

**TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA.- Asunto de la *Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia)*. Sentencia de 13 de diciembre de 1999.**

**Nota:** 1. Fiel a la línea jurisprudencial que iniciara con el asunto relativo a la *soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas* de 1959, el TIJ nos presenta una sentencia en la que no ha desaprovechado la ocasión para dejar nuevamente patente su clara posición respecto a la primacía del título jurídico sobre la posesión de hecho en el marco de los conflictos relativos a la atribución de la soberanía territorial. En este sentido, el asunto de la *Isla de Kasikili/Sedudu* enraiza, por un lado, con toda una serie de contenciosos territoriales en los que el Tribunal se ha aferrado al título legal sin dar paso a una posesión contrapuesta, por otro, con una consolidada jurisprudencia arbitral y judicial que consagra el principio de estabilidad de las fronteras coloniales.

2. La isla de *Kasikili* (nombre dado por Namibia)/ *Sedudu* (según denominación de Botswana), es una pequeña isla de 3,5 km<sup>2</sup> situada en el curso del Río Chobe, en la parte que éste linda, al sur con el territorio de Botswana - concretamente, con la localidad de Kasane-, y al norte con la Banda Namibia de Caprivi -exactamente, con Kasika-. La frontera entre ambos Estados alrededor de la isla, así como el estatuto jurídico de ésta han permanecido inciertos durante mucho tiempo. La sentencia del TIJ de 13 diciembre 1999 pone fin a una ambigüedad de más de un siglo. En efecto, el origen de la controversia se remonta a las negociaciones celebradas por las potencias coloniales europeas en el siglo XIX respecto del reparto de Africa. Gran Bretaña y Alemania, los dos Estados implicados

en la región objeto del litigio, iniciaron sus negociaciones en la primavera de 1890 con la finalidad de celebrar un acuerdo en relación a su comercio y sus respectivas zonas de influencia; el resultado de tales negociaciones fue la conclusión del Tratado de 1 julio 1890 que delimitaba las esferas de influencia de ambos Estados en el sudoeste de Africa. A lo largo del siglo XX el estatuto de los territorios afectados sufrió diversas mutaciones; el 30 septiembre 1966 se produjo la accesión a la independencia de la República independiente de Botswana, sobre el territorio del antiguo protectorado británico de Bechuanaland. En cuanto a la administración por Alemania del Sudoeste africano, resultó de corta duración, pues tras el estallido de la primera guerra mundial la banda de Caprivi fue ocupada y administrada por fuerzas británicas, encargándose a Africa del Sur la administración del territorio del Sudoeste africano en virtud de un mandato de la Sociedad de Naciones; siendo esta última quien *de facto* ha controlado el territorio hasta la accesión de Namibia a la independencia el 21 marzo 1990. A partir de ese momento surgieron las discrepancias en cuanto al emplazamiento exacto de la frontera alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu. Tras el fracaso de las negociaciones directas, las partes recurrieron a los buenos oficios del presidente de Zimbabwe, acordando, en un primer momento, someter la determinación de la frontera a una comisión de expertos técnicos; en su informe final de 20 agosto 1994, la comisión constató la imposibilidad de proponer una solución aceptable por ambas partes, y recomendó el recurso al arreglo pacífico de controversias sobre la base de las reglas del Derecho internacional. Reunidos los tres presidentes en febrero de 1995, en Harare (Zimbabwe), decidieron finalmente acudir al TIJ.

