentaran la claridad deseada".

Esa facultad era similar a la prevista en el tratado Gámez-Bonilla, y no obstante el Rey no hizo uso de ella sino en dos sectores por las razones siguientes: 1) en la región de Sarrare porque "la cédula real de 1786 que debía servir de base legal para la determinación de la frontera de la quinta sesión, suscita dudas porque cita lugares desconocidos hoy, a saber: las barrancas de Sarrare y el Paso Real de los Casanares" el rey escogió el curso del río "Sarrare" interpretando antiguos documentos que indicaban que esos dos puntos se encontraban "en la comunicación del Sarrare con el Arauca"; 2) en la segunda parte del sexto sector el rey admitió como título de soberanía la cédula real de 1786 y, considerando que sus términos no son suficientemente claros para fijar los límites extremos del sector, adoptó como frontera una línea que sigue, al oeste del Orinoco, los ríos Casiquiare y Río Negro de los que habla la misma cédula real.

En ese arbitraje, el Rey de España no hace en consecuencia, uso de la facultad que le fue acordada en 1886 de apartarse de la línea de derecho y tomar una decisión de "equidad". Se limita a buscar en otros documentos los nombres y ríos que mejor correspondían a las líneas generales de fronteras de los títulos reales.

El rey pronunció ese arbitraje en 1891, y lo más probable es que Nicaragua y Honduras adoptaron la misma fórmula en el tratado de 1896, convencidos de que los árbitros no interpretarían esa autorización más que en los mismos límites que lo hizo el rey de España en 1891.

c) Arbitraje entre Guatemala y Honduras

Ese arbitraje no fue convenido sino en 1930 y demuestra que veinticuatro años después de la sentencia del Rey de España en el asunto de Honduras y Nicaragua, los países de esa región de América insistían en el arbitraje sobre la base del derecho estricto, reusaban someter cuestiones de límites al arbitraje de equidad, no aceptaban compensaciones sino sobre puntos determinados y únicamente si estaban convenidos para tribunales de conciliación formados por representantes de las partes.

El artículo 5 del compromiso estaba concebido así:

"Art. 5. — Las Altas Partes contratantes están de acuerdo en que la sola línea jurídica que puede establecerse entre

sus países es la del UTI POSSIDETIS del 1821. En consecuencia, convienen en que el tribunal determine esta regla. Si el tribunal encuentra que cualquiera de las partes en el curso de su desarrollo ulterior ha establecido, más allá de esa línea, intereses que se deben tener en cuenta para establecer la frontera definitiva, el tribunal modificará como lo considere apropiado la línea del UTI POSSIDETIS de 1821 y fijará la compensación territorial o de otra naturaleza que encuentre justa para que una de las partes le pague a la otra".

Ese compromiso insiste sobre la regla *sine qua non* del *uti possidetis* y no otorga autorizaciones de hacer compensaciones sino para territorios determinados de previo conforme el *uti possidetis* que se encuentren "más allá de esa línea" de derecho.

Esa facultad no fue acordada más que a un tribunal de conciliación cuyos miembros debían ser designados por los dos países, porque, como lo explica el delegado de Honduras, Dr. Mariano Vásquez, en la reunión del 22 de enero de 1930 en Washington:

"Un tribunal de arbitraje no es previsto, lo sabemos bien, para conciliar intereses, ni para conciliar lo que conviene a una de las partes en litigio, sino para hacer justicia a quien cuenta con el derecho.

Las cuestiones internacionales de importancia fundamental para los pueblos, como los límites territoriales, no pueden sino difícilmente ser objeto de conciliaciones y aun a veces de arbitraje porque se teme el efecto político local que podría causar una sentencia adversa".

d) Arbitraje entre Costa Rica y Nicaragua

En ese arbitraje la única autorización dada, no al árbitro sino a una Comisión mixta fue la de "apartarse ligeramente de la línea prescrita para encontrar un límite natural" (tratado de 1858, Art. 3) cláusula que en el tratado de 1886, fue limitada a una milla de la línea de derecho.

