

El fallo insólito o antisalomónico sobre el diferendo colombo- nicaragüense

The unexpected or unfair
Judgment on the conflict between
Colombia and Nicaragua

HERNÁN VALENCIA RESTREPO

Maestría en Derecho Privado y especialista en Derecho de Familia por la Universidad Pontificia Bolivariana; Especialización en Derecho Romano de la Università degli Studi di Roma - La Sapienza; Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor titular y emérito de la Universidad de Antioquia y de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. Correo electrónico: valenciahernan@hotmail.com.

Recibido:
22 de abril de 2013
Aprobado:
27 de mayo de 2013

* Advertencia: todas las negrillas, que se encuentren en los párrafos del fallo, son ajenas al original. Por tal motivo, obviamente, son obra exclusiva del autor.



Resumen

El artículo pretende aportar algo a un debate y a una sana crítica del fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el 19 de noviembre de 2012, en el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua contra Colombia), a partir de un ejercicio jurídico, político y sociológico. Se concluye que, pese al cúmulo de errores en los que incurrieron los intervinientes en el proceso y, particularmente, la Corte y Colombia, terminaron por perjudicar a este país.

Palabras clave:

Fallo, Derecho internacional, Corte internacional, Derecho del mar, Plataforma continental.

Abstract

The paper aims to add new elements to the debate generated by the Judgment given by the International Court of Justice on the Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia); as well as to elaborate an academic and healthy critic to this Judgment, which was issued on November the 19th, 2012. The paper exhibits a group of mistakes made by the participant parties, paying special attention to the ones made by the Court and Colombia; which, at the end, caused considerable damage to the latter.

Key words:

Judgment, International law, international court, law of the sea, continental shelf.

Introducción

Este ensayo pretende aportar algo a un debate y a una crítica sana del fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el 19 de noviembre de 2012, en el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua contra Colombia).

Él no se ocupará de todos los temas del fallo sino de algunos, que se han estimado como los más característicos y actuales. Se dejan para una eventual y ulterior oportunidad el tratamiento de otros, asimismo muy importantes, como el de las exposiciones discordantes del fallo: opiniones disidentes (1: del juez Owada), individuales (2: de los jueces Abraham y Donoghue), y el de las declaraciones (4: de los jueces Keith, Xue y de los jueces *ad hoc* Mensah y Cot); total de las exposiciones discordantes: 7, de una Corte compuesta por 15 jueces.

251. Por estas razones,
La Corte,
(1) Por unanimidad,
Sentencia que la República de Colombia tiene la soberanía sobre las islas que hacen parte de las formaciones siguientes: Alburquerque, Bajo Nuevo, cayos del Este – Sur – Este, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla¹.

Prescripción y aquiescencia sobre la tierra o territorio terrestre de las islas, pero no sobre sus áreas marinas y submarinas (zona económica exclusiva y plataforma continental)

Si por las sentencias de la Corte (la de 13 de diciembre de 2007 y la de 19 de noviembre de 2012), Colombia tiene la soberanía sobre San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y sobre las 7 islas arriba mencionadas y la ha tenido por los tí-

1 "251. For these reasons,
The Court,
(1) Unanimously,
Finds that the Republic of Colombia has sovereignty over the islands at Alburquerque, Bajo Nuevo, East-Southeast Cays, Quitasueño, Roncador, Serrana and Serranilla".

tulos jurídicos de las Reales Cédulas de la Corona Española de 30 de noviembre de 1803 y la de 26 de mayo de 1805 (esta última no alegada por Colombia) y, además, por una prescripción (o usucapión) adquisitiva de soberanía y una aquiescencia², debido a una posesión³ inveterada (más de 200 años), pública, pacífica y continua⁴, ejercida sobre tales islas y hasta el meridiano 82, ¿por qué, entonces, la Corte reduce la soberanía colombiana a la tierra, a los territorios terrestres de las 7 islas, y no declara las correspondientes aguas como sus áreas marinas y submarinas (la zona económica exclusiva y la plataforma continental, respectivamente)?, cuando ella misma, citando una prolija jurisprudencia suya, sostiene reiteradamente:

Está bien establecido que *el título de un Estado a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva se basa en el principio de que **la tierra domina el mar, mediante la proyección de las costas y los frentes costeros*** (pár. 140); **la tierra es la fuente legal del poder que un Estado puede ejercer sobre sus extensiones territoriales hacia el mar** (pár. 140); y **la costa del territorio del Estado es el factor decisivo para el título a las áreas submarinas adyacentes a él** (pár. 140)⁵

Todo lo cual no es más que aplicación del principio *lo accesorio* (las áreas marinas y submarinas) *sigue la suerte de lo principal* (la tierra). He aquí cómo la Corte contraría su propia jurisprudencia, al no asignar a las 7 islas una plataforma continental y una zona económica exclusiva, a las cuales tienen derecho.