3. Mediante carta conjunta de 17 mayo 1996, depositada ante el Secretario del Tribunal el 29 mayo, Botswana y Namibia transmiten el Acuerdo Especial firmado en Gaborone (Botswana) el 15 febrero 1996, por el que se someten al TIJ. Conforme al artículo 1 de dicho compromiso, el Tribunal tiene que "determinar, sobre la base del tratado anglo-alemán de 1 julio 1890 y las reglas y principios de derecho internacional, la frontera entre Namibia y Botswana alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu, así como el estatuto jurídico de dicha isla". Del tenor del citado artículo, entiende el Tribunal que su tarea es doble: determinar la frontera entre Botswana y Namibia alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu y el estatuto jurídico de esta isla (§17). Sin embargo, a nuestro entender -y coincidimos en este punto con el juez Kooijmans (§13 op. individual)-, se trata de dos cuestiones íntimamente conexas entre sí, pues resulta evidente que la segunda cuestión está implícita en la primera, y viceversa, dado que la elección de uno u otro trazado supone otorgar la soberanía sobre la isla a uno u otro Estado, de la misma forma que resolver a quién corresponde el título sobre la isla implica elegir el trazado fronterizo invocado por el correspondiente Estado. En esta línea, la presente controversia conecta directamente con la interesante cuestión de la *interrelación "frontera-soberanía territorial"*, ampliamente soportada tanto por la literatura como por la jurisprudencia arbitral y judicial. Asuntos como, la *isla de Palmas*, *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas*, el *Templo de Preah Vihear*, o la *controversia fronteriza* (Libia/Chad), son buena prueba del solapamiento existente entre la fijación de fronteras y la atribución de soberanía territorial. Aunque, sin duda, la prueba más concluyente de esta interconexión viene dada por la afirmación que hiciera el propio TIJ en el asunto de *la delimitación fronteriza* (Burkina Faso/Mali):

*"17... la distinction ainsi schématisée ne se résout pas ultimement en un contraste de genres mais exprime bien plutôt une différence de degré dans la mise en oeuvre de l'opération considérée. En effet chaque délimitation, aussi étroite que soit la zone controversée que traverse le tracé, a pour conséquence de répartir les parcelles limitrophes de part et d'autre de ce tracé... Par ailleurs l'effet d'une décision judiciaire, qu'elle soit rendue dans un conflit d'attribution territoriale ou dans un conflit de délimitation, est nécessairement d'établir une frontière." (CIJ Recueil 1986, p.563)*

Resulta cuanto menos reseñable que el Tribunal no haya incidido en este punto, reforzando su ya consolidada línea jurisprudencial. De esta forma, discrepamos plenamente con el juez Oda cuando sostiene que determinar la frontera alrededor de la isla o el estatuto jurídico de ésta son dos cuestiones contradictorias mas que complementarias (§60 op. individual).

En relación a la controversia, Botswana mantiene que el canal norte y oeste constituye el "canal principal" del Chobe de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del artículo III del acuerdo anglo-alemán de 1890. Namibia, por su parte, alega que la frontera está localizada en el canal al sur de la isla. Ambas partes reclaman, en consecuencia, para sí la soberanía sobre la isla de Kasikili/Sedudu (§9). El Tribunal, por once votos contra cuatro, decide que la frontera entre los dos Estados sigue la línea de sondeos más profundos (*thalweg*) en el canal norte del río Chobe alrededor de la isla, y que esta última forma parte del territorio de la República de Botswana. Asimismo, por unanimidad, decide que en los dos canales que rodean la isla, los nacionales y los barcos que enarbolen el pabellón de ambos Estados disfrutarán de igual trato nacional.

4. A los efectos de solucionar la controversia planteada, el Tribunal empieza constatando que el derecho aplicable a la misma encuentra su fundamento en el

tratado de 1890, por el que Botswana y Namibia reconocen estar vinculadas según el tenor del artículo I del compromiso. A este respecto, resulta de interés hacer notar la *especial clase de tratado* que es el tratado de 1890, pues, a diferencia de otras controversias anteriores resueltas por el TIJ afectando sucesión de Estados a tratados, la presente no viene referida a un tratado de fronteras sino de *delimitación de esferas de influencia*. En efecto, asuntos tales como el del *Templo de Preah Vihear* o la *controversia fronteriza* (Libia/Chad) han venido resueltos sobre la base de la aplicación en exclusividad de un tratado que contenía el trazado de la correspondiente Buena Vecindad de 1955 (CIJ *Recueil* 1962, p.14, y 1994, p.20, respectivamente)-, respecto de los cuales una de la Partes era contratante y la otra sucesora, circunstancia por la cual el Tribunal no dudó en aplicar correctamente el principio de continuidad a tratados de fronteras; principio, por otra parte, ampliamente consagrado por la doctrina y la jurisprudencia, y codificado en el artículo 11 de la *Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados* de 23 agosto 1978. Ahora bien, en el presente caso el tratado anglo-alemán de 1 julio 1890, al que se supone suceden Botswana y Namibia respectivamente, no delimita una frontera sino sus correspondientes zonas de influencia en varias partes de Africa; es decir, se trata de un acuerdo por el que las partes lo único que hacen es reservarse el derecho exclusivo de ejercer su autoridad sobre un territorio aún no ocupado, comprometiéndose a no efectuar adquisiciones, concluir tratados, aceptar derechos soberanos o protectorados en la esfera de influencia de la otra parte. Ante esta situación cabe preguntarse acerca del valor jurídico de la institución de las zonas de influencia. Desde el punto de vista doctrinal no tiene ninguno -M.Shaw indica que se trata de una expresión política del espíritu

