

“UNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL POR PARTE DE LA CIJ EN EL ASUNTO COSTA RICA V. NICARAGUA”*

“A REFLECTION ON THE ASSESSMENT OF ENVIRONMENTAL DAMAGE BY THE ICJ IN THE COSTA RICA V. NICARAGUA CASE”

Autor: Ignacio Álvarez Arcá - Investigador predoctoral FPU en el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga¹.

Resumen:

La Corte Internacional de Justicia emitió en el año 2018 su fallo en el asunto Costa Rica v. Nicaragua respecto de la determinación de la compensación por los daños medioambientales causados por Nicaragua en la desembocadura del río San Juan. Tras un análisis de los antecedentes y el fallo de 2015, en el presente trabajo reflexionamos sobre la metodología elegida por la Corte para valorar el daño ambiental, su falta de motivación y la ausencia de innovación en el fallo. Con ello pretendemos contribuir al debate doctrinal respecto de la posibilidad de ampliar los límites de la responsabilidad internacional en materia medioambiental.

Abstract:

The International Court of Justice issued a judgement in 2018 on the Costa Rica v. Nicaragua case relating to the determination of the compensation for the environmental damages caused by Nicaragua in the mouth of the San Juan river. After an analysis of the precedents and the 2015 ICJ's judgement, in this article we reflect on the methodology used by the Court to value the environmental damage, its lack of motivation and the absence of innovation showed when issuing the judgement. By doing so we want to contribute to the doctrinal debate regarding the possibility of expanding the limits of international responsibility with regard to environmental matters.

* El autor quisiera agradecer las recomendaciones efectuadas por quienes han evaluado anónimamente el presente artículo.

¹ Esta investigación se enmarca dentro del programa de ayudas FPU (FPU-2017/01515) del Ministerio de Universidades del Gobierno de España y del proyecto de investigación “Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad (PID2019-108253RB-C31)”, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Palabras clave: Derecho internacional del medio ambiente. Humedales. Controversia internacional. Corte Internacional de Justicia. Compensación. Daños.

Keywords: International Environmental law. Wetlands. International Dispute. International Court of Justice. Compensation. Damages.

Índice:

1. **Introducción**
2. **Antecedentes**
 - 2.1. **Las disputas fronterizas entre Nicaragua y Costa Rica**
 - 2.2. **La controversia en torno a la soberanía sobre isla Portillos: el primer pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia**
 - a) **El desarrollo de los sucesos hasta la sentencia**
 - b) **El fallo de la Corte Internacional de Justicia**
 - c) **El deber de reparación: un año para alcanzar un acuerdo**
3. **La Sentencia sobre valoración del daño ambiental**
 - 3.1. **El método de valoración del daño ambiental por parte de Costa Rica: enfoque de servicios de ecosistema y la transferencia de beneficios**
 - 3.2. **El método de valoración del daño ambiental por parte de Nicaragua: costes de restauración y de sustitución**
 - 3.3. **La Corte Internacional de Justicia: el rechazo de la metodología de las partes, una huida hacia la casuística**
4. **Dos reflexiones respecto del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia**
 - 4.1. **La metodología de determinación y valoración del daño ambiental**
 - 4.2. **La introducción de nuevos mecanismos jurídicos para hacer frente a la responsabilidad por el daño medioambiental**
5. **Conclusión**
6. **Bibliografía**

Index:

1. **Introduction**
2. **Precedents**

- 2.1. **The transboundary disputes between Nicaragua and Costa Rica**
- 2.2. **The dispute regarding sovereignty over Isla Portillos: the International Court of Justice's first judgement**
 - a) **The facts before the judgement**
 - b) **The decision of the International Court of Justice**
 - c) **The duty of reparation: one year to reach an agreement**
3. **The judgement on the compensation for the environmental damage**
 - 3.1. **The environmental valuation method established by Costa Rica: the ecosystem services and the transfer of benefits approach**
 - 3.2. **The environmental valuation method established by Costa Rica: restoration costs and replacement costs**
 - 3.3. **The International Court of Justice: the refusal to the valuation methods of the parties; a flight to the casuistry**
4. **Two reflections on the judgement of the International Court of Justice**
 - 4.1. **About the method for environmental damage identification and valuation**
 - 4.2. **About the introduction of new legal mechanisms to deal with responsibility for environmental damages**
5. **Conclusion**
6. **Bibliography**

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2018, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ o "la Corte") se pronunció sobre la compensación debida por Nicaragua a Costa Rica en concepto de reparación por el daño medioambiental causado como consecuencia de las actividades ilícitas realizadas en la desembocadura del río San Juan. La determinación de la compensación vino precedida, como no podía ser de otra manera, de la valoración del daño medioambiental causado. Se trata de la primera vez en la historia en la que la Corte hubo de determinar la compensación por daños medioambientales, de ahí la novedad e importancia de la sentencia. Sin embargo, ello no obsta para que exista cierta polémica en torno a la metodología aplicada por la Corte para determinar el valor de los bienes y elementos naturales dañados. A través de este artículo queremos reflexionar sobre dos cuestiones que nos parecen determinantes: la falta de justificación por parte de la CIJ a la hora de exponer y detallar la metodología aplicada y la falta de innovación en el sentido del fallo. Para ello, llevamos a cabo un análisis dividido en tres partes.

En la primera parte nos ocupamos de revisar los antecedentes de la controversia. Como veremos, las relaciones entre Nicaragua y Costa Rica con relación a la gestión del río San Juan nunca han sido del todo pacíficas. La única excepción la constituye el periodo que se extiende a lo largo de la gran parte del siglo XX. No obstante, siempre que cualquiera de los dos Estados ha entendido que podía obtener ganancias absolutas en el aprovechamiento de las aguas, las tensiones latentes se han hecho evidentes. La ausencia de un marco normativo de gestión y la posibilidad de ampliar el canal de Panamá o realizar uno nuevo no han hecho sino agravar esta situación. Todo ello desembocó en una controversia como consecuencia de la realización de obras en la desembocadura del río San Juan, sobre la cual se pronunció la Corte en el año 2015.

En la segunda parte analizamos dicho fallo, pues es el antecedente directo de la sentencia de 2018. La realización de las mencionadas obras conllevó la tala de árboles y la construcción de unos canales de dragado en la desembocadura –un humedal bajo la protección del Convenio de Ramsar²–, razón por la cual la Corte obligó a Nicaragua a reparar el daño causado. Pese a ello, instó a las partes a negociar el monto compensatorio; si en el plazo de un año éstas no habían alcanzado un pacto al respecto, la Corte dictaminó que tanto Costa Rica como Nicaragua podían poner en su conocimiento la ausencia de acuerdo para que fuera ella la que determinara la cantidad debida. Esto fue lo que sucedió y dio lugar al fallo de 2018.

En tercer lugar, estudiamos las metodologías propuestas por las partes para valorar el daño ambiental y así establecer la cantidad debida por Nicaragua a Costa Rica en concepto de reparación por el daño causado. La falta de un precedente permitía a la Corte tener en cuenta cualquiera de las metodologías propuestas por las partes o adoptar una propia que fuera aplicable tanto a la controversia concreta como a las futuras que surgieran con relación al daño al medio ambiente. Sin embargo, y como veremos, la Corte optó por realizar una valoración de conjunto que, además, no fue detallada en la sentencia.

Todo lo anterior nos conduce a realizar en la parte final dos reflexiones en torno al fallo y a la oportunidad perdida –así lo consideramos– que constituye la sentencia. Con ello, pretendemos favorecer el debate doctrinal respecto de la valoración de los daños medioambientales, pero también respecto del propio Derecho internacional del medio ambiente que, como subsistema del Derecho internacional, podría ver sus normas, especialmente las secundarias, desarrolladas en pos de garantizar un nivel de protección adecuado.

² [Convenio relativo a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas](#), adoptado en Ramsar, en 1971. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

2. ANTECEDENTES

Las relaciones entre Nicaragua y Costa Rica desde que obtuvieran la independencia han estado marcadas por ciertos periodos de tensión vinculados a los recursos hídricos y a la fijación de los límites fronterizos. Fueron esas tensiones latentes las que sustentaron y permiten contextualizar adecuadamente las controversias que ambos Estados protagonizaron en el siglo XXI.

2.1. Las disputas fronterizas entre Nicaragua y Costa Rica

Desde que Nicaragua y Costa Rica obtuvieran la independencia del Reino de España en el año 1821, ambos Estados han disputado por la soberanía del río San Juan y los territorios situados en su desembocadura. Este río, que nace en el lago Cocibolca –también conocido como Gran Lago de Nicaragua– y desemboca en el mar Caribe, tiene una longitud aproximada de, aproximadamente, 200 km³ y si bien las aguas superficiales transcurren por territorio nicaragüense, la cuenca hidrográfica se extiende por el territorio de ambos Estados.

A lo largo de los siglos XIX y XX se sucedieron las controversias respecto de cuestiones relativas al río San Juan que entroncaban tanto con la soberanía sobre las aguas y la delimitación transfronteriza como con el derecho a la libre navegación en sus aguas⁴. La firma en el año 1858 del Tratado de límites entre Nicaragua y Costa Rica –o Tratado Cañas-Jerez⁵– esclareció y asentó los derechos pertenecientes a cada uno de los Estados. Así, el artículo segundo estableció el límite fronterizo entre ambos Estados desde la extremidad de punta Castilla, en la desembocadura del río San Juan, hacia el interior, pero marcándose la separación en el margen derecho del río. Este aspecto fue concretado posteriormente en el artículo VII donde ambos Estados acordaron reconocer el dominio absoluto de la República de Nicaragua sobre las aguas del río San Juan –quedaban, por tanto, bajo su soberanía–, sin perjuicio de los

³ Organización de Estados Americanos, [El río San Juan](#), (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁴ Para un análisis detallado de la evolución de las relaciones entre ambos Estados a lo largo de los siglos XIX y XX respecto del río San Juan véase ESTACIO FERRO, Jesús, “[El río San Juan: dos siglos de conflictos entre Costa Rica y Nicaragua](#)”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 12, núm. 1, 2018, pp. 1-32, específicamente pp. 4-13. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁵ Tratado de límites entre Nicaragua y Costa Rica, concluido en San José, el 15 de abril de 1958. Para acceder al texto íntegro véase ESGUEVA, Antonio, [Las Fronteras de Nicaragua y Costa Rica en los documentos históricos](#), IHNCA-UCA, Managua, 2007, pp. 391-394. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

derechos perpetuos de la República de Costa Rica a la libre navegación en dichas aguas⁶.