El rey no podía desconocer esa jerarquía de las diferentes reglas del artículo II, porque, como lo afirmó el Sr. Maura en la réplica presentada al rey en 1905:

"La jerarquía de las pruebas es PRECEPTIVA y ningún documento público de mayor valor puede estar en contradicción con el título de derecho.. "

No puedo adherirme a la opinión de la Corte quien, al afirmar que el rey debía aplicar todas las reglas del artículo II, interpreta, por una parte, el parágrafo 6 como una autorización conferida al rey y no a la Comisión mixta y le reconoce por otra parte un alcance que no limita esa cláusula a las facultades de hacer compensaciones sino que confiere al árbitro el derecho de resolver el diferendo por medio de un compromiso de circunstancias.

La autorización de hacer compensaciones no podía aplicarse al arbitraje del rey.

Por las razones expuestas por el delegado de Honduras, Dr. Mariano Vásquez, el 22 de Julio de 1930 en Washington, los países de América Latina no estaban dispuestas a aceptar compensaciones locales, una vez que la línea de derecho estuviere determinada, a menos que fuesen convenidas por Comisiones mixtas.

El rey tenía todas las facultades estipuladas en el tratado Gámez-Bonilla, pero a condición de que no se comprenda en ellas sino las que fueron estimuladas para la etapa del "arbitraje" y no las de la etapa preliminar de la conciliación. Los artículos II, VII y IX del tratado no pueden ser interpretados en el sentido de que el rey debía "reunirse" con quien quiera "en las localidades de la frontera", que debía consignar "en dos libros especiales los puntos de desacuerdo", tomar "decisiones por mayoría" o "comenzar sus trabajos antes de la estación lluviosa".

Honduras misma afirmó con razón que todas las cláusulas del tratado Gámez-Bonilla no podían aplicarse al arbitraje del rey y que algunas de ellas no concernían sino al tribunal arbitral.

En relación con el artículo VI por ejemplo, el Presidente de Honduras, en el telegrama dirigido al Mi-

nistro español en Centro América el 22 de octubre declaró:

“Los plazos... fijados en el artículo VI del tratado de límites entre Honduras y Nicaragua se refieren solamente al tribunal arbitral... FIRMADO Bonilla”. (Anexo 5 de la Dúplica de Nicaragua).

Así como los procedimientos de los artículos II, VII y IX citados en el párrafo precedente no podían aplicarse sino al procedimiento de conciliación y el artículo VI al tribunal arbitral, como lo afirma el Presidente Bonilla, la autorización prevista en el párrafo 6 del artículo II no podía tampoco aplicarse al rey.

Pero, aun admitiendo que el párrafo 6 pudo aplicarse también al rey, compensar no significa conciliar. El diccionario de la Academia española entiende por “**compensar**”: igualar en un sentido opuesto el efecto de una cosa con otra. No se puede, por consiguiente, compensar sino territorios equivalentes. No hay equivalencia ni compensación entre las pocas hectáreas de la Villa de Gracias a Dios y toda la cuenca septentrional del Río Segovia, y el rey no utilizó la facultad del párrafo 6 para hacer compensaciones sino para decidir el diferendo como mediador o árbitro de conciencia.

La interpretación de la jerarquía de las reglas prescritas en el artículo II no puede ser sino la uniformemente aceptada por todos los países americanos que firmaron tratados con artículos similares, por los árbitros que los aplicaron y por el rey mismo en su sentencia de 1891 en el asunto de Colombia con Venezuela, y por consiguiente el rey excedió sus poderes por la aplicación infundada del párrafo 6 del artículo II del tratado Gámez-Bonilla.

2) El rey cometió errores esenciales conexos con el exceso de poder en la aplicación de la regla del UTI POSSIDETIS JURIS

No corresponde a la Corte revisar la apreciación de la fuerza probatoria de los documentos y otras pruebas de derecho presentadas al árbitro.

Pero hay una gran diferencia entre la apreciación de las pruebas que está dentro de los poderes discretionales del árbitro y el error esencial cometido por el rey cuando afirma que la cédula que fija los límites es una que no fija ninguno.

Nuestro procedimiento no es de apelación ni de revisión, y la Corte no puede discutir la elección que hizo el rey de la cédula de 1791 para establecer los derechos de los dos países en 1821.