La Corte observa que, a pesar de que la mayoría de actos à titre de souverain referidos por Colombia fueron ejercidos en el área marítima que comprende todos los elementos en disputa, **algunos de ellos fueron específicamente llevados a cabo en relación con los elementos marítimos en disputa**. Colombia efectivamente actuó à titre de souverain respecto tanto de las áreas marítimas, que encierran los

2 Véase el apartado "La aquiescencia".

3 Esto es lo que se llama técnicamente en derecho internacional público una effectivité (efectividad; cf. sentencia citada, párrafos 66-84).

4 "La prescripción debe reunir las siguientes condiciones: 1) una posesión ejercida a título de soberano; 2) una posesión pacífica e ininterrumpida, con la aquiescencia del soberano original, y 3) una posesión pública" (Remiro Brotóns et al., 1997, p. 532). La Corte, de la manera más expresa, reconoció que la prescripción a favor de Colombia reunía esas 3 condiciones; véase, más abajo en el apartado "La aquiescencia", el párrafo 82.

5 140. It is well established that "[t]he title of a State to the continental shelf and to the exclusive economic zone is based on the principle that the land dominates the sea through the projection of the coasts or the coastal fronts" (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 89, para. 77) [...]. "The land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward" (*Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 51, para. 96) [...] "the coast of the territory of the State is the decisive factor for title to submarine areas adjacent to it" (*Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 61, para. 73).

elementos en disputa, como de los **elementos marítimos en sí**, cual se mostrará en el siguiente párrafo⁶. (pár. 81)

Este párrafo únicamente puede entenderse en el sentido de que hay dos clases de elementos disputados: un “área marítima que comprende **todos los elementos en disputa**”, los cuales son el territorio de las 7 islas y sus correspondientes plataformas continentales y zonas económicas exclusivas; y unos “**elementos marítimos en sí**”, que son las plataformas continentales y zonas económicas exclusivas. Resáltese que esos dos elementos son repetidos inequívocamente (con la misma significación) dos veces: en el colon 1º y en el colon 2º del transcrito párrafo 81. Si todas las efectividades o actos à titre de souverain se ejercieron por parte de Colombia igualmente sobre los territorios de las islas y sobre los elementos marinos correspondientes (las plataformas continentales y zonas económicas exclusivas) y no privativamente sobre el territorio, ¿por qué, entonces, tales elementos marinos no fueron asignados a Colombia, como sí las áreas terrestres? ¿Cómo se explica esta contradicción?

En el párrafo siguiente (el 82), “La Corte considerará ahora las diferentes categorías de *effectivités* presentadas por Colombia”⁷.

Y, acto seguido, enumera 6: administración pública y legislación, regulación de actividades económicas, obras públicas, medidas de aplicación de la ley, visitas navales y operaciones de búsqueda y rescate, y representación consular. Reitero la pregunta: si todas las efectividades se ejercieron igualmente sobre el territorio de las 7 islas y sobre sus plataformas continentales y zonas económicas exclusivas, ¿por qué, entonces, estas dos últimas no fueron asignadas a Colombia?

La Corte contraría una vez más su jurisprudencia cuando puntualiza:

De conformidad con el artículo 121, párrafo 2, de la Convención de 1982 sobre el derecho del mar, que refleja el derecho internacional consuetudinario, las islas, independientemente de su tamaño, gozan del mismo *status*, y, por tanto, generan los mismos derechos marítimos que **otras extensiones terrestres**⁸. (pár. 176)

6 “81. The Court notes that although the majority of the acts à titre de souverain referred to by Colombia were exercised in the maritime area which encompasses all the disputed features, a number of them were undertaken specifically in relation to the maritime features in dispute. Colombia has indeed acted à titre de souverain in respect of both the maritime area surrounding the disputed features and the maritime features themselves, as will be shown in the following paragraph”.

7 “82. The Court will now consider the different categories of *effectivités* presented by Colombia”.