Aunque las relaciones fronterizas sufrieron diversos altibajos a lo largo del siglo XX, no sería hasta el año 1998 cuando los desacuerdos en torno a la interpretación del Tratado Cañas-Jerez y los derechos que éste atribuía a cada una de las partes⁷ provocaron que Costa Rica acabara presentando una demanda ante la CIJ en el año 2005 para salvaguardar sus intereses. La Corte publicó su sentencia en el año 2009⁸ mediante la cual reconoció los derechos de Costa Rica a utilizar las aguas del río San Juan con fines comerciales, entendiéndose por actividad comercial también aquellas destinadas al turismo⁹, pero limitó a su vez la capacidad de ejercer funciones de vigilancia y policía¹⁰. Del mismo modo, permitió que Nicaragua fijara ciertas obligaciones, como toda persona que navegara en el río portara un documento de identidad¹¹, y ejerciera un control sobre la actividad desplegada por Costa Rica en el curso del río. En todo caso, y más allá de la aclaración que realizó la sentencia respecto del régimen de derechos y obligaciones derivado de la aplicación del Tratado de límites de 1858, en el año 2010 surgió una nueva controversia entre ambos Estados que constituye el precedente y causa principal del pronunciamiento que analizamos en este trabajo.

⁶ Cabe señalar que, pese a tratarse de un acuerdo de fijación de límites fronterizos, no es un tratado de gestión de los recursos hídricos compartidos. Ahí reside, en nuestra opinión, el principal motivo por el cual las relaciones entre ambos Estados han estado marcadas por los desacuerdos en torno al río San Juan, sus usos y su utilización.

⁷ Según sostienen Carlos Malamud y Carlota García Encina, las tensiones suscitadas a finales del siglo XX trajeron causa en la posibilidad de ampliación del canal de Panamá, pues una de las alternativas planteadas –por su menor coste económico– era la construcción de un nuevo canal, esta vez en territorio nicaragüense. Para ello pretendían aprovechar los tramos navegables del lago Cocibolca y del río San Juan. Una alternativa que finalmente fue descartada. Así lo exponen ambos autores en MALAMUD, Carlos; GARCÍA ENCINA, Carlota, [El conflicto fronterizo entre Costa Rica y Nicaragua: ¿medioambiente, soberanía, narcotráfico o mero instrumento electoral?](#), Real Instituto Elcano, 2011, pp. 1-9, p. 2. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁸ [Dispute regarding Navigational and Related Rights \(Costa Rica v. Nicaragua\), Judgment, I.C.J. Reports 2009](#), p. 213. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁹ Párrafo 71 de la sentencia. Todo ello pese a las reticencias de Nicaragua, que consideraba que las actividades con objeto de comercio recogidas en el Tratado hacían referencia al intercambio de bienes y no a la prestación de servicios, como pueden ser los turísticos.

¹⁰ Párrafos 83 y 84.

¹¹ La Corte se refiere en el párrafo 104 al ejercicio de control en el momento de entrada o salida del cauce del río. No justifica, sin embargo, la interceptación de una embarcación que esté transitando por un punto intermedio.

2.2. La controversia en torno a la soberanía sobre isla Portillos: el primer pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia

Apenas unos meses después del pronunciamiento de la CIJ, el gobierno nicaragüense, liderado ya en aquel entonces, tras el inicio de su segundo mandato, por Daniel Ortega, emprendió una serie de obras de acondicionamiento del cauce del río San Juan en el tramo de la desembocadura que vinieron acompañadas por el despliegue de fuerzas militares en una pequeña península denominada isla Portillos. Puesto que Costa Rica consideraba que las obras estaban realizándose en su territorio, planteó una demanda ante la Corte al estimar que Nicaragua estaba violando su soberanía. Por su parte, Nicaragua interpuso una demanda contra Costa Rica al considerar que había realizado una carretera en la orilla del río San Juan sin haber realizado la correspondiente evaluación de impacto ambiental previa. La CIJ decidió acumular ambos asuntos y dictó sentencia al respecto en el año 2015¹².

a) El desarrollo de los sucesos hasta la sentencia

En el mes de octubre del año 2010, Nicaragua comenzó el dragado de la desembocadura del río San Juan con la finalidad de mejorar la navegación. Para ello realizó un caño o canal que atravesaba Isla Portillos –esa porción de terreno en la desembocadura cuya soberanía alegaba ostentar– y desplegó tropas en la zona. Ante lo que Costa Rica consideró como una violación de su soberanía territorial y un incumplimiento de los tratados vigentes relativos al río San Juan, interpuso una demanda ante la CIJ y solicitó –en virtud del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia– la aplicación de medidas provisionales para que Nicaragua cesara en su actividad y revirtiera la ocupación de lo que consideraba su territorio¹³.

Al mismo tiempo, Costa Rica comenzó a construir en diciembre de 2010 una carretera –la denominada carretera 1856– en la ribera sur del río San Juan, es decir, en su territorio. Sin embargo, no realizó la correspondiente evaluación de impacto ambiental (en adelante, EIA) previa para determinar las consecuencias que dicha obra tendría sobre el ecosistema de la cuenca del río San Juan. Para intentar obviar esta obligación, en febrero de 2011 el gobierno costarricense declaró el estado de emergencia mediante decreto para justificar y dar respaldo jurídico a dicha omisión. No obstante, Nicaragua consideró que la construcción de la carretera, además de no estar precedida de la correspondiente obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental, había supuesto una

¹² [*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, I.C.J. Reports 2015](#), p. 665. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

¹³ Párr. 63 y [*Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by the Republic of Costa Rica*](#). (Fecha de último acceso 30-11-2020).

violación del principio de prohibición de causar un daño significativo por los graves perjuicios medioambientales que había generado. Por este motivo, en diciembre de 2011 el gobierno de Nicaragua presentó una demanda ante la CIJ¹⁴.

A raíz de la solicitud de Costa Rica, la Corte dictó unas medidas provisionales¹⁵, el 8 de marzo de 2011, en las cuales instó a ambas partes a retirar a todo el personal de la zona en disputa. Pese a ello, permitió que Costa Rica pudiera desplegar personal civil en Isla Portillos con el único objetivo de garantizar la protección del medio ambiente, siempre y cuando consultara las posibles medidas a adoptar antes de desarrollarlas al secretariado de la Convenio de Ramsar, pues la desembocadura del río San Juan constituye un humedal situado bajo su ámbito de protección, y notificara la realización de las diferentes acciones a Nicaragua. Por último, conminó a las partes a evitar realizar cualquier tipo de actividad que pudiera agravar la situación.

Sin embargo, y pese a que las medidas provisionales dictadas en 2011 establecían un mandato claro para ambos Estados, Nicaragua no sólo persistió en el mantenimiento de fuerzas militares, sino que construyó dos nuevos caños en el territorio que estaba en disputa. Costa Rica solicitó la imposición de nuevas medidas provisionales¹⁶, petición a la que la Corte respondió reafirmando los mandatos que ya había hecho a ambos Estados¹⁷ y subrayando la necesidad de que cualquiera de ellos realizara actos que empeoraran la situación o hicieran más difícil la solución de la controversia¹⁸. Asimismo, la CIJ decidió acumular ambos asuntos en un único procedimiento para resolver de manera conjunta ambas demandas¹⁹.

b) El fallo de la Corte Internacional de Justicia

El 16 de noviembre de 2015, la Corte dictó sentencia sobre los dos asuntos unificados. Aunque los matices y los razonamientos jurídicos de la Corte

¹⁴ Párr. 64.

¹⁵ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica v. Nicaragua\), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011](#), p. 6. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

¹⁶ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica v. Nicaragua\); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River \(Nicaragua v. Costa Rica\), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013](#), p. 354. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

¹⁷ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica v. Nicaragua\); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River \(Nicaragua v. Costa Rica\), Order of 16 July 2013, Provisional Measures, I.C.J. Reports 2013](#), p. 230. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

¹⁸ Párr. 38.

¹⁹ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica v. Nicaragua\), Joinder of Proceedings, Order of 17 April 2013, I.C.J. Reports 2013](#), p. 166. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

respecto de las diferentes cuestiones planteadas son complejos y, en algunas ocasiones, muy técnicos, podemos considerar que los tres aspectos sobre el fondo del asunto más relevantes del fallo fueron:

- 1- La determinación por parte de la Corte de que el territorio en disputa entre los dos Estados pertenecía a Costa Rica.
- 2- También concluyó que la construcción de tres caños por parte de Nicaragua y el establecimiento de presencia militar había supuesto una violación de la soberanía territorial de Costa Rica y había causado unos daños a los ecosistemas que habían de ser reparados.
- 3- En último lugar, consideró que Costa Rica había incumplido con la obligación consuetudinaria de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental previa a la construcción de la carretera.

Para el análisis de la sentencia sobre la determinación de la reparación por el daño medioambiental, nos resulta especialmente interesante de esta primera sentencia los aspectos relativos a las obligaciones medioambientales y al daño medioambiental causado. Por tanto, y pese a que el pronunciamiento respecto de la violación de la integridad territorial de Costa Rica sea relevante, analizaremos dos vertientes normativas de las obligaciones que tenían ambos Estados: el cumplimiento de las obligaciones procedimentales –obligación de llevar a cabo una EIA, notificación y consultas– y las obligaciones sustantivas –prohibición de causar un daño transfronterizo–. Para ello seguimos el orden establecido en la sentencia, por lo que, en primer lugar, mencionaremos las reclamaciones de Costa Rica respecto de la ocupación de parte de su territorio y el dragado del río San Juan mediante la construcción de los caños en los años 2011 y 2013; posteriormente nos introduciremos en la violación de las obligaciones que alegó Nicaragua respecto de la construcción de la carretera por parte de Costa Rica en la ribera del mismo río.

Así pues, respecto del dragado del río San Juan y la construcción de los caños, la CIJ analizó primero la posible violación de las obligaciones procedimentales. Las contribuciones jurisprudenciales y doctrinales coinciden en la existencia de una obligación de cooperación entre los Estados ribereños en la gestión de los recursos hídricos compartidos, debido a la existencia de una comunidad de intereses²⁰ de la que se derivan derechos y obligaciones para todos y cada uno

²⁰ MCCAFFREY, Stephen C., “Interwined general principles” en MCCAFFREY, Stephen C.; LEB, Christina. y DENOON, Riley T. (eds.), *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 83-94, p. 87.

La teoría ya fue expuesta por el TPJI en el [asunto de relativo a la jurisdicción territorial de la Comisión Internacional sobre el río Oder](#), donde el Tribunal estableció: “*Mais, lorsqu'on examine de quelle manière les États ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un État et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief, on voit tout de suite que ce n'est pas dans l'idée d'un droit de*

de ellos. De este modo, para evitar la causación de un daño que pueda afectar a éstos, los Estados tienen prohibido desarrollar cualquier actividad que pueda ser perjudicial y que pueda causar un daño sensible (obligación sustantiva). Así, los Estados, ante la sospecha de que un proyecto o actividad industrial²¹ que se va a desarrollar en su territorio conlleve un riesgo de causación de daño transfronterizo, deben elaborar una EIA que permita determinar cuál será el impacto de desarrollar dicha actividad o proyecto. En el caso de que de ésta se extraiga consecuencias adversas que potencialmente pueden producir el daño sensible, el Estado tiene la obligación de notificar al resto de Estados ribereños de tal circunstancia e iniciar un periodo de consultas cuyo objetivo último es encontrar una solución que satisfaga los intereses del resto de los Estados ribereños (estas tres últimas, obligaciones procedimentales)²².