colonizador pero no de un concepto jurídico (*Title to Territory in Africa*, Oxford 1986, p.50)-, y los análisis realizados al respecto por el juez Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* lo testimonian:

"It seems therefore incompatible with this rule of positive law that there should be regions which are neither under the effective sovereignty of a State, nor without a master, but which are reserved for the exclusive influence of one State" (UNR/AA vol.II, p.846).

Por lo que se refiere a los tratados que recogen estas esferas de influencia son acuerdos con una cierta *provisionalidad*, pues sólo cuando las partes toman control de las áreas respectivamente reservadas, la delimitación obtiene el *status* de frontera (cfr. I.Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, 1979, p.8; en igual sentido, M.F.Lindley quien, además, apunta que respecto de la población carecen de validez y respecto de terceros sus efectos son sólo políticos (*The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, Londres, 1926, pp.211-213). Resulta, pues, evidente que un tratado de este tipo no comporta por sí mismo un título jurídico suficientemente válido para atribuir la soberanía territorial, para ello debe ir acompañado de la prueba de la posesión efectiva del correspondiente territorio; la conjunción de ambos elementos -acuerdo y ocupación- será la que otorgue a los límites de las esferas de influencia el carácter de frontera.

Ante esta realidad jurídica, el Tribunal no debería haber procedido, sin más, a la aplicación del tratado de 1890 como si se tratara de un tratado de fronteras, que no lo es, sino que previamente debería haber efectuado un análisis de la particular naturaleza del tratado de 1890 -ésta es también la posición del vice-presidente Weeramantry (§94 op. disidente)- y haber incidido en su necesaria

complementación con pruebas de posesión efectiva para que la delimitación contenida en el mismo pudiera ser considerada como frontera y, por tanto, ser aplicable a Botswana y Namibia en calidad de sucesores sobre la base del principio de intangibilidad de las fronteras coloniales; además, el TIJ estaba perfectamente legitimado para abordar esta cuestión por el propio artículo 1 del compromiso de las Partes, según el cual debería decidir sobre la base de las reglas y principios de derecho internacional. Esta ausencia resulta tanto más reseñable si tenemos en cuenta ciertos precedentes del propio TIJ, tales como, la calificación de este tipo de acuerdos, en su dictamen consultivo sobre el *Sahara occidental*, como "de nature essentiellement contractuelle" (CIJ *Recueil* 1975, p.56, §126), o, más recientemente, su decisión de no aplicar los acuerdos de esferas de influencia franco-libios de 1898-1899 y 1919 -alegados por ambas Partes- para delimitar la frontera entre Libia y Chad (CIJ *Recueil* 1994, pp.22-23, §44 y 45). Sin embargo, no ha sido así y, amparándose en la estricta y 'parcial' legalidad del compromiso de las Partes y en la voluntad soberana de las mismas (§18), omite cualquier referencia en este sentido, convirtiendo en título perfecto lo que en principio no es.

5. En esta línea, aún cuando el presente asunto constituye un claro conflicto territorial, la argumentación del Tribunal no se centra en el ámbito del derecho territorial, sino que gira fundamentalmente entorno a la *interpretación de los tratados internacionales*. Pues, para resolver la primera cuestión planteada, esto es, la determinación de la frontera alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu, el Tribunal procede a interpretar el tratado de 1890. Para ello el Tribunal se basa en la aplicación de las reglas de interpretación recogidas en los artículos 31 y 32 de la

*Convención de Viena sobre derecho de los tratados* de 1969, en su calidad de derecho internacional consuetudinario pues ni Botswana ni Namibia son partes de la misma (§18); un carácter consuetudinario sobre el que se había pronunciado en anteriores asuntos, como la *controversia territorial* (Libia/Chad), o las *plataformas petrolíferas* (Irán/EE.UU), excepción preliminar (CIJ *Recueil* 1994, p.21, y 1996, p.812, respectivamente). En consecuencia, la posición del juez Oda en el sentido de que la aplicación de la Convención de Viena no está justificada (§4 op. individual), carece de fundamento.