8 176. “[i]n accordance with Article 121, paragraph 2, of the 1982 Convention on the Law of

“[...] Principio hace mucho tiempo establecido que *las islas, independientemente de su tamaño, generan los mismos derechos marítimos que cualquier otra porción de territorio*”⁹. (pár. 139)

La norma citada en el penúltimo párrafo (el 176) dispone:

Artículo 121. **Régimen de las islas.**

[...]

2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.

Dentro de los giros “otras extensiones terrestres” y “cualquier otra porción de territorio” está, indudablemente, el territorio terrestre o el territorio estatal propiamente dicho. Luego, conforme como se determinan las áreas marinas y submarinas de éste, la Corte ha debido determinar las de las islas colombianas en el Caribe.

De consiguiente, la Corte no se contentó con contrariar su jurisprudencia sino que violó el artículo 121, párrafo 2, de la Convención de 1982 sobre el derecho del mar.

Conclusión: Colombia no sólo es titular de la soberanía sobre el territorio de las 10 islas susodichas sino que las aguas encerradas dentro de ellas y hasta el meridiano 82 generan para ella mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental.

Es un infortunio inconmensurable que Colombia no haya alegado la configuración de la prescripción, para que la Corte declarara que las aguas encerradas dentro de sus 10 islas y hasta el meridiano 82 constituyen su mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental y que tal meridiano

the Sea, which reflects customary international law, islands, regardless of their size, in this respect enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory” (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 97, para. 185).

9 139. “[...] the long-established principle that “islands, regardless of their size, [...] enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory” (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 97, para. 185).

sí era una frontera marítima. Y la Corte no declara nada de oficio (*ex officio*) sino a solicitud de parte.

Se ha de dejar constancia que hasta la propia Nicaragua aceptó, de la manera más explícita, la posesión de Colombia, y, por ende, la prescripción, cuya base es, precisamente, la posesión:

El Gobierno de Nicaragua se reserva el derecho de reclamar compensación por elementos de enriquecimiento injusto, derivados de la **posesión colombiana, sin un título legítimo, de las islas de San Andrés y Providencia, así como de los cayos y espacios marítimos hasta el meridiano 82**. El Gobierno de Nicaragua también se reserva el derecho de reclamar compensación por la interferencia de embarcaciones pesqueras de nacionalidad nicaragüense o embarcaciones con licencia de Nicaragua (pár. 15). [...] Colombia no está actuando de acuerdo con sus obligaciones, según el derecho internacional, al obstaculizar y dificultar a Nicaragua el acceso y disposición de sus recursos naturales al este del meridiano 82¹⁰. (pár. 16, réplica II; cf. párr. 17, II)

En su demanda, Nicaragua, además de su solicitud para fijar una frontera marítima, se “reservó el derecho de solicitar una reparación por todo elemento de enriquecimiento sin justa causa **que resultare de la posesión por parte de Colombia** de las islas de San Andrés y de Providencia, así como de los cayos y de los espacios marítimos que se extienden hasta el meridiano 82” y “por impedir toda actividad de los buques de pesca con pabellón nicaragüense o de los buques que tuvieran una autorización expedida por Nicaragua”. En sus conclusiones finales, no presentó demanda alguna de reparación, pero sí le solicitó a la Corte que determinara “que Colombia había incumplido sus obligaciones de derecho internacional al impedir, de cualquier forma, [...] el acceso a sus recursos naturales al este del meridiano 82 y de disponer de ellos”. En este sentido, enunció un número de episodios

10 Véase, en el acápite “Violaciones del derecho internacional, endilgadas por Nicaragua a Colombia”, la glosa “[...] the Government of Nicaragua reserves the right to claim compensation for elements of unjust enrichment consequent upon Colombian possession of the Islands of San Andrés and Providencia as well as the keys and maritime spaces up to the 82 meridian, in the absence of lawful title. The Government of Nicaragua also reserves the right to claim compensation for interference with fishing vessels of Nicaraguan nationality or vessels licensed by Nicaragua.

The Government of Nicaragua, further, reserves the rights to supplement or to amend the present Application.

16. II. – Colombia is not acting in accordance with her obligations under international law by stopping and otherwise hindering Nicaragua from accessing and disposing of her natural resources to the east of the 82nd meridian”.

en los que los buques de pesca nicaragüenses habían sido detenidos por navíos de guerra colombianos al este del meridiano 82¹¹. (pár. 248)

Más explícita no pudo ser esta declaración o confesión de Nicaragua de que Colombia tenía a su favor una prescripción sobre el territorio de las islas y sus aguas, y que sobre las unas y las otras ejercía efectivamente una soberanía, que actuaba a título de soberano, *à titre de souverain*. Y todo esto, aunque lo tuvo en cuenta Nicaragua, no lo tuvo en cuenta la Corte.