Pues bien, respecto del dragado del río y la construcción de los caños –más allá de que la CIJ hubiera determinado que se realizaron en territorio costarricense, violando así la soberanía territorial de dicho Estado– la Corte consideró que no existía el riesgo de causar un impacto transfronterizo adverso, por lo que la realización de la EIA no era pertinente²³; con esto eximió a Nicaragua de responsabilidad internacional respecto de esta cuestión. Por lo que concierne a la obligación de notificación y consultas, en un principio podríamos considerar que estudiar su posible incumplimiento tras haber determinado que no existía un riesgo siquiera que justificara la relación de la EIA puede ser redundante.

passage en faveur des États d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des États riverains que l'on a cherché la solution du problème. Cette communauté d'intérêts si l'un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres.” También en el asunto [Pulp Mills on the River Uruguay \(Argentina v. Uruguay\), Judgment, I.C.J. Reports 2010](#), párr. 281: “*In that regard the Court notes that the Parties have a long-standing and effective tradition of co-operation and co-ordination through CARU. By acting jointly through CARU, the Parties have established a real community of interests and rights in the management of the River Uruguay and in the protection of its environment.*” (Fecha de último acceso 30-11-2020).

²¹ En este asunto, la CIJ realiza una ampliación conceptual respecto del asunto de las plantas papeleras en el río Uruguay (*Argentina v. Uruguay*). En dicho caso sostuvo que la EIA había de llevarse a cabo cuando existiera un riesgo derivado del desarrollo de una actividad industrial. Sin embargo, en el caso presente lo amplió a cualquier otra actividad que pudiera tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo (párr. 104).

²² Este examen multinivel ha sido objeto de críticas y sigue suscitando polémica, pues la configuración que la Corte le da en este fallo aleja a la EIA de la incertidumbre que caracterizaba la necesidad de su realización para establecer un sistema de umbral de riesgo – que sigue siendo indeterminado– y una secuenciación de obligaciones, de modo que la EIA y la notificación sólo habrán de llevarse a cabo si el umbral de riesgo es superado. Esta crítica y una interesante reflexión al respecto es expuesta en COGAN, Jacob Katz, “Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)”, *The American Journal of International Law*, vol. 110, 2, 2016, pp. 320-326, especialmente en las pp. 325-326.

²³ Párr. 105.

No obstante, en ese punto la CIJ realizó una apreciación interesante respecto de la interacción entre normas consuetudinarias posteriores y normas convencionales anteriores que refuerza la naturaleza vinculante de esta obligación. Para justificar el incumplimiento de una obligación internacional, Costa Rica alegó que la obligación de notificación y consultas está establecida también en los artículos 3(2) y 5 de la Convención de Ramsar y los artículos 13(g) y 33 del Convenio para la conservación de la Biodiversidad y Protección de áreas silvestres prioritarias en América Central. Por su parte, Nicaragua sostuvo que la aplicabilidad al caso de dichas obligaciones estaba limitada por el arbitraje que el presidente estadounidense Cleveland realizó del Tratado de Cañas-Jerez²⁴ –considerado por Nicaragua como *lex specialis*²⁵–, pues éste no incluía ninguna obligación de notificación o consultas. Pese a ello, la CIJ, además de descartar que en los dos tratados aducidos por Costa Rica se incluyera una obligación expresa de notificación o consultas, proclamó que:

“[T]he fact that the 1858 Treaty may contain limited obligations concerning notification or consultation in specific situations does not exclude any other procedural obligations with regard to transboundary harm which may exist in treaty or customary international law”²⁶.

De este modo, reforzó la obligación consuetudinaria²⁷ de llevar a cabo una EIA y de notificar y consultar con el resto de los Estados ribereños cuando exista un riesgo. Todo ello a pesar de que existiera una norma convencional anterior que eximiera o limitara tal obligación, pues puede ocurrir que, en ocasiones, se den situaciones en las que el Derecho internacional consuetudinario no sólo modifique, sino que incremente sustancialmente las obligaciones convencionales de los Estados²⁸.

²⁴ Sobre el laudo de Cleveland véase MURILLO JIMÉNEZ, Hugo, “La controversia de límites entre Costa Rica y Nicaragua. El laudo Cleveland y los derechos canaleros 1821-1903”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 12, núm. 2, 1986, pp. 45-58.

²⁵ Párr. 107. Es una postura clásica por parte de aquellos que quieren defender la voluntad del Estado. En DUPUY, Pierre-Marie; LE MOLI, Ginevra y VIÑUALES, Jorge. E., *Customary International Law and the Environment*, C-EENRG Working Papers 2018-2, 2018, p. 6, los autores sostienen a este respecto que: “those in favour of protecting the will of the State argue that if a treaty has been negotiated as a *lex specialis*, it is precisely because the parties to this agreement thought it necessary to explicitly set out the rules that would be binding upon them”.

²⁶ Párr. 108.

²⁷ Declarada como tal en el asunto de las plantas papeleras en el río Uruguay (*Argentina v. Uruguay*), párr. 204. Para un desarrollo de esta obligación véase VIÑUALES, Jorge, “La protección ambiental en el Derecho consuetudinario internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, pp. 71-91, pp. 84-88.

²⁸ CROOTOF, Rebeca, “Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016, pp. 237-299, p. 274. También en este sentido, sostiene Remiro Brotons que: “Aunque no sea normal, es perfectamente posible que una norma consuetudinaria –tanto particular como general– posterior a un tratado prevalezca sobre sus disposiciones. Consecuentemente, en caso de concurrencia entre dos normas u obligaciones internacionales no cabe resolver las posibles contradicciones o diferencias atendiendo al carácter consuetudinario de una o convencional

Por lo que respecta a las obligaciones sustantivas, la CIJ analizó si las actividades de Nicaragua –esencialmente la construcción de los caños y el dragado del río– había causado un daño significativo a Costa Rica. En este caso, pese a las pruebas presentadas por parte de Costa Rica, la CIJ consideró que no existía un nexo causal suficiente del que se pudiera extraer que las actividades y obras desarrolladas por Nicaragua hubieran causado un daño transfronterizo, esencialmente debido a que las reducciones naturales y la variabilidad del caudal del río San Juan impedían atribuir una reducción puntual al comportamiento y a las construcciones realizadas por Nicaragua.

Tras las conclusiones anteriores, la CIJ estudió las demandas y alegaciones de Nicaragua respecto de las hipotéticas violaciones de obligaciones –tanto procedimentales como sustantivas– que pudo cometer Costa Rica con la construcción de una carretera a lo largo de la ribera del río San Juan situada en su territorio. Las cuestiones objeto de análisis, al igual que sucediera en el caso de las reclamaciones de Costa Rica, son las violaciones de las obligaciones procedimentales –obligación de llevar a cabo una EIA y obligación de notificación y consultas– y las obligaciones sustantivas –obligación de no causar un daño transfronterizo sensible–.

Respecto de la obligación de llevar a cabo una EIA, Nicaragua sostuvo que Costa Rica no realizó ningún estudio previo a la construcción de la carretera pese a que existiera un riesgo derivado de su realización y mantenimiento. Estos riesgos estaban asociados a la causación de un daño transfronterizo como consecuencia del aumento del proceso de sedimentación, lo que, según su razonamiento, dificultaría la navegación y causaría un daño tanto a la calidad del agua como a los ecosistemas acuáticos. Por su parte, Costa Rica alegó que la ocupación militar de su territorio por parte de Nicaragua había creado una situación de emergencia y que, en tanto que el Derecho internacional consuetudinario realizaba un reenvío al Derecho interno en lo que se refiere a la realización de la EIA y la concurrencia de una situación de emergencia nacional, existía una causa justificada que le eximía del cumplimiento de tal obligación²⁹. En todo caso, sostuvo que la realización de una serie de estudios de impacto ambiental realizados en 2013 equivalía a la realización de dicha EIA³⁰, por lo que, pese a la concurrencia de la situación de emergencia, que le eximía de llevarla a cabo, había cumplido con la obligación.

La CIJ examinó la posible violación de esta obligación a través de un examen que se divide en tres niveles y que había sido establecido en el caso de las Plantas Papeleras: estudiar la posible existencia de un riesgo, realización de una

de la otra” en REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional – curso general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 387.

²⁹ Párr. 148.

³⁰ Párr. 149.

evaluación de impacto ambiental y, en caso de determinar que existe el riesgo, notificar su existencia al resto de Estados ribereños. La Corte entendió que los estudios expuestos no podían equipararse a la realización de una EIA³¹ – esencialmente porque dichos estudios se realizaron durante el desarrollo del proyecto y no con anterioridad a su comienzo– y que su realización era necesaria debido a la localización de la carretera y a su extensión, pues el riesgo de que su construcción tuviera efectos negativos para el río era evidente. Además, también concluyó, en lo que desde nuestro punto de vista es un razonamiento jurídico que se sustenta en los pilares de la disciplina, que la situación de emergencia alegada por Costa Rica no podía ni debía impedir el cumplimiento de las obligaciones internacionales, derivadas en este caso del Derecho internacional consuetudinario³². Por todo ello, determinó que Costa Rica no había cumplido con su obligación de llevar a cabo una EIA³³, pero al concluir que dicho incumplimiento no había tenido ningún efecto negativo sobre los derechos o intereses de Nicaragua –al no haber producido un daño significativo– cerró la puerta a cualquier modalidad de reparación más allá del propio reconocimiento en la sentencia del incumplimiento³⁴.

He aquí donde reside, en nuestra opinión, uno de los puntos más interesantes y a su vez cuestionables de la sentencia. Para comprobar el cumplimiento de las obligaciones sustantivas, la CIJ estudió cómo la construcción de la carretera había influido en la calidad de las aguas del río, en los ecosistemas dependientes y en la navegación. La sedimentación, o más bien la posibilidad de que ésta hubiera aumentado, fue el objeto de análisis principal de la sentencia³⁵. Como ya hemos dicho, resulta especialmente interesante que la CIJ entre a evaluar las consecuencias materiales y medioambientales según criterios científicos, aunque tampoco podemos obviar que a la CIJ le resulta –o al menos así lo entendemos– mucho más sencillo –al menos realiza declaraciones más contundentes al respecto– el análisis del cumplimiento de las obligaciones procedimentales que el de las obligaciones sustantivas. En este último caso, la CIJ parece navegar en aguas desconocidas y como tampoco recurre a los instrumentos que le permite

³¹ Párr. 154 *in fine*.