La Corte no puede tampoco discutir el derecho del rey de buscar en las cédulas anteriores los límites de provincias que no figuraban en la cédula que había escogido.

Podemos por el contrario constatar *prima facie* que cometió un error manifiesto o un exceso de sus poderes al elegir para determinar los límites que faltaban en la cédula de 1791, las dos cédulas de 1745 que, de manera expresa y formal, declaran excluir la Alcaldía Mayor de Tegucigalpa de los límites de esas cédulas.

El texto pertinente de la cédula de 1745 que, según el árbitro, fija los límites y que por el contrario excluye la Alcaldía Mayor de Tegucigalpa es la siguiente:

“En cuanto a la Alcaldía Mayor de Tegucigalpa... OS ABSTENDREIS (poniendo en ello un cuidado especial) de mezclados en los asuntos civiles de ese territorio...” Anexo 54, Contra-memoria de Nicaragua).

Ese error manifiesto fue comprobado cuando las mismas cédulas fueron estudiadas por un tribunal compuesto de Charles Evans Hughes, Luis Castro Ureña y Emilio Bello en el arbitraje entre Honduras y Guatemala y por el Consejo de Estado Español que declara en su Dictamen:

“Puede considerarse como cierto que las cédulas reales de 1745 no modificaron los límites de Nicaragua y Honduras”.

El rey cometió por consiguiente un error esencial que constituyó un exceso de poder al aceptar como prueba de título de soberanía una cédula que el Consejo de Estado español mismo reconoció que no fijaba ningún límite y excluía, como lo hemos visto la Alcaldía de Tegucigalpa.

3) El rey excedió sus atribuciones al reconocer valor jurídico a posesiones fundadas en actos de jurisdicción

El tratado Gámez-Bonilla prohibía en el párrafo 4 del artículo II “reconocer valor jurídico a la posesión”.

El Consejo de Estado en su Dictamen explica que la comisión designada por el rey, a falta de pruebas de soberanía, decidió tener en cuenta los actos de jurisdicción como complemento del estudio de las disposiciones reales.

Los actos de jurisdicción no podían servir sino como prueba de posesión y caían bajo la prohibición formal del párrafo 4 del artículo II. Y son esos actos de jurisdicción los que el rey acepta cuando, en los considerandos 14 y 15, se refiere a “la acción expansiva de Nicaragua” y a lo “efímero” de la extensión de soberanía de Honduras.

Prima facie esa parte de la sentencia es contraria a la prohibición formal del párrafo 4 del artículo II del compromiso.

4) Falta de motivos

La mayoría de la Corte considera que el examen de la sentencia muestra que contiene un razonamiento y explicaciones desarrollados en apoyo de sus conclusiones.

La mayor parte de los “considerandos” de la sentencia se limitan a indicar uno por uno cuales han sido los argumentos aducidos por cada una de las partes.

La insuficiencia de motivos es tan grave como la falta de motivos. En el caso presente, si el rey no encontró suficientes motivos para tomar una decisión de derecho, debió excusarse de pronunciar un fallo como lo hizo en 1910 en la cuestión entre el Ecuador y el Perú, en vez de afirmar en el considerando 21 que su decisión “respondía mejor a razones de derecho histórico, de equidad y de carácter geográfico...” mas sin indicar por qué ni cómo.

Esa insuficiencia de motivos no produce por sí misma la nulidad de la sentencia pero confirma el exceso de poder indicado en los párrafos precedentes y el error cometido por el rey al descartar otros títulos reales que le habían sometido las partes.

5) Oscuridades y contradicciones de la sentencia

Nicaragua pidió a la Corte decidir que aun si fuese válida la sentencia no era susceptible de ejecución debido a las oscuridad y contradicciones que la afectan.

Es difícil definir cuál es el *thalweg*, el brazo navegable o la desembocadura de los ríos que, en los terrenos todavía en formación, cambian a menudo de curso. Un tribunal de derecho no puede dar opinión sobre cuestiones que solamente ingenieros o técnicos pueden decidir. Igual que la Corte yo “no considero que la sentencia sea imposible de ejecutar” porque corresponde a comisiones mixtas o a cualquier otra autoridad que las partes quieran encargar de practicar la demarcación y de decidir los problemas que presen las lagunas, contradicciones y oscuridades de la sentencia.