Se ha establecido, por consiguiente, que por varias décadas Colombia continúa y actuó consistentemente *à titre de souverain* respecto de los **elementos marítimos en disputa**.

El ejercicio de soberanía fue público y no hay evidencia de que existiera alguna protesta por parte de Nicaragua antes de la fecha crítica. Más aún, la evidencia de los actos de administración de Colombia respecto de las islas contrasta con la ausencia de evidencia de actos *à titre de souverain* por parte de Nicaragua.

La Corte concluye que los hechos examinados anteriormente presentan un gran soporte a la pretensión de Colombia de soberanía sobre los **elementos marítimos en disputa**¹² (pár. 84).

¿Y dentro de “los elementos marítimos en disputa”, no estaban, pues, también la delimitación de las áreas marinas (zona económica exclusiva) y submarinas (plataforma continental)?

11 “248. In addition to its claims regarding a maritime boundary, Nicaragua’s Application reserved ‘the right to claim compensation for elements of unjust enrichment consequent upon Colombian possession of the Islands of San Andrés and Providencia as well as the keys and maritime spaces up to the 82 meridian’ and ‘for interference with fishing vessels of Nicaraguan nationality or vessels licensed by Nicaragua’. In its final submissions, Nicaragua made no claim for compensation but it requested that the Court adjudge and declare that ‘Colombia is not acting in accordance with her obligations under international law by stopping and otherwise hindering Nicaragua from accessing and disposing of her natural resources to the east of the 82nd meridian’. In this regard, Nicaragua referred to a number of incidents in which Nicaraguan fishing vessels had been arrested by Colombian warships east of the 82nd meridian”.

12 “84. It has thus been established that for many decades Colombia continuously and consistently acted *à titre de souverain* in respect of the maritime features in dispute. This exercise of sovereign authority was public and there is no evidence that it met with any protest from Nicaragua prior to the critical date. Moreover, the evidence of Colombia’s acts of administration with respect to the islands is in contrast to the absence of any evidence of acts *à titre de souverain* on the part of Nicaragua.

The Court concludes that the facts reviewed above provide very strong support for Colombia’s claim of sovereignty over the maritime features in dispute”.

Se ha escrito que “en cuanto a lo marítimo nunca hubo aquiescencia de Nicaragua, ya que cuando por primera vez en 1969 Colombia interpretó el meridiano 82 como límite marítimo, Nicaragua lo rechazó de inmediato. De allí en adelante se siguieron presentando incidentes y notas de protesta de lado y lado. Colombia alegó que antes de 1969, desde la aprobación del tratado en 1930, Nicaragua nunca dijo nada, que fueron 40 años de ‘aquiescencia’. La Corte tumbó el argumento, que antes de 1969 no había controversia marítima; que ésta surgió en 1969 y que jurídicamente sólo se pueden tener en cuenta los hechos sucedidos de allí en adelante”.

Con respecto a tales conceptos, ténganse muy apodícticamente en cuenta las siguientes apuntes:

- 1ª. Colombia ha debido alegar que, por lo relacionado con el límite marítimo (el meridiano 82), hubo aquiescencia de Nicaragua por un lapso de 166 años, que van desde 1803, fecha de la primera real *cédula* española, hasta 1969, año de la protesta de Nicaragua, o, al menos, 40 años, desde 1930, aprobación del tratado Esguerra-Bárceñas, hasta 1969, fecha crítica, como bien se alegó por Colombia esto segundo. ¿Por qué? Porque durante esos años (166 ó 40) Colombia estuvo ejerciendo efectivamente, o de hecho, su soberanía hasta el meridiano 82, con lo que configuró en favor suyo una prescripción y una aquiescencia en relación, no sólo con respecto al territorio de las 7 islas, sino también con respecto a la plataforma continental, la zona económica exclusiva de ellas y el meridiano 82 como frontera marítima.
- 2ª. En cuanto a que “antes de 1969 no había controversia marítima”, esto es absolutamente cierto, pero precisamente antes de 1969 ya se habían configurado la prescripción y la aquiescencia, indicadas en el párrafo precedente.
- 3ª. Por lo atingente a que “Colombia alegó que antes de 1969, desde la aprobación del tratado en 1930, Nicaragua nunca dijo nada, que fueron 40 años de ‘aquiescencia’. La Corte no tumbó el argumento, todo lo contrario, aceptó que antes de 1969 no había controversia marítima; que ésta surgió en 1969 y que jurídicamente sólo se pueden tener en cuenta los hechos sucedidos de allí en adelante”; esto se esclarece así:

Como la Corte lo explicó en el caso Indonesia/Malasia: *no puede considerar actos realizados después de la fecha en que la disputa entre las partes se cristalizó a menos que dichos actos sean una continuación normal de actos previos y que no se realizaron con el propósito de mejorar la posición jurídica de la parte que se basa en ello.* (Soberanía

sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), decisión, CIJ Recueil 2002, p. 682, para. 135). (pár. 68)¹³

Las actividades de Colombia *à titre de souverain* respecto de Alburquerque, Bajo Nuevo, Este-Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla, en particular, legislación referida a su organización territorial, regulaciones de actividades pesqueras y otras medidas de cumplimiento, mantenimiento de faros y boyas, y visitas navales, continuaron después de la fecha crítica. **La Corte considera que estas actividades son la continuación normal de actos *à titre de souverain*. La Corte deberá por tanto tomar estas actividades en cuenta para el presente caso** (ver *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), Judgment, CIJ Recueil 2002*, p. 682, para. 135)¹⁴. (pár. 83)

Subráyese que es la propia Corte la que dictamina, de la manera más apodíctica, que las actividades posteriores a la fecha crítica (1969) son “la continuación normal de actos *à titre de souverain*”. Por consiguiente, las actividades de Colombia *à titre de souverain*, anteriores a 1969 sobre el territorio y las áreas marítimas de las 7 islas, han de ser tenidas en cuenta y tienen la misma relevancia que las posteriores al 12 de junio de 1969 y hasta el 6 de diciembre de 2001, día en que Nicaragua presentó la demanda contra Colombia, fue notificada a ésta y se suspendió procesalmente la posesión colombiana.

De ahí que de los planteamientos de la Corte se pueda colegir que las efectividades configuraron una segunda prescripción¹⁵ (no la efectividad de la aquiescencia, debido a que ya había mediado la protesta de Nicaragua) durante el período que va de 1969 a 2001: 22 años.

13 “68. As the Court explained in the *Indonesia/Malaysia* case:

‘it cannot take into consideration acts having taken place after the date on which the dispute between the Parties crystallized unless such acts are a normal continuation of prior acts and are not undertaken for the purpose of improving the legal position of the Party which relies on them’ (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 682, para. 135)”.

14 “83. Colombia’s activities *à titre de souverain* with regard to Alburquerque, Bajo Nuevo, East-Southeast Cays, Quitasueño, Roncador, Serrana and Serranilla, in particular, legislation relating to territorial organization, regulation of fishing activities and related measures of enforcement, maintenance of lighthouses and buoys, and naval visits, continued after the critical date. The Court considers that these activities are a normal continuation of prior acts *à titre de souverain*. The Court may therefore take these activities into consideration for the purposes of the present case (see *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 682, para. 135)”.

15 La primera prescripción, junto con la aquiescencia, se configuró de 1803 a 1969: 166 años.

Como lo expresa el transcrito párrafo 83, “la Corte deberá por tanto tomar estas actividades (las anteriores y las posteriores a 1969) en cuenta para el presente caso” *¡Qué extraño! No tuvo en cuenta esas actividades sino para la tierra*, el territorio terrestre, pero no para las áreas marinas y submarinas.

4ª. Póngase muy de relieve que “cuando por primera vez en 1969 Colombia interpretó el meridiano 82 como límite marítimo”, tal interpretación se basó en una prescripción y una aquiescencia de 166 ó 40 años.

El *statu quo* del archipiélago de San Andrés –comprensivo de las 10 islas– en lo territorial y marítimo, existente entre Colombia y Nicaragua, el 6 de diciembre de 2001, día en que se presentó y se notificó la demanda, es el que ha debido respetar la Corte proclamándolo en sus dos sentencias (la de 2007 y la de 2012) y no únicamente en lo territorial sino también en lo marítimo. ¿Por cuál argumento?