³² Párr. 157.

³³ Párr. 162.

³⁴ Párrs. 224-228.

³⁵ Es lógico que así fuera, pues la construcción de la carretera, más allá de que se hizo en una zona muy cercana al cauce del río, conllevó la deforestación de las zonas aledañas. Como bien sabemos, la masa forestal es crítica a la hora de regular la sedimentación, en tanto que evita que las lluvias y escorrentías arrastren altos niveles de sedimentos al cauce del río. Así, si algún daño grave de consecuencias transfronterizas se podía derivar de la construcción de la carretera, éste era el aumento de los sedimentos que podían perjudicar irreversiblemente a la calidad de las aguas, dificultar la navegación y alterar la morfología del río.

su Estatuto³⁶ y su Reglamento³⁷ –nombramiento de expertos– adoptó su decisión sobre la base de las posturas contrapuestas que ofrecieron los expertos de presentados por cada una de las partes³⁸.

La CIJ determinó que Costa Rica no había incumplido las obligaciones sustantivas que le impiden desarrollar o llevar a cabo cualquier actividad que pueda causar un daño transfronterizo significativo³⁹. Para alcanzar sus conclusiones confrontó los daños materiales alegados por Nicaragua con los argumentos que los rechazaban de Costa Rica. En principio, esta forma de proceder parece seguir los cauces habituales y normalmente establecidos en lo que se refiere a la valoración y a la carga de la prueba. No obstante, en nuestra opinión y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la sostenibilidad de los recursos hídricos compartidos y de los ecosistemas que de ellos dependen, la CIJ podría haber alterado la carga de la prueba. Así, exponemos el razonamiento que justifica nuestra postura a continuación.

Costa Rica incumplió su obligación de llevar a cabo una EIA, bien porque minusvaloró el riesgo derivado de la construcción de la carretera o bien porque consideró que la situación de emergencia causada por la ocupación de su territorio le eximía de tal obligación. Una vez que la CIJ determinó que el hecho de no haber realizado tal EIA conllevaba un incumplimiento de sus obligaciones debido a que la causación del riesgo era probable, creemos que también podría haber exigido una inversión de la carga de la prueba. Es decir,

³⁶ El artículo 50 del [Estatuto de la Corte Internacional de Justicia](#) establece: “La Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial” (Fecha de último acceso 30-11-2020).

³⁷ El artículo 67 del [Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, adoptado el 14 de abril de 1978](#) establece: “Si la Corte considera necesario proceder a una investigación o a un peritaje, dictará, una vez oídas las partes, una providencia a ese efecto, en la que se precisará el objeto de la investigación o del peritaje y determinará el número y forma de designación de los investigadores o de los peritos, así como el procedimiento que se ha de seguir. La Corte, cuando proceda, invitará a las personas designadas como investigadores o peritos a hacer una declaración solemne. 2. Todo informe o acta relativa a la investigación y todo dictamen pericial será comunicado a las partes, a las que se les dará la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto”. (Fecha de último acceso 30-11-2020).

Sin embargo, sí que lo hizo en el caso que involucró a Costa Rica y Nicaragua en 2014, véase [Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean \(Costa Rica v. Nicaragua\), Order of 31 May 2016, I.C.J. Reports 2016](#), p. 235. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

³⁸ En TANAKA, Yoshifumi, “Case Note Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment”, *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*, núm. 26 (1), 2017, pp. 91-97, concretamente en las pp. 96-97, encontramos una crítica similar a la resistencia de la Corte para nombrar a expertos, algo que el autor considera deseable en la determinación del daño ambiental.

³⁹ Véanse los párrs. 174-217.

le debería haber correspondido a Costa Rica a partir de ese momento demostrar que la construcción de la carretera no tuvo consecuencias adversas ni para el medio ambiente ni para Nicaragua.

Entendemos que el hecho de que le corresponda a Nicaragua probar los efectos adversos de la construcción de la carretera cuando existe un incumplimiento previo de una obligación procedimental por parte de Costa Rica –que justificó en la inexistencia de un riesgo para el medio ambiente– implica desligar ambas obligaciones y tratarlas como compartimentos estancos, obviando la clara interrelación existente. Si bien es cierto que no consideramos que el incumplimiento de las obligaciones procedimentales implique también un incumplimiento de las obligaciones sustantivas, estimamos que la inobservancia de las obligaciones procedimentales conlleva una alteración del curso natural de los procedimientos de análisis jurídico. De este modo, y en aras del establecimiento de garantías aún mayores para la sostenibilidad y protección del medio ambiente, hubiera resultado interesante y procedente la inversión de la carga de la prueba. Además, es el resultado lógico de un razonamiento que aplica el Estado incumplidor: éste considera que no existe un riesgo suficiente como para realizar siquiera la EIA, por lo tanto, una vez concluido que ese riesgo existía, lo lógico sería exigir a ese mismo Estado –que probablemente habrá negado la existencia de dicho riesgo en la justificación de su comportamiento (no hacer)– que demuestre que la realización no ha tenido ningún efecto adverso.

En definitiva, esta controversia sirvió para que la CIJ profundizara en algunos de los conceptos normativos que había categorizado como normas de Derecho internacional consuetudinario y así consolidar también el marco normativo de referencia en la gestión de los recursos hídricos compartidos. Sin embargo, consideramos también que la CIJ se muestra en ocasiones excesivamente conservadora en el mantenimiento de sus posiciones, lo que le aleja también de un razonamiento comprometido con la sostenibilidad y acorde a las sensibilidades y necesidades actuales. Ello se debe también, sin duda alguna, a la poca capacidad de acción que le permiten los tratados concluidos y a los que están adheridos los Estados parte en la controversia. Pero, como hemos afirmado en el párrafo anterior, incluso con las restricciones propias e inherentes a la aplicación de normas consuetudinarias, a través de la interpretación o modificación de ciertos aspectos procesales la CIJ podría haber profundizado en el compromiso con los principios medioambientales.

c) El deber de reparación: un año para alcanzar un acuerdo

En su fallo, la Corte reconoció el derecho de Costa Rica a recibir una compensación por el perjuicio que había sufrido como consecuencia de la actividad que había sido determinada como ilegal por el propio tribunal. En este

caso, la Corte se refería a la violación de la integridad territorial y a la construcción de los caños en territorio costarricense, además de una compensación por los gastos en los que había incurrido Costa Rica para intentar minimizar los daños provocados por Nicaragua en incumplimiento del Derecho internacional y, específicamente, de las medidas provisionales. En lugar de hacer una valoración del daño ambiental, en la sentencia⁴⁰, la CIJ conminó a las partes a iniciar un proceso de negociaciones de manera que fueran ellas las que se encargaran de determinar el monto compensatorio. Para ello les concedió el plazo de un año, de modo que, si finalmente no alcanzaban un acuerdo, le remitieran de nuevo el asunto para que fuera la Corte la que determinara la cantidad.

En enero del año 2017, el gobierno de Costa Rica comunicó a la Corte que no habían sido capaces de alcanzar el acuerdo debido a la disparidad en los mecanismos de valoración del daño ambiental causado. Acto seguido, en el mes de abril, Costa Rica presentó su memoria en materia de compensación⁴¹. A ésta respondió Nicaragua a través de su contramemoria, presentada en el mes de junio⁴². Debido a que la Corte apreciaba que ambas partes divergían en la metodología elegida para la determinación de la compensación por los daños medioambientales, propuso a las partes exponer de nuevo sus razonamientos al respecto de esta materia. Por consiguiente, el 8 de agosto de 2017 Costa Rica envió su informe relativo a la metodología que consideraba aplicable a la valoración del daño ambiental⁴³, que fue respondido el día 29 de ese mismo mes por Nicaragua⁴⁴.

Las diferencias en cuanto a la valoración del daño y la compensación debida eran evidentes. Por su parte, Costa Rica valoró el daño en 6.711.685,26\$ a lo que había que sumar 501.997,28\$ en concepto de intereses que habrían de seguir aumentando hasta que el pago se hiciera efectivo a una tasa anual del 6%. Por su parte, Nicaragua consideró que la cantidad máxima que podía reclamar Costa Rica en concepto de daños materiales era de 188.504\$, sin que la cantidad pudiera acrecentarse por la imposición de intereses. Como vemos, las

⁴⁰ Párr. 142.

⁴¹ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica V. Nicaragua\) Memorial of Costa Rica on Compensation](#), 3 de abril de 2017. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

⁴² [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica V. Nicaragua\) Counter-Memorial of the Republic of Nicaragua on Compensation](#), 2 de junio de 2017. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

⁴³ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica V. Nicaragua\) Reply of Costa Rica on Compensation](#), 8 de agosto de 2017. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

⁴⁴ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica V. Nicaragua\) Rejoinder of the Republic of Nicaragua on Compensation](#), 29 de agosto de 2017. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

diferencias económicas resultantes de la aplicación de diferentes métodos de valoración del daño ambiental ofrecen resultados muy dispares. De ahí la importancia, y también, por así decirlo, la esperanza puesta, en el fallo de la CIJ al respecto. Si bien es cierto que la Corte se ha pronunciado en pocas ocasiones respecto de las cantidades que corresponden a la compensación por reparación, era la primera vez que lo hacía para fallar sobre la valoración del daño ambiental.

3. LA SENTENCIA SOBRE VALORACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

En la determinación de la compensación derivada del daño al medio ambiente, la metodología elegida para su valoración determina el monto compensatorio. El problema es que el Derecho internacional no prescribe una concreta para la valoración de la compensación en esta materia. Por tanto, la metodología aplicable dependerá bien del acuerdo de las partes para fijar una común o, como sucede en este caso, es la Corte la que tiene que determinar cuál es la aplicable ante el silencio normativo⁴⁵.

Ambos Estados coincidieron en que los daños medioambientales son compensables al amparo del Derecho internacional. En este caso, Costa Rica justificó la necesidad o el deber de reparación medioambiental y se apoyó para ello en la práctica de la Comisión de Compensación de Naciones Unidas (en adelante, UNCC), que ya había valorado estos daños para fijar una compensación por los daños medioambientales causados por Irak como consecuencia de la invasión de Kuwait en los años 1990 y 1991⁴⁶. Nicaragua no se opuso a la compensación, pero sí que matizó la posición de Costa Rica argumentando que cuando la UNCC se ha pronunciado para determinar la compensación por los daños medioambientales estos se han limitado a dos clases de costes:

- Costes de restauración (*Restoration costs*): costes en los que probablemente Costa Rica incurrió en la construcción de un dique en el caño oriental (2013) para hacer frente a la construcción iniciada por Nicaragua.
- Costes de sustitución (*Replacement costs*): bienes o servicios medioambientales que han sido o pueden ser todavía perdidos antes de la recuperación del área dañada⁴⁷.