Dentro del tratado de 1890, el Tribunal examina su artículo III, pues es el que establece la delimitación de las respectivas zonas de influencia en la región conflictiva. Este artículo sitúa dicho límite en el "canal principal" del Chobe; la versión inglesa del tratado habla del "centro" del canal principal (*centre of the main channel*), mientras la alemana utiliza el término "thalweg" de dicho canal (*Thalweg des Hauptlaufes*). Frente a esta distinta redacción, Botswana entiende que es suficiente determinar cuál es el *thalweg* del Chobe, pues éste identifica el canal principal del río; las palabras "*des Hauptlaufes*" no añaden nada al texto. Namibia, por contra, sostiene que la tarea del TIJ consiste en determinar primero cuál es el canal principal del Chobe y después fijar el centro de ese canal. A juicio del Tribunal, aplicando el art. 33.3 de la Convención de Viena que presume un mismo sentido en los diversos textos auténticos, las palabras *centre of the main channel* y *Thalweg des Hauptlaufes* tienen el mismo significado, son sinónimas (§25). Por lo tanto, la verdadera controversia se refiere a la localización del canal principal en el que se sitúa la frontera; para Botswana sería el *thalweg* del canal norte del Chobe, mientras para Namibia el centro del canal sur. A este fin, el Tribunal aplica dos

principios: el sentido ordinario de los términos, y el objeto y fin del tratado.

En primer lugar, el Tribunal procede a un *análisis semántico* que combina elementos históricos y elementos de técnica jurídica, inscribiéndose en una dinámica que pretende aclarar las palabras utilizadas en 1890 pero teniendo en cuenta el estado actual de los conocimientos científicos. Guiado por el deseo de conseguir una interpretación eficaz y coherente que, al mismo tiempo, respete la voluntad de los Estados contratantes, el Tribunal procede a un análisis minucioso de todos los criterios susceptibles de ser tomados en consideración, tanto los alegados por las Partes, como los que aportan las obras científicas (§30). En este sentido, el examen se efectúa tanto por exclusión como por inclusión, pues, por un lado, descarta los criterios del caudal, la visibilidad o fisonomía general, y la configuración del lecho del canal, no por su no-pertinencia sino porque las conclusiones a las que conducen no resultan convincentes (§§34, 38 y 39). Por otro, considera como concluyentes para fijar el canal principal, la profundidad, la anchura y la navegabilidad (§§32, 33 y 40); sobre la base de estos tres criterios, el canal norte debe ser considerado como el canal principal del río Chobe alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu, según el sentido ordinario de los términos del artículo III (§41). Esta conclusión viene avalada por los resultados de diversos exámenes efectuados sobre el terreno en 1912, 1948 y 1985 (§42).

A los efectos de clarificar el sentido atribuido a los términos del tratado, el Tribunal acude como segunda regla interpretativa a la del *objeto y fin del tratado*. En esta línea, situados en la lógica del tratado de 1890 y de la voluntad de sus Estados contratantes, podemos afirmar, tal y como ya hemos indicado, que dicha finalidad era la de excluir la esfera de influencia de cada potencia de la posesión de

la otra, y no fijar fronteras. Pero, el Tribunal no recalca sobre este punto sino que, por el contrario, sin explicar ni cómo ni porqué, entiende que el objeto y fin perseguido por las potencias contratantes era fijar una frontera en el canal principal del río Chobe, y que éste es el canal norte (§43). Sin duda, la aplicación de este criterio teleológico por parte del TIJ adolece de una gran falta de rigor.

El recurso a los *trabajos preparatorios* del tratado de 1890, como método complementario, sirve al Tribunal para confirmar todo su razonamiento interpretativo (§46); con esta decisión, el TIJ rompe con toda una rígida jurisprudencia anterior en la que reiteradamente había excluido la pertinencia del recurso a los medios complementarios de interpretación si el texto resultaba suficientemente claro (vide, entre otros, el *dictamen consultivo sobre condiciones de admisibilidad de un Estado como miembro de Naciones Unidas*, la *controversia territorial* (Libia/Chad), o la *delimitación marítima y cuestiones territoriales* (Qatar/Bahrein), CIJ *Recueil* 1947-48, p.63, 1994, p.27, y 1995, p.21).