II. Alcances de las Aquiescencias (Aceptaciones) o de la Inacción de Nicaragua de 1906 a 1912

Acerca de la inacción de Nicaragua entre los años 1906 y 1912 mis observaciones son las siguientes:

a) Como ha sido explicado en las consideraciones de derecho la inacción de cualquier Estado ame-

ricano en materia de recursos de nulidad de una sentencia no puede sino corresponder al estado de la evolución del derecho internacional en esa época y en esa región.

b) Si aun la Conferencia en La Haya de 1907 misma, a pesar de aceptar el principio de la nulidad de las sentencias, se abstuvo de consignarlo porque no estaba en capacidad de designar una instancia que se encargara de conocer del recurso, es natural que Nicaragua se haya limitado, en esa época, a contemplar solamente la posibilidad de obtener explicaciones o cuando más una revisión por el árbitro mismo.

c) Desde que recibió el texto de la sentencia, el agente de Nicaragua presentó una nota de protesta con fecha 25 de diciembre de 1906, nota que el gobierno español trató de hacerla retirar.

En los meses siguientes, Nicaragua quiso intentar un recurso de aclaraciones o una revisión.

Las reglas admitidas hoy no conciben la revisión sino en caso de descubrimiento de un hecho nuevo, pero mucho antes de las discusiones sobre la admisión de esta vía de recursos en Europa y antes de 1907, el Brasil, la Argentina, el Paraguay, el Uruguay, Bolivia, Perú, Chile y más tarde Colombia y el Ecuador firmaron tratados bilaterales de arbitraje general que reconocían el derecho de revisión de la sentencia por el mismo árbitro en caso "de errores de hecho resultantes del procedimiento". Esa concepción de la "revisión" es ciertamente diferente de la aceptada hoy, pero en 1906 y 1907 era un recurso previsto por todos los países indicados en esta lista. Es por consiguiente explicable que Nicaragua no haya pensado entonces más que en proponer esa clase de recursos. Una circunstancia demasiado favorable la obligó sin embargo a no formularlos en los primeros años: el Sr. Maura, que fue abogado de Nicaragua durante el procedimiento de arbitraje, fue designado primer Ministro de España poco después de la sentencia del 23 de diciembre de 1906, y no hubiera sido ni correcto ni admisible, como lo explicó el Ministro Gámez, de pedir a su propio abogado, convertido en primer ministro, sugerir al rey la revisión de la sentencia.

Otros hechos históricos explican también que Nicaragua y Honduras hayan creído de buena fe entre 1906 y 1912 que el problema de la ejecución ni siquiera se presentaría.

No fue sino en 1911 que la cuestión de la ejecución de la sentencia fue sugerida por primera vez por Honduras y que Nicaragua declaró considerarla nula y propuso más tarde un arbitraje para comprobar su validez.

No se le puede oponer a Nicaragua la teoría del *estoppel* por no haber intentado recursos de nulidad entre 1906 y 1912 sin oponerla también a Honduras, quien, en el mismo período, pareció haber renunciado a exigir la ejecución de la sentencia. No puede afirmarse que la conducta de Nicaragua de 1906 a 1912 hizo creer a Honduras que la sentencia había sido aceptada.

d) De 1912 a 1957 Nicaragua propuso constantemente someter a un nuevo arbitraje la validez de la sentencia del rey. En 1914 propuso el del Presidente de los Estados Unidos de América. En 1918 aceptó la propuesta del Presidente Bertrand de Honduras de someter la cuestión al Presidente Wilson, pero Honduras retiró su propuesta. Nicaragua aceptó, pero Honduras rehusó aceptar las propuestas de arbitraje sugeridas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos en 1921 y 1923 y las sugeridas por Nicaragua a la Comisión de mediación de Costa Rica, de los Estados Unidos y de Venezuela en 1937-1938. El protocolo Irías-Ulloa que por el contrario aceptaba la ejecución de la sentencia fue firmado en 1931 por el Gobierno de Nicaragua, pero no fue ratificado por su parlamento. La cuestión de la validez de la sentencia no pudo ser sometida antes de 1957 a la justicia internacional porque Honduras sostenía que el artículo VI del Pacto de Bogotá no permitía a la Corte ocuparse de cuestiones "ya resueltas" por sentencias arbitrales dentro del marco de la jurisdicción obligatoria. No fue sino en 1957 que, por intervención de la Organi-

zación de los Estados Americanos, Honduras admitió la jurisdicción de la Corte. Todos los hechos han sido citados en el curso del procedimiento oral por el Agente de Nicaragua sin producirse objeciones de parte de Honduras.