⁴⁵ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica v. Nicaragua\), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018](#), p. 15. (Fecha de último acceso 30-11-2020)

⁴⁶ Párr. 39.

⁴⁷ Párr. 40.

La Corte mantuvo una posición similar a la de las partes y reconoció que, pese a que nunca había procedido a la determinación de la compensación por el daño causado al medio ambiente, procedía establecerla en este caso, tanto por los daños causados como por los gastos en los que incurrió Costa Rica como consecuencia de dichos daños⁴⁸. Por lo que respecta al contenido de la compensación, sostuvo que esta debería incluir tanto el deterioro como la pérdida de bienes y servicios medioambientales en el periodo previo a la restauración del daño⁴⁹. Sin embargo, en el párrafo 43 amplió las posibles medidas que podían ser adoptadas –esencialmente, medidas de restauración activa–, pese a que finalmente no fueran aplicadas, y que quedarían incluidas en el ámbito de la reparación, así, la Corte estableció:

“Payment for restoration accounts for the fact that natural recovery may not always suffice to return an environment to the state in which it was before the damage occurred. In such instances, active restoration measures may be required in order to return the environment to its prior condition, in so far as that is possible”.

Llegado el momento de determinar los daños causados, el marco compensatorio quedó fijado en 6.19 hectáreas dañadas y en seis categorías de bienes y servicios ambientales —frente a los 22 por los que Costa Rica podría, al menos en principio, haber solicitado una reparación— que se concretaron en: (1) madera en pie, (2) materias primas, (3) regulación de gases y calidad del aire, (4) atenuación de los riesgos naturales, (5) formación del suelo y control de la erosión y (6) biodiversidad.

3.1. Método de valoración del daño ambiental por parte de Costa Rica: enfoque de servicios de ecosistema y la transferencia de beneficios

El cálculo de la compensación por el daño medioambiental, Costa Rica –siguiendo las recomendaciones de la ONG costarricense “Fundación Neotrópica”– consideró que el método más apropiado para valorarlo era la adopción del enfoque de servicios de ecosistema –estableciendo un periodo de referencia de cincuenta años, con una reducción del 4% para reflejar así adecuadamente la restauración progresiva del ecosistema–, según el cual:

“[T]he value of an environment is comprised of goods and services that may or may not be traded on the market. Goods and services that are traded on the market (such as timber) have a ‘direct use value’ whereas those that are not (such as flood prevention or gas regulation) have an ‘indirect use value’”⁵⁰.

⁴⁸ Párr. 41.

⁴⁹ Párr. 42.

⁵⁰ Párr. 47.

El enfoque ecosistémico es el reconocimiento de los valores y funciones sociales, culturales, económicas y ambientales de los ecosistemas que constituyen, como sucede en este caso con el río San Juan, las cuencas hidrográficas⁵¹. Es decir, los elementos naturales, y en este caso los ecosistemas hídricos y los dependientes de aquéllos, ofrecen toda una serie de beneficios, denominados servicios de ecosistemas, para cuyo disfrute, concretamente en esta controversia, resulta imprescindible el buen estado ecológico y biológico de las aguas⁵², algo que resulta aún más evidente cuando el estado de una masa de agua no es bueno, pues la capacidad de realizar actividades económicas – como la pesca o el mantenimiento de las funciones ambientales de los recursos hídricos y su capacidad para proveer del sustento necesario a los ecosistemas dependientes– queda mermada⁵³.

La deforestación de parte de Isla Portillos para la construcción de los caños y la alteración del curso de agua tuvo efectos directos sobre la calidad de los recursos hídricos debido a la alteración cuantitativa y la cualitativa derivada de la alteración ecosistémica. Todos los cambios artificiales que se produzcan en una zona de especial protección –como son los humedales– dentro de una cuenca hidrográfica internacional tiene repercusiones directas en el conjunto de elementos naturales interrelacionados dependientes del agua. Ello conlleva una reducción directa de la capacidad del medio ambiente para proveer de bienes y servicios.

Precisamente, Costa Rica determinó el daño ambiental y la compensación debida a este respecto a través de la valoración de los bienes y servicios que el ecosistema dejó de proveer como consecuencia de la ocupación ilegal cometida por Nicaragua. De manera alternativa, para los bienes y servicios cuyos datos disponibles no permitieran una valoración directa, Costa Rica propuso tomar como referencia el valor de los bienes y servicios en ecosistemas similares, concretamente de México y Filipinas; esto es lo que se denomina la transferencia de beneficios⁵⁴.

La transferencia de beneficios es un método de valoración que, desde nuestro punto de vista, presenta más inconvenientes⁵⁵ que ventajas. Si bien es cierto que

⁵¹ ANDRADE PÉREZ, Ángela, *Lineamientos para la aplicación del enfoque ecosistémico a la gestión integral del recurso hídrico*, Serie de Manuales de Educación y Capacitación Ambiental, PNUMA, 2004, p. 47.

⁵² VLACHOPOULOU, Maria *et al.*, “The potential of using the Ecosystem Approach in the implementation of the EU Water Framework Directive”, *Science of the Total Environment*, 2014, pp. 684-694, p. 687.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Párr. 47, *in fine*.

⁵⁵ Sobre la introducción de elementos de calidad para velar por una correcta valoración mediante la aplicación de este método véase FÖRSTER, Johannes, SCHMIDT, Stefan, BARTKOWSKI, Bartosz, LIENHOOP, Nele, ALBERT, Christian, WITTMER, Heidi,

permite obtener una valoración rápida, aproximada y poco costosa de los servicios ecosistémicos⁵⁶, los riesgos de incurrir en un cálculo erróneo son demasiado altos como para elegirlo como método de valoración del daño ambiental con independencia de su utilidad inicial. Según sostiene Plumer:

“The most important source of transfer error lies in the problem of finding studies of similar sites, or in meeting correspondence. The failure to adequately meet correspondence is called generalization error and stems from viewing study and policy sites as members of a more general group of sites, based on a few characteristics, and (mistakenly) treating them as equivalent in all of their characteristics”⁵⁷.

En nuestra opinión, Costa Rica contó con el tiempo necesario para haber encargado la realización de un estudio independiente destinado a valorar adecuadamente el daño ambiental provocado por las actividades desarrolladas por Nicaragua. Entendemos que Costa Rica hubiera optado por este método de valoración del daño ambiental en los inicios de la controversia o para obtener una valoración aproximada del daño, siempre y cuando hubiera llevado a cabo *a posteriori* un estudio detallado para calcular el valor concreto de los servicios que ofrecen las materias primas –servicios de ecosistemas cuyo valor se determinó a través de este método–. De hecho, Nicaragua lo rechazó por considerar la inadecuación del método en tanto que el valor de referencia en otros lugares viene determinado por un contexto completamente diferente y debido al poco uso que tiene en la práctica, pues que tampoco fue aceptada por la UNCC⁵⁸.

3.2. Método de valoración del daño ambiental por parte de Nicaragua: costes de restauración y de sustitución

El método para la valoración de la compensación debida por daño ambiental propuesta por Nicaragua estuvo basado en los criterios aplicados por la UNCC⁵⁹ tras la invasión de Iraq en el año 1991⁶⁰. Esto es, Costa Rica sólo

“Incorporating environmental costs of ecosystem service loss in political decision making: A synthesis of monetary values for Germany”, *PLoS ONE*, vol. 14(2), 2019, pp. 1-23.

⁵⁶ BRANDER, Luke, *Guidance manual on value transfer methods for ecosystem services*, Publishing Services Section, UNON, Nairobi-Kenya, 2013, p. 20.

⁵⁷ PLUMER, Mark L., “Assessing benefit transfer for the valuation of ecosystem services”, *Frontiers in Ecology and the Environment*, vol. 7 (1), 2009, pp. 38-45, p. 40.

⁵⁸ Párr. 48.

⁵⁹ UNCC, [S/AC.26/2001/16](#), [S/AC.26/2002/26](#), [S/AC.26/2003/31](#), [S/AC.26/2004/16](#), [S/AC.26/2004/17](#), [S/AC.26/2005/10](#). (Fecha de último acceso 30-11-2020)

⁶⁰ Al respecto véase: SAND, Peter H., “Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, núm. 6, diciembre de 2005, pp. 244-249 y PAYNE, Cimie R., “Legal Liability for Environmental Damage: The United Nations Compensation Commission and the 1990-1991 Gulf War” en BRUCH, Carl, MUFFETT, Carrol y NICHOLS, Sandra S. (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-Conflict Peacebuilding*, Routledge, 2016, pp. 719-760.

tendría derecho a recibir una compensación por los costes de sustitución de los servicios de ecosistema que hubieran sido o pudieran ser perdidos hasta la recuperación del área dañada y por los costes de restauración, esencialmente la construcción de un dique en el caño más oriental para hacer minimizar los impactos de las obras que llevó a cabo en los años 2011 y 2013.

Sin embargo, Nicaragua, más allá de proponer un método de valoración de los daños ambientales diferente al propuesto por Costa Rica, discrepó también del marco temporal de referencia propuesto por ésta, que lo fijó en cincuenta años. Un plazo que, tal y como expuso en su contramemoria, podía resultar excesivo en el caso de algunos servicios de ecosistema que ya se habían recuperado⁶¹. Pese a ello, propuso un plazo de treinta años, pero aplicando un método distinto según el cual la cantidad debida en concepto de costes de sustitución se correspondía con las subvenciones que el gobierno costarricense entregaba a los propietarios de las tierras para la protección del medio ambiente y los recursos naturales⁶², es decir, 309\$ por hectárea y año.

La elección de este método para la reparación por el daño ambiental causado, si bien podría estar justificado, no está correctamente aplicado. De hecho, la determinación de los costes de reparación y de restitución debería estar sustentada en la elaboración de estudios e informes, y no en las subvenciones otorgadas por el gobierno costarricense para la protección del medio ambiente y los ecosistemas en la zona en disputa. Entendemos que no existe correlación entre ambas cantidades dinerarias pues, ¿en qué se relacionan el fomento de la protección ambiental y las ayudas económicas estatales con los daños efectivos causados al medio ambiente? No hay una relación directa entre ambas cantidades. Es más, la determinación de las ayudas estatales comprende muchos otros factores como la relación coste-beneficio respecto de otras posibles medidas adoptables para garantizar la conservación de los ecosistemas que la administración costarricense ya habría ponderado.