6. Una parte fundamental de la sentencia del TIJ se centra en la valoración de los argumentos relativos a la *conducta de las partes posterior* al tratado de 1890, en cuanto elemento interpretativo según lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Convención de Viena; elemento interpretativo que ha sido frecuentemente recurrido por la jurisprudencia internacional -asuntos de *Estrecho de Corfú*, *Sentencia arbitral del Rey de España de 1906*, *Templo de Preah Vihear*, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, o los dictámenes consultivos de *Ciertos gastos de Naciones Unidas* o de *Licitud del empleo de armas nucleares* (CIJ *Recueil* 1949, p.25, 1960, p.206, 1962, p.32, 1984, p.408, 1962, p.157 y 1996,

p.75, respectivamente). Los argumentos de las Partes en este sentido son presentados como una mezcla de *acuerdo posterior* y *práctica en aplicación del tratado*. Botswana invoca tres tipos de documentos: un informe de reconocimiento del Chobe realizado en 1912 por el capitán Eason, oficial de policía de Bechuanaland; un arreglo celebrado en 1951 entre un magistrado de Caprivi y un comisario de Bechuanaland, y sus correspondientes canjes previos; y un acuerdo concluido en 1984 entre las autoridades de Botswana y las de Sudáfrica para la creación de una comisión mixta encargada de efectuar un trazado común del Chobe, y su informe (§52).

Namibia, por su parte, hace igualmente referencia a la conducta ulterior, pero lo hace sobre la base de tres lógicas diferentes y *excluyentes*. En efecto, el mismo elemento es invocado en un triple sentido que resulta ser entre sí contradictorio, pues se alega a la vez como argumento que corrobora la interpretación del tratado, y como fundamento distinto del tratado y en contra del mismo, favorable a la reivindicación namibia fundada en la doctrina de la adquisición del territorio por prescripción, aquiescencia y reconocimiento. Pero, además, Namibia también alega la conducta posterior como prueba de posesión de la isla en la época colonial y, por tanto, atribución de la soberanía sobre la base del *uti possidetis*, argumentación que parece ignorar la naturaleza jurídica de este principio basado, no en la posesión, sino, por el contrario, en un título jurídico, razón por la cual esta alegación resulta difícilmente sostenible; no obstante, la referencia al *uti possidetis* no ha sido objeto de ninguna alusión por parte del TIJ. Sin duda, esta compleja argumentación resulta, cuanto menos, digna de ser resaltada por su intrínseca contradicción. Este comportamiento posterior en que se basa Namibia consiste en el control y

utilización de la isla de Kasikili por la tribu de los Masubia de la banda de Caprivi, el ejercicio de jurisdicción sobre la isla por las autoridades namibias responsables, y el silencio frente a estos actos de Botswana y sus predecesores durante cerca de un siglo (§71).

Según el Tribunal, la presencia desde antiguo y sin objeción de la tribu de los Masubia resulta ser un hecho indiscutible. No obstante, para que esta práctica sea considerada en los términos del artículo 31.3 b) de la Convención de Viena, es necesaria la concurrencia de dos elementos: que tal ocupación estuviera acompañada de la convicción de las autoridades de Caprivi de que la frontera fijada por el tratado de 1890 seguía el canal sur, y que este hecho hubiera sido plenamente conocido y aceptado por las autoridades de Bechuanaland como confirmación de la frontera fijada por el tratado. En opinión del TIJ, por un lado, nada demuestra que la presencia intermitente de los Masubia sobre la isla haya guardado relación alguna con las pretensiones territoriales de las autoridades de Caprivi, y, por otro, si dicha presencia ha sido tolerada por Bechuanaland es porque no aparecía vinculada a una interpretación del tratado de 1890 (§74). Todo lo cual le lleva a concluir que ninguna de las prácticas presentadas por las Partes constituye, ni acuerdo, ni práctica posterior en aplicación del tratado (§79). Sobre este punto quisiéramos hacer notar que todo este material presentado por las Partes en este contexto, y rechazado por el Tribunal como elemento de interpretación en el sentido del artículo 31.3 de la Convención de Viena, podría haber sido utilizado por éste en un sentido distinto; concretamente, hubiera sido un importante factor a retener por el TIJ como prueba de la posesión efectiva del territorio, necesaria para convertir en frontera la delimitación de esferas de influencia del tratado de 1890 -en

sentido similar se pronuncia el juez Oda (§7 op. individual).