En cuanto a las aquiescencias (aceptaciones) admitidas por la Corte, no tienen el carácter de renuncia formal al derecho de impugnar la validez de la sentencia:

a) El telegrama del Presidente Zelaya del 25 de Diciembre al Presidente de Honduras no reúne las condiciones requeridas para ser reconocido como prueba de renuncia al recurso de nulidad.

b) La nota enviada por el Ministro Gámez al encargado de negocios de España el 9 de Enero de 1907, como lo explica el mismo, al Ministro Medina el 21 del mismo mes es un simple acuse de recibo y una manifestación protocolaria de "respetuosos reconocimientos al rey" desde que el Ministro Medina había ya presentado su nota de protesta directamente al Ministro de Estado de Madrid el 25 de Diciembre.

c) La publicación del texto completo de la sentencia en el diario oficial de Nicaragua el 28 de Enero de 1907 no puede ser admitida porque las publicaciones a título de información en los diarios, aunque sean oficiales, nunca hasta aquí han sido tenidas por obligaciones internacionales contraídas por los Estados.

d) La declaración hecha por el Presidente de Nicaragua a la Asamblea el 1º de Diciembre de 1907, lejos de poder ser tenida como prueba de renuncia de intentar un recurso contra la sentencia, hace en realidad lo contrario, desde que termina por la frase siguiente:

"...habiendo algunos puntos oscuros y aun contradictorios, ha dado instrucciones al señor Ministro don Crisanto Medina para que solicite la correspondiente aclaración".

e) La Memoria a la Asamblea Nacional del 26 de Diciembre de 1906 no constituye prueba de renuncia a impugnar la validez de la sentencia a menos que el Gobierno lo hubiera expresamente manifestado y la Asamblea hubiese aprobado esa renuncia. Ahora bien, todo lo contrario es lo que dice en la Memoria:

"Desgraciadamente en aquel laudo como en tantos otros semejantes, fueron postpuestas las razones legales y los fundamentos históricos, ante lo que se ha dado en llamar la conveniencia política o sea el expediente sencillísimo de partir la diferencia, con el fin de probar a las partes que el árbitro siente igual aprecio y estimación por ambos".

Este informe en consecuencia hace notar el exceso de poder de la sentencia y no puede ser considerada como renuncia a impugnarla.

f) La aprobación dada por la Asamblea Legislativa de Nicaragua el 14 de Enero de 1908 "de los actos del Poder Ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores entre el 1º de Diciembre de 1905 y el 26 de Diciembre de 1907" no ha existido jamás en derecho. La copia fotostática del diario oficial presentado a la Corte indica que la Comisión de Relaciones Exteriores presentó un proyecto de resolución en ese sentido, proyecto que solo pasó en primer debate, pero que no fue jamás discutido en segundo debate ni aprobado definitivamente. Si la proposición hubiese sido aprobada, cubriría entonces inevitablemente también la nota de protesta del Ministro Medina del 25 de Diciembre de 1906, las instrucciones enviadas al Ministro Medina por notas del 1º de Febrero de 1907 del Presidente Zelaya, y las del 21 de Febrero y 14 de Octubre del Ministro Gámez para que pidiera "explicaciones", y si posible, aun la "revisión" (*reforma*) de la sentencia.

g) El General Moncada como Ministro de Gobernación no era ni podía ser órgano competente para comprometer la responsabilidad de su país en materia de recursos de nulidad contra una sentencia arbitral, y su telegrama de 23 de Marzo de 1911 no puede por tanto ser aceptado como prueba de renuncia al recurso de nulidad.

—Pasa a la página 38—