En general, las propuestas metodológicas de ambos Estados para la determinación del daño ambiental son apropiadas y se podría justificar la aplicación de ambas para determinar el daño ambiental. Sin embargo, consideramos que existió un problema en su aplicación, es decir, en el método a través del cual calcularon el valor de los daños ambientales y la reparación debida ya que fue poco rigurosa. Esto pudo haber sido una de las razones para que, como veremos a continuación, la Corte rechazara acogerse a cualquiera de las metodologías propuestas por las partes. Quizás fuera también una forma de no constreñir su decisión o valoración al marco impuesto por las partes sin tener que aplicar un correctivo que pudiera haber sido entendido como un reproche.

⁶¹ [Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area \(Costa Rica V. Nicaragua\) Rejoinder of the Republic of Nicaragua on Compensation](#), 29 de agosto de 2017. (Fecha de último acceso 30-11-2020) Párr. 1.2.

⁶² *Ibid.*, párr. 2.4.

En la siguiente tabla incluimos las cantidades demandadas por Costa Rica en concepto de reparación por los daños causados a cada uno de los bienes respecto de los cuales la exige, la justificación de dicha cantidad y las razones por las que Nicaragua rechaza las pretensiones costarricenses:

Tabla 1: comparativa entre las reclamaciones de Costa Rica y el motivo del rechazo de dichas pretensiones por parte de Nicaragua. Fuente: Elaboración propia.

Bien o servicio ambiental	Reclamación de Costa Rica	Justificación	Rechazo de pretensiones - Nicaragua
Madera	Caño 2010 – 64.65\$/m ³ Caño 2013 – 40.05\$/m ³	Valor determinado por la “Costa Rican National Forestry Office”	Descarta la reparación por el caño de 2013 al estar ya reforestado; la reforestación se lleva a cabo una sola vez y Costa Rica incurre en un error metodológico en el cálculo
Materias primas	175.76\$/hectárea	Estudios que calculan el valor de las materias primas en otros ecosistemas (México y Filipinas)	El área ha experimentado una rápida recuperación y es capaz de proveer de bienes y servicios de nuevo
Reg. gases/calidad aire	14.982\$/hectárea	Estudio académico que valora las existencias de carbón y sus fluctuaciones en los humedales costarricenses	No hay demostración de que el estudio sea relevante para el área afectada y no explica por qué ignora estudios que asignan un valor menor
At. riesgos naturales	2.940\$/hectárea	La reducción del caudal de agua puede afectar a la salinidad y a la capacidad de controlar las inundaciones	Conclusiones basadas en un estudio irrelevante para el caso (<i>Report of the Ramsar Advisory Mission No. 69</i>)
Suelo y erosión	5.78\$/m ³	Peor calidad del suelo, ahora más susceptible a la erosión	No hay pruebas de lo alegado; rápida revegetación
Biodiversidad	855.13\$/hectárea	Perdida de biodiversidad	Zona completamente recuperada

3.3. La Corte Internacional de Justicia: el rechazo de la metodología de las partes, una huida hacia la casuística

La CIJ había de pronunciarse por primera vez respecto de la valoración del daño ambiental. Por tanto, era la primera vez también que tenía que fijar una posición respecto de la metodología más adecuada para determinar el monto compensatorio. Sin embargo, antes incluso de valorar el daño ambiental, y todavía cuando expuso las metodologías y las cantidades propuestas por las partes, la Corte rechazó utilizar cualquiera de ellas por dos motivos: sostuvo que el Derecho internacional no prescribía ningún método específico para la valoración de la compensación por daños ambientales y consideró necesario tener en cuenta las circunstancias específicas y las características de cada caso⁶³. No obstante, no descartó tomar alguno de los elementos propuestos por las partes para realizar su valoración.

⁶³ Párr. 52.

Antes de tratar el fondo de la reparación por los daños ambientales, la Corte subrayó de nuevo el proceso de tres niveles vinculado a la reparación por un acto ilícito en el Derecho internacional: (1) determinación de la existencia de un daño y su extensión, (2) valoración de la existencia si existe un nexo causal directo entre el daño causado y las actividades llevadas a cabo por Nicaragua y (3) establecimiento de la compensación. Al constatar la existencia del daño y el nexo de causalidad entre las actividades desarrolladas por Nicaragua y dicho daño ambiental, la CIJ procedió a al establecimiento de la compensación sobre la base de la valoración del daño medioambiental causado.

Para justificar su posición y el rechazo de las metodologías propuestas por las partes, la Corte planteó una serie de objeciones a las conclusiones que habían alcanzado ambos Estados en sus respectivos informes de valoración del daño ambiental. Concretamente, los aspectos señalados fueron, en el caso de Costa Rica, la ausencia de una prueba fehaciente que mostrara la incapacidad del área dañada para mitigar los riesgos naturales debido a que los caños excavados ya habían sido rellenados y la reforestación había sido completada⁶⁴. Además, rechazó el plazo genérico de cincuenta años que Costa Rica había establecido como marco temporal para la recuperación del daño ambiental por dos razones: no existía una prueba clara sobre cuál era el estado de esos bienes y servicios ecosistémicos existentes en el área antes de las actividades desarrolladas por Nicaragua y porque, a juicio de la Corte, los diferentes componentes del ecosistema necesitarían de diferentes periodos de recuperación, razón por la cual no procedía establecer un plazo genérico para todos los elementos.

En lo que concierne a Nicaragua, la Corte reprochó que en su propuesta de valoración y determinación de la compensación hubiera equiparado los incentivos gubernamentales para la protección de los hábitats y el medioambiente a la reparación por el daño causado en un área objeto de especial protección como es el humedal que constituye Isla Portillos en la desembocadura del río San Juan⁶⁵. De nuevo, y como sucedió con Costa Rica, el rechazo de la Corte no se dirige tanto a la metodología escogida, sino a la valoración del daño derivada de una incorrecta aplicación de la misma.

Al evidenciar su rechazo a las propuestas de las partes⁶⁶, la CIJ estimó que lo más apropiado era realizar una valoración del conjunto de los bienes y servicios de ecosistema dañados o perdidos en lugar de establecer un valor y tiempo de recuperación específico para cada uno de ellos⁶⁷, por ello también negó la posibilidad de establecer un criterio temporal de recuperación de referencia. Esta decisión la fundamentó en tres motivos:

⁶⁴ Párr. 74.

⁶⁵ Párr. 77.

⁶⁶ También lo hace en el párr. 76.

⁶⁷ Párr. 78.

- 1- El daño más importante causado como consecuencia de la actividad desarrollada por Nicaragua fue la tala de árboles para la excavación de los caños. En opinión de la Corte, sólo una valoración de conjunto podía tener en cuenta la correlación existente entre dicha tala y el daño causado a otros bienes y servicios medioambientales⁶⁸.
- 2- La propia naturaleza del área afectada –un humedal protegido por el Convenio de Ramsar– donde existen numerosos elementos naturales interrelacionados exige un análisis de conjunto⁶⁹.
- 3- Sólo una valoración de conjunto podría tener en cuenta la capacidad de regeneración natural del área dañada⁷⁰.

Así, tras exponer la metodología y sin dar tras ello más detalle sobre cómo determinó el monto compensatorio, la Corte estableció que Costa Rica debía recibir 120.000\$ en concepto de pérdida de bienes y servicios medioambientales en el área afectada y 2.708,39\$ por las medidas de restauración implementadas⁷¹. A esas cantidades había que sumar 236.032,16\$ para compensar la construcción de un dique en el caño construido en 2013 y 33.041,45\$ por los gastos realizados en los vuelos de control en la zona afectada⁷². Por lo que respecta a los intereses, la CIJ determinó que Nicaragua tenía que abonar 20.150,04\$ por los intereses prejudiciales y que, en caso de retrasarse en el pago de las cantidades compensatorias, habría de aplicarse un tipo de interés del 6%⁷³. Así, con todo ello, la Corte concluyó que el total adeudado por Nicaragua en concepto de compensación era 378.890,59\$⁷⁴.

4. DOS REFLEXIONES RESPECTO DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La sentencia de la CIJ es a todas luces novedosa en tanto que, por primera vez en su historia, se pronunció respecto de la valoración del daño ambiental para el establecimiento de la compensación. Sin embargo, arroja también algunos claros oscuros respecto de la metodología, o más bien la ausencia de metodología, elegida para determinar la compensación. La adopción de una valoración de conjunto –“*overall valuation approach*”– sin haber presentado con anterioridad el razonamiento que condujo a la determinación de la cantidad puede plantear algunos inconvenientes tanto en el caso presente como en futuros. Por otro

⁶⁸ Párr. 79.

⁶⁹ Párr. 80.

⁷⁰ Párr. 81.

⁷¹ Párrs. 86 y 87.

⁷² Párr. 146.

⁷³ Párr. 155.

⁷⁴ Párr. 156.

lado, entendemos que la Corte podría haber innovado en ciertos aspectos del fallo, como así defendieron algunos de los jueces en sus correspondientes opiniones separadas, en relación con la protección medioambiental. En este apartado expresamos nuestras reflexiones respecto de ambos aspectos.

4.1. La metodología de determinación y valoración del daño ambiental

Las actividades ilegales realizadas por Nicaragua causaron un daño en una zona de especial protección, un humedal protegido por la Convenio de Ramsar, con un alto valor medioambiental. Como hemos expuesto, esto obligaba a las partes a establecer una metodología para valorar el daño con el objetivo de establecer una compensación adecuada. Cabe recordar que el Derecho internacional no prescribe ninguna metodología concreta para la valoración del daño ambiental, por lo que las propuestas de Costa Rica –valoración individualizada de cada uno de los servicios ecosistémicos– y Nicaragua –costes de sustitución y de reparación– son plenamente legítimas y válidas. Con ello queremos señalar que la CIJ gozaba de un margen suficiente de actuación y que se extendía desde la posibilidad de hacer suya cualquiera de las propuestas metodológicas hasta hacerlo introduciendo modulaciones o acogiendo a una distinta de las utilizadas por ambos Estados.

Sin embargo, la CIJ optó por aplicar o utilizar una valoración de conjunto para determinar el monto indemnizatorio sin llegar a exponer en ningún momento la justificación técnica de la valoración final acordada. Sí que desarrolló las razones por las que consideraba que esta metodología se adecuaba mejor a las necesidades del caso concreto, pero en ningún caso cómo su aplicación justificaba el monto compensatorio final. Es realmente difícil alcanzar a comprender cómo ponderó la Corte cada uno de los daños en esa valoración de conjunto puesto que no se hizo mención en la sentencia, así como tampoco recurrió a la designación de expertos para que contribuyeran mediante su conocimiento y experiencia a la determinación de los elementos naturales del ecosistema que habían resultado dañados. A nuestro parecer, la determinación del daño medioambiental debe responder siempre a criterios técnicos y la Corte, si es que los utiliza, no los explicita.