7. La sentencia de 13 diciembre 1999 también analiza las *pruebas cartográficas* presentadas por las Partes en apoyo de sus respectivas pretensiones, sobre todo por Namibia que ha reseñado su importancia como forma especial de práctica posterior, así como un aspecto del ejercicio de competencia y de la aquiescencia a considerar respecto de la prescripción adquisitiva alegada (§82). Sobre este aspecto particular, el Tribunal comienza por relativizar el valor probatorio que comportan los mapas, ya que éstos no constituyen mas que simples indicaciones que nunca pueden llegar a conformar un título territorial por sí solos (§84). En efecto, los mapas tienen por su naturaleza un especial significado en conflictos fronterizos, en cuanto constituyen una aproximación gráfica de la alineación territorial en un área determinada. Sin embargo, el uso de los mapas en las controversias territoriales ha sido siempre justamente restringido, ocupando una posición colateral y no principal; la jurisprudencia es muy clara en este sentido, tal y como demuestran asuntos como el del *Canal de Beagle*, la *controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali) o la *controversia fronteriza terrestre, insular y marítima* (El Salvador/Honduras). El presente caso enlaza con esta definida jurisprudencia al rechazar los mapas presentados, pues las inexactitudes materiales y el carácter contradictorio del material cartográfico presentado, por un lado, y la ausencia de un mapa oficial que refleje la voluntad de las partes en el tratado de 1890, por otro, así como la inexistencia de algún acuerdo sobre la validez de la frontera representada en un mapa, impiden al Tribunal llegar a una conclusión capaz de modificar los resultados de la interpretación textual (§§85-87), según la cual, la frontera

alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu viene fijada por el *thalweg* del canal norte del río Chobe en cuanto éste es el canal principal.

8. Una vez resuelta la primera tarea asignada al TIJ, éste pasa a decidir la segunda, esto es, determinar el *estatuto jurídico de la isla*. A estos efectos, los últimos párrafos de la sentencia se consagran al examen de la tesis presentada por Namibia a título subsidiario, según la cual la práctica posterior constituye una base independiente del título convencional, fundada en la *doctrina de la prescripción* (§92). Una vez expuestas las condiciones que, a su parecer, debe cumplir un título por prescripción (posesión a título de soberano, pacífica e ininterrumpida, pública y prolongada), Namibia afirma que los documentos coloniales de las autoridades alemanas, británicas y sudafricanas prueban de forma indudable que los Masubias ocuparon y utilizaron la isla de Kasikili como parte integrante de sus tierras desde tiempos inmemoriales; los predecesores de Namibia ejercieron sobre la isla una autoridad y jurisdicción continuas sin oposición, reserva o protesta por parte de Botswana hasta 1984 -fecha en que reivindica por primera vez la isla- (§94).

A juicio del Tribunal, la referencia del compromiso a las reglas y principios de derecho internacional le autoriza a conocer de este argumento al margen del tratado de 1890 (§93); opinión rechazada tanto por Botswana (§91), como por el juez Kooijmans (§5 op. disidente), que entienden que el compromiso le impide al TIJ decidir al margen del tratado de 1890. Resulta destacable, no sólo la justificación del Tribunal para abordar el argumento presentado por una de las Partes, sino más aún el hecho de que haya procedido a analizarlo toda vez que tenía una solución al problema basada en un título legal. En este sentido, el TIJ se aparta de la posición

adoptada en el asunto de la *controversia territorial* (Libia/Chad), en el que articuló toda su decisión entorno a la existencia de un tratado de fronteras rechazando, sin más, todos los argumentos presentados por las Partes al margen del título jurídico (CIJ *Recueil* 1994, pp.39-40).

No obstante, el Tribunal no entra a analizar el estatuto de la prescripción adquisitiva en el derecho internacional ni sus condiciones, sin duda, por esa tendencia a rehuir cuestiones sobre las que existen grandes divergencias cuando su análisis no es preceptivo para resolver la disputa; indudablemente, la doctrina de la prescripción es una de ellas. Por ello, se limita a comprobar si Namibia ha satisfecho las condiciones apuntadas por ella misma (§97). En esta línea, resulta del examen efectuado que la ocupación de la isla por la tribu de los Masubia no puede ser considerada como una posesión a título de soberano, por el contrario, su utilización intermitente de la isla fue realizada con fines exclusivamente particulares; de esta forma, las actividades desplegadas por los Masubia constituyen una cuestión al margen de un posible título sobre el territorio. Además, queda igualmente excluida la posible aquiescencia de Bechuanaland a la situación apuntada por Namibia. Por estos motivos, queda claro que no se cumplen los requisitos apuntados por Namibia para que existiera un posible título por prescripción sobre la isla de Kasikili (§99). Rechazada la argumentación namibia de prescripción, el Tribunal decide que la isla forma parte del territorio de Botswana (§101).

Entendemos que la argumentación del TIJ sobre este punto es correcta y absolutamente coherente con la jurisprudencia internacional existente sobre controversias territoriales, que reiteradamente ha negado cualquier efecto jurídico en relación a la atribución de soberanía territorial a los actos desplegados *per se*

por particulares sobre el territorio sin el marchamo estatal. Sólo cuando tal actividad privada se efectúa en nombre del Estado (caso de las compañías de comercio y colonización), o va acompañada de un fluido ejercicio de jurisdicción estatal, es considerada positivamente a efectos de corroborar una adquisición territorial dimanada de actos estatales. Los asuntos de la *isla de Aves*, la *isla de Palmas*, el *Templo de Preah Vihear*, o la *delimitación de la frontera entre Dubai y Sharjah* son sólo una pequeña muestra de una abundante jurisprudencia en este sentido (vide, sobre este particular A.G.López Martín, *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid, 1999). Asimismo, aún cuando el Tribunal no se haya referido a ello, hubiera sido igualmente interesante hacer notar -y así lo indica el juez Fleischhauer (§11 op.disidente)- , como apoyo a esta falta de posesión a título de soberano, que el posterior control por parte de Sudáfrica del territorio de la banda de Caprivi fue efectuado a *título de mandatario*, y no de soberano, circunstancia que hace excluyente la posibilidad de prescripción.

9. Finalmente, hemos de indicar que uno de los aspectos más destacables del asunto de la *isla de Kasikili/Sedudu* lo constituye su decisión final, adoptada por unanimidad, de establecer la *libertad de navegación* en los dos canales del río Chobe para los nacionales de ambos Estados. Esta resolución se enmarca dentro de la segunda tarea asignada al TIJ de determinar el estatuto jurídico de la isla, de tal forma que, aún cuando la isla de Kasikili/Sedudu forme parte del territorio de Botswana todos los nacionales y los barcos de ambos Estados tendrán libre acceso a los dos canales del río Chobe (§103). Esta decisión, sin duda singular, cuenta, no obstante, con un precedente reciente en la jurisprudencia arbitral, la *controversia*

*insular* entre Eritrea y Yemen de 9 octubre 1998. En este caso, el tribunal arbitral tras decidir salomónicamente el reparto de las islas del Mar Rojo, estableció sobre la zona del archipiélago de las Zuqar-Hanish y de las islas de Jebel al-Tayr y Zubayr, que quedaban bajo soberanía de Yemen, un régimen de libre acceso a todos los pescadores tanto de Yemen como de Eritrea, considerando el tradicional régimen de libertad de pesca existente en la zona en base a una antigua *lex piscatoria* que había alcanzado el carácter de *res comunis omnium* (*ILR* vol.114, p.137).

La sentencia de 13 diciembre 1999 pone de esta forma fin a un viejo contencioso que las tentativas de arreglo político no pudieron solucionar, testimoniando una ampliación del campo operativo del arreglo jurisdiccional hacia esos litigios territoriales 'superiores' que han permanecido durante mucho tiempo ante los ojos de los Estados como conflictos 'no-justiciables'.

**Ana Gemma López Martín**