Esta decisión de la CIJ plantea dos problemas, uno en relación con los propios intereses de las partes y otro de futuro al optar por una determinación del valor del daño ambiental ligado a la casuística. Con respecto a los intereses de las partes, consideramos que la determinación del valor sin un desarrollo previo de los criterios que han precedido a la fijación de la cantidad impide que las partes puedan comprender hasta qué punto se han tenido en consideración sus pretensiones. Finalmente, la cantidad fijada por la Corte no alcanzó siquiera el 5% de la cantidad demandada por Costa Rica. Una diferencia tan considerable

hubiera requerido, o así lo entendemos, una motivación detallada de los criterios adoptados para alejarse de la pretensión costarricense más allá de señalar la improcedencia de fijar un periodo de referencia temporal de cincuenta años o la recuperación efectiva de algunos de los elementos naturales que habían sido dañados. La aplicación del deber de motivación de las decisiones judiciales ha de permitir conocer la *ratio decidendi* aplicada por el tribunal, en este caso compuesta tanto por los criterios técnicos aplicados para la determinación de la compensación como la justificación detallada las razones que le llevaron a descartar los criterios aplicados por las partes.

Por otra parte, la Corte, pese a admitir la validez de las diferentes metodologías propuestas por las partes consideró que la mejor opción era realizar una evaluación individualizada para el caso y así asegurar una determinación de la valoración del daño adecuada. Es decir, vincula directamente la valoración del daño ambiental a la casuística y ello genera, en nuestra opinión, dos nuevos problemas. El primero es que impide que otros tribunales y órganos jurisdiccionales internacionales adopten una metodología similar a la que podría haber adoptado la Corte en casos futuros⁷⁵. Y este problema nos conduce al segundo, ya que no podemos soslayar que las controversias internacionales ligadas a problemas medioambientales no sólo se van a seguir produciendo, sino que van a multiplicarse en los próximos años. El hecho restringir el análisis a la casuística impedirá también a las partes en las hipotéticas controversias futuras fijar un marco de referencia que facilite la negociación o su solución. Con esto volvemos a recalcar lo que ya hemos señalado con anterioridad: a pesar de lo novedoso del fallo, esta sentencia puede y debe ser considerada como una oportunidad perdida para haber establecido un precedente en la materia.

Ello también fue objeto de crítica por parte del juez Bhandari, que, en su opinión separada⁷⁶, además de sostener la insuficiencia de las explicaciones proporcionadas por la Corte para justificar la cantidad total vinculada a la compensación por los daños ambientales, propuso como método alternativo para la valoración del daño ambiental el cálculo de la cantidad total sobre la base de consideraciones de equidad⁷⁷. Este criterio fue aplicado por la Corte en el año 2012 para determinar la compensación por los daños no materiales sufridos por Ahmadou Sadio Diallo⁷⁸ y definido conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso Al-Jedda v. United Kingdom (párr. 114):

⁷⁵ Es una de las principales críticas que realiza Jason Rudall en RUDALL, Jason, “Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua)”, *American Journal of International Law*, vol. 112 (2), abril 2018, pp. 288-294, p. 292.

⁷⁶ [Separate Opinion of Judge Bhandari](#) (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁷⁷ Párr. 11

⁷⁸ [Ahmadou Sadio Diallo \(Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo\), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012](#), p. 324, párr. 24, (Fecha de último acceso 30-11-2020)..

“[i]ts guiding principle is equity, which above all involves flexibility and an objective consideration of what is just, fair and reasonable in all the circumstances of the case, including not only the position of the applicant but the overall context in which the breach occurred”

Según sostuvo el juez Bhandari, ello hubiera sido consistente con la propia jurisprudencia de la Corte y con el deseo expresado en el fallo de 2015 de no ceñirse a ninguna metodología concreta, especialmente, como señala:

“[i]n cases which the available evidence is not adequate as to the exact amount to be awarded to an injured State”⁷⁹.

No obstante, pese a que compartamos también parte del razonamiento del juez Bhandari, existen algunos puntos sobre los cuales discrepamos. El principal es el hecho de asimilar los daños no materiales (que fueron objeto de valoración conforme a criterios de equidad en el caso Diallo) a los daños materiales al medio ambiente. Ambos elementos sólo comparten la dificultad de valoración, un obstáculo que, de todos modos, podría haber sido obviado en el presente caso mediante el nombramiento de expertos que ayudaran a establecer una cantidad ligada al daño medioambiental causado, como ya hemos señalado. Pese a ello, la definición proporcionada por el TEDH incluye un elemento contextual –tener en cuenta el contexto en el cual se produjo el incumplimiento– que nos parece interesante debido a las circunstancias que rodearon a la causación del daño medioambiental; esto nos conduce a la segunda reflexión.

4.2. La introducción de nuevos mecanismos jurídicos para hacer frente a la responsabilidad por el daño medioambiental

Las circunstancias que rodean al caso y su conclusión a través del fallo insatisfactorio de la CIJ, y no nos referimos exclusivamente a los aspectos económicos, sino también al razonamiento jurídico-técnico subyacente, se extiende además a otros elementos que deberían haber sido tenidos en cuenta. Como ya hemos expuesto, las pretensiones de las partes giraron desde el principio en torno a la valoración del daño para así establecer la cantidad correspondiente a la compensación. La Corte parece aceptar desde el principio esta forma de reparación del daño sin ni siquiera plantear mecanismos alternativos o complementarios. Véase como, tras establecer el deber de reparación como principio-eje del fallo, determina:

“31. The Court has held that compensation may be an appropriate form of reparation, particularly in those cases where restitution is materially impossible or unduly burdensome (...). Compensation should not, however, have a punitive or exemplary character”

⁷⁹ Párr. 12 de la opinión separada.

A este respecto cabe señalar que los tres modos de reparación del daño suelen establecerse de manera alternativa, pero nada impediría, debido al bien jurídico dañado –el medio ambiente– establecer modos de reparación complementarios. Es decir, obsta señalar que la restitución, especialmente en materia medioambiental y más concretamente en el caso que nos concierne donde se produjo una tala de árboles decenarios, es materialmente imposible. Sin embargo, parece que, al menos a ojos de la Corte, el establecimiento de medidas de restitución es incompatible con el establecimiento de medidas de compensación. De este modo, utilizando un razonamiento alternativo y fijando medidas de restitución en el fallo la Corte habría asegurado la restauración del ecosistema y ésta no habría dependido de medidas ulteriores sujetas a la voluntad de Costa Rica. Este argumento también es defendido por el juez Cançado Trindade en su opinión separada⁸⁰:

“34. In fact, the arguments of both Costa Rica [...] and of Nicaragua [...] focused only on compensation. But that, in my view, does not entail that the ICJ [...] should focus exclusively on compensation...”

35. It is true that restitutio is the modality par excellence; furthermore, it is related not only to compensation, and this latter cannot make abstraction of, or prescind from, the other forms of reparation. It is reasonable that restitutio should be sought first, as it amounts to a return to the pre-existing situation [...] [a]nd nothing hinders restitutio being accompanied by one or more forms of reparation”

Y es que la restauración del ecosistema no queda asegurada con la reparación a través de la compensación. Así, Nicolás Boeglin se pregunta si la determinación del daño propuesta por Costa Rica sería igualmente de aplicación para valorar los daños que se causan en otros humedales situados enteramente en su territorio a través de actuaciones permitidas por el gobierno costarricense –también bajo el paraguas de la protección que ofrece el Convenio de Ramsar– sin consecuencia alguna⁸¹. Esta es una realidad que la Corte soslaya en su fallo y no parece del todo razonable: el establecimiento de los modos de reparación, que dependen de la libre elección de la Corte –a pesar de la capacidad de las partes de proponer uno concreto para la solución del litigio–, debería sustentarse, al menos en materia medioambiental, en un análisis de la protección que dicho Estado realiza de los ecosistemas similares al dañado. Al fin y al cabo, ningún Estado, ni siquiera aquel cuyo medio ambiente ha sido perjudicado por un hecho ilícito de otro, puede utilizar la situación generada como consecuencia del incumplimiento del Derecho internacional en su propio beneficio. De esta manera, consideramos que la Corte podría haber incluido medidas complementarias, consistentes en garantizar que el monto indemnizatorio se destinara efectivamente a la restauración del ecosistema y, si esta medida se

⁸⁰ [Separate Opinion of Judge Cançado Trindade](#) (Fecha de último acceso 30-11-2020).

⁸¹ BOEGLIN, Nicolás, [“Costa Rica-Nicaragua: compensación por daño ambiental en Isla Portillos: la CIJ fija monto”](#), *Derecho Internacional Público*, 2 de febrero de 2018 (Fecha de último acceso 30-11-2020).

considerara demasiado invasiva respecto de la soberanía de Costa Rica, se podrían haber combinado la compensación con la restitución, aunque fuera parcial, del ecosistema.

Además de todo lo anterior, hay un último aspecto que es, sin duda, objeto de controversia, pero que valdría la pena analizar, aunque sea de manera sucinta: la posibilidad de establecer una compensación por daños de carácter punitivo. Aunque por todos es sabido que la imposición de una compensación de carácter punitivo —y así lo recalca la CIJ en la sentencia⁸²— no es compatible con las exigencias de la compensación derivada de la responsabilidad internacional, la naturaleza del bien jurídico lesionado y las particularidades del Derecho internacional del medio ambiente como subsistema habrían justificado un pronunciamiento de la Corte que hubiese contribuido al desarrollo progresivo del Derecho. Es decir, la zona afectada por las actividades ilegales de Nicaragua tiene un valor especial desde el punto de vista medioambiental y goza de la máxima protección en virtud del Convenio de Ramsar; esto debería haber sido suficiente para justificar que los Estados hubieran, en virtud del principio de precaución, extremado los cuidados para evitar la causación de daños irreparables en el ecosistema. No obstante, y pese al establecimiento de medidas provisionales por parte de la Corte, Nicaragua no cejó en su empeño por ocupar la zona y continuar con la intervención sobre el medio mediante la construcción de nuevos caños, causando con ello nuevos daños irreparables.

Si adoptamos como posición de partida la consideración del Derecho internacional del medio ambiente como subsistema del Derecho internacional⁸³

⁸² Párr. 31: “*The Court has held that compensation may be an appropriate form of reparation, particularly in those cases where restitution is materially impossible or unduly burdensome [...]. Compensation should not, however, have a punitive or exemplary character.*”

⁸³ Tal y como se extrae del informe de [Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional](#), Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006 (Fecha de último acceso 30-11-2020).

El informe contiene dos definiciones de subsistema, una de carácter restringido y otra de carácter amplio. La primera identifica el subsistema con un régimen autónomo, que es definido como un “conjunto especial de normas secundarias en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado que tiene primacía sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación” (p. 75). Por su parte, en sentido más amplio la noción de régimen autónomo se concibe como un “conjunto interrelacionado de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama ‘sistema’ o ‘subsistema’ de normas que abordan un problema particular de manera diferente a las normas del derecho general” (pp. 75-76). También es necesario advertir otras clasificaciones como la de Mariano J. Aznar en: AZNAR GÓMEZ, Mariano Javier, “En torno a la unidad sistémica del Derecho Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, núm. 2, 2007, pp. 563-594. En dicho artículo el autor distingue entre: sector como un “conjunto de normas, esencialmente primarias que, en algunos casos, se acompañan de normas secundarias particulares” (p. 572); régimen especial cuando “la norma secundaria general cede (pero no desaparece) ante la norma

habríamos también de considerar la posibilidad concebir ciertas particularidades en la aplicación de las normas secundarias. De este modo, la Corte podría haber previsto la posibilidad de alterar las reglas generales de responsabilidad internacional atendiendo a la importancia que tiene la conservación de ecosistemas de gran valor como es en el presente caso el humedal situado en la desembocadura del río San Juan. Así lo entiende también el juez Bhandari en su opinión separada:

“18. [...] I am of the view that this case presents such an extraordinary situation, and that the law of international responsibility ought to be developed to include awards of punitive or exemplary damages in cases where it is proven that a State has caused serious harm to the environment...”

20. [...] As an additional sum with the objective to punish and discourage, punitive damages could also serve as a means to prevent or discourage activities that harm the environment and have catastrophic consequences”.

En este caso, la adopción de una decisión en este sentido habría supuesto un mayor reproche jurídico para aquel Estado, en este caso Nicaragua, que, además de realizar una actividad ilegal –aunque esto no puede afirmarse hasta que la Corte dicta su sentencia–, incumple con las medidas provisionales dictadas por la CIJ hasta en dos ocasiones con pleno conocimiento de la ilegalidad de dichas actuaciones y de los posibles efectos reversibles respecto del medio ambiente y una zona de especial protección⁸⁴. Asimismo, como expresa el juez Bhandari, la imposición de medidas alternativas diferentes de la mera compensación por el daño causado lograría desalentar a aquellos Estados que pretenden dañar el medio ambiente para obtener cualquier tipo de beneficio de ello⁸⁵.

Pese a todo, entendemos que no es función de la CIJ contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional, aunque el planteamiento de estas cuestiones debería servir para promover un debate al respecto. Dentro de las posibilidades por las que podría haber optado la Corte se encontraba la vía intermedia propuesta por el juez Bhandari, que plantó haber utilizado una solución de equidad ya que ésta habría permitido tener en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso, incluidos los repetidos incumplimientos de

particular debido a la especificidad de esta última” (p. 573); y régimen autónomo en los casos en los que “la norma general no cede sino que desaparece en cualquier circunstancia, quedándole vedada su operatividad en ese sector” (p. 573).

⁸⁴ Se expandiría así la responsabilidad del Estado más allá del reproche por el incumplimiento de la diligencia debida por no ejercer las actividades de control que se le presuponen, según una atribución clásica de responsabilidad definida por SCOVAZZI, Tullio., “State Responsibility for Environmental Harm”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12, núm. 1, 2001, pp. 43-67, p. 55.

⁸⁵ En una línea similar se pronuncia Monaliza da Silva en DA SILVA, Monaliza, “Compensation Awards in International Environmental Law: two recent developments”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 50, núm. 4, 2018, pp. 1417-1430, especialmente las pp. 1423-1428.

Nicaragua. Es decir, ante la imposibilidad de imponer de manera explícita una compensación por daños de carácter punitiva, la solución de equidad habría permitido tenerlos en cuenta para valorarlos de manera indirecta⁸⁶.

5. CONCLUSIÓN

El análisis realizado nos conduce a múltiples y diversas conclusiones. La primera de ellas es que la ausencia de un acuerdo de gestión de los recursos hídricos compartidos entre ambos Estados dificulta la cooperación y da lugar a desencuentros y controversias que podrían ser evitados a través del establecimiento de un marco normativo que dotara de estabilidad e institucionalizara las relaciones interestatales. Nada obsta, empero, para la aplicación del Derecho internacional consuetudinario, pero entendemos que los márgenes de interpretación de las principales normas y principios consuetudinarios aparejan conceptos de valor, zonas de incertidumbre, que en ausencia de determinación convencional conducirán indefectiblemente a la controversia o desacuerdo.

Precisamente, esas controversias son el origen de la sentencia sobre la cual reflexionamos. La valoración del daño medioambiental para la determinación de la compensación derivada de la responsabilidad internacional fue el objeto de la sentencia del año 2018 que vino precedida por la valoración de dicho daño por las partes. En este caso, creemos que la cuestión no reside tanto en la metodología de elegida y aplicada por las partes, pues la ausencia de precedente les otorgaba libertad de elección. Consideramos que el problema residió en una aplicación poco rigurosa, con numerosos aspectos cuestionables que ya hemos señalado. Ambos Estados dispusieron del tiempo suficiente para llevar a cabo estudios donde analizaran de manera detallada conforme a los criterios metodológicos elegidos el valor del daño causado y con ello determinarían la compensación debida.

La postura de la Corte, que rechazó las propuestas de las partes y optó por una valoración de conjunto nos conduce a las reflexiones finales. Es innegable que la sentencia aquí analizada ha supuesto una novedad en tanto que es la primera vez que la Corte Internacional de Justicia había de pronunciarse sobre la reparación debida como consecuencia de la causación de daños medioambientales. No obstante, mantenemos que también supone una oportunidad perdida debido a las posibilidades que este pronunciamiento abría y que iban desde la fijación de una metodología para la determinación del valor del daño medioambiental en casos futuros hasta la adopción de medidas

⁸⁶ Hemos de señalar que esta solución fue descartada por el juez Gevorgian en su [declaración](#) (Fecha de último acceso 30-11-2020).

complementarias a la compensación. Sobre todas estas cuestiones la Corte ha preferido no pronunciarse, evitando con ello sentar un precedente para los casos futuros —todo parece apuntar a que se trata el primer pronunciamiento sobre daños ambientales de muchos— y desarrollar de este modo la materia de la responsabilidad internacional en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente.

Consideramos por tanto que las normas secundarias en materia de protección del medio ambiente han de ser desarrolladas para garantizar un mayor nivel de protección y garantizar un desarrollo sostenible de los recursos naturales. Ningún Estado puede obtener ningún beneficio de la causación de daños al medio ambiente, y la compensación como medio de reparación es insuficiente por sí sola para lograr este objetivo. Así, entendemos que la fijación de medidas complementarias o la aplicación de metodologías que permitan tener en cuenta los comportamientos erráticos y lesivos —con conocimiento y voluntad— de los Estados respecto del medio ambiente constituyen nuevos ámbitos donde la materia puede ser desarrollada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE PÉREZ, Ángela. *Lineamientos para la aplicación del enfoque ecosistémico a la gestión integral del recurso hídrico*. Serie de Manuales de Educación y Capacitación Ambiental. PNUMA, 2004.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano Javier. En torno a la unidad sistémica del Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIX, n. 2, 2007, pp. 563-594.
- BOEGLIN, Nicolás. Costa Rica-Nicaragua: compensación por daño ambiental en Isla Portillos: la CIJ fija monto. *Derecho Internacional Público*, 2 de febrero de 2018.
- BRANDER, Luke. *Guidance manual on value transfer methods for ecosystem services*. Nairobi-Kenya: Publishing Services Section, UNON, 2013.
- COGAN, Jacob Katz. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica). *The American Journal of International Law*, vol. 110, n. 2, 2016, pp. 320-326.
- CROOTOF, Rebeca. Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties. *The Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016, pp. 237-299.

- DA SILVA, Monaliza. Compensation Awards in International Environmental Law: two recent developments. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 50, n. 4, 2018, pp. 1417-1430.
- DUPUY, Pierre-Marie; LE MOLI, Ginevra; VIÑUALES, Jorge E. *Customary International Law and the Environment*. C-EENRG Working Papers 2018-2, 2018.
- ESGUEVA, Antonio. *Las Fronteras de Nicaragua y Costa Rica en los documentos históricos*. Managua (Nicaragua): IHNCA-UCA, 2007, pp. 391-394.
- FÖRSTER, Johannes; SCHMIDT, Stefan; BARTKOWSKI, Bartosz; et al. Incorporating environmental costs of ecosystem service loss in political decision making: A synthesis of monetary values for Germany. *PLoS ONE*, vol. 14, n. 2, 2019, pp. 1-23.
- MALAMUD, Carlos; GARCÍA ENCINA, Carlota. El conflicto fronterizo entre Costa Rica y Nicaragua: ¿medioambiente, soberanía, narcotráfico o mero instrumento electoral?. *Real Instituto Elcano*, 2011, pp. 1-9.
- MCCAFFREY, Stephen C. Interwined general principles. En: MCCAFFREY, S. C.; LEB, Christina; DENOON, R. T. (Eds.). *Research Handbook on International Water Law*. Cheltenham (Reino Unido); Northampton, Massachusetts (Estados Unidos): Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 83-94.
- MURILLO JIMÉNEZ, Hugo. La controversia de límites entre Costa Rica y Nicaragua. El laudo Cleveland y los derechos canaleros 1821-1903. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 12, n. 2, 1986, pp. 45-58.
- PAYNE, Cimie R. Legal Liability for Environmental Damage: The United Nations Compensation Commission and the 1990-1991 Gulf War. En: BRUCH, Carl; MUFFETT, Carrol; NICHOLS, Sandra S. (Eds.). *Governance, Natural Resources, and Post-Conflict Peacebuilding*. Reino Unido: Routledge, 2016, pp. 719-760.
- PLUMER, Mark L. Assessing benefit transfer for the valuation of ecosystem services. *Frontiers in Ecology and the Environment*, vol. 7, n. 1, 2009, pp. 38-45.
- REMIRO BROTONS, Antonio; et al. *Derecho Internacional – curso general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

- RUDALL, Jason. Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua). *American Journal of International Law*, vol. 112, n. 2, abril 2018, pp. 288-294.
- SAND, Peter H. Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War. *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n. 6, diciembre de 2005, pp. 244-249.
- SCOVAZZI, Tullio. State Responsibility for Environmental Harm. *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12, n. 1, 2001, pp. 43-67.
- TANAKA, Yoshifumi. Case Note Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment. *Review of European Community and International Environmental Law (RECIEL)*, vol. 26, n. 1, 2017, pp. 91-97.
- VIÑUALES, Jorge. La protección ambiental en el Derecho consuetudinario internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n. 2, julio-diciembre 2017, pp. 71-91.
- VLACHOPOULOU, Maria; et al. The potential of using the Ecosystem Approach in the implementation of the EU Water Framework Directive. *Science of the Total Environment*, 2014, pp. 684-694.