El argumento es poderosísimo e irrecusable. La posesión del archipiélago de San Andrés por parte de Colombia es la consecuencia *estrictamente* jurídica de unos actos asimismo *estrictamente* jurídicos. Analicemos tres razones:

- a. La posesión colombiana de la Costa de los Mosquitos y del archipiélago de San Andrés –comprensivo de las 10 islas– de 1803 a 1930, fue el resultado de dos actos jurídicos denominados reales cédulas (la de 30 de noviembre de 1803 y la de 26 de mayo de 1805) por las que la Corona Española segregó los mentados territorios de la Capitanía General de Guatemala, una de cuyas sucesoras es Nicaragua, y los adjudicó al Virreinato de Santa Fe o de la Nueva Granada, una de cuyas sucesoras es Colombia. Por tanto, tal posesión no fue el resultado de un conflicto armado, como una conquista, ni de ningún acto arbitrario o contrario a derecho. No hay ninguna otra razón jurídica o antijurídica que pueda explicar y justificar la presencia colombiana durante el antedicho período.
- b. La posesión colombiana del archipiélago de San Andrés –comprensivo de las 10 islas– de 1930 a 2012, fue el resultado de dos actos jurídicos llamados Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 y Protocolo de 1930, celebrados entre Colombia y Nicaragua, por los cuales aquella cedía a ésta la Costa de los Mosquitos y ésta a aquella el archipiélago de San Andrés. Por tanto, tal posesión no fue el resultado de un conflicto armado, como una conquista, ni de ningún acto arbitrario o contrario a derecho. No hay ninguna otra razón jurídica o antijurídica que pueda explicar y justificar la presencia colombiana durante el antedicho período.

- c. Por lo demás, la presencia colombiana, ya de por sí explicada y justificada por los actos jurídicos referenciados en los literales a) y b), ha sido corroborada y ratificada por los hechos: una posesión inveterada (127 años en la ocurrencia del literal a y 40, en la del literal b; aquí se cuenta hasta 1969, año de la protesta nicaragüense), pública, pacífica y continua por parte de Colombia, la cual ha generado una prescripción adquisitiva de soberanía sobre lo territorial y sobre lo marítimo, prescripción que trueca lo fáctico –el hecho de la posesión– en derecho, en algo estrictamente jurídico, cual lo es la prescripción. A su vez, se corrobora y ratifica la prescripción con otra efectividad, la aquiescencia, que perduró, en cuanto al meridiano 82 como frontera marítima, por 166 años, hasta el 26 de junio de 1969, fecha de la protesta nicaragüense.

E infortunio no menor fue no haber alegado la aquiescencia, que, junto con el *estoppel*, integran los comportamientos unilaterales de los Estados en el derecho internacional público.

La aquiescencia¹⁶

Como a menudo se la ignora, voy a explicarla un tanto a espacio. La aquiescencia es una figura que busca resolver el problema planteado por el silencio, pasividad o inactividad de un Estado frente al comportamiento de otro, ante el cual el primero ha debido y podido protestar u oponerse. La solución la da la propia aquiescencia: el Estado que calla o no obra, está de acuerdo con el comportamiento del otro Estado. Por tanto, la aquiescencia es un reconocimiento tácito por conducta concluyente de un Estado, conducta concluyente que consiste en no haber protestado o en no haberse opuesto, cuando debía y podía protestar u oponerse.

El precedente planteamiento ha sido corroborado *expressis verbis* por la jurisprudencia de la Corte Internacional: “La aquiescencia equivale a un reconocimiento tácito manifestado mediante un comportamiento unilateral **que la otra parte puede interpretar como un consentimiento**” (CIJ, *Recueil de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour de Justice Internationale de La Haye*, asunto *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine*, 1984, p. 304).

16 Sigo en este punto a Valencia, 2008, pp. 483ss.

La aquiescencia es una aplicación de la teoría del silencio circunstanciado (también conocido como condicionado o cualificado). No todo silencio constituye una declaración tácita. Sólo lo es el que está rodeado de circunstancias que no dejan lugar a dudas sobre el consentimiento del Estado, que ha callado.

Para que se configuren los comportamientos jurídico-internacionales unilaterales (*estoppel* y aquiescencia), se han de dar tres conductas: una primaria, una situación creada por un Estado; una secundaria, una conducta seguida por otro Estado, que está basada en la primaria; y una tercera, imposibilidad, por parte del Estado, que adoptó la conducta primaria, de presentar alegaciones contra ésta.

Éste es cabalmente el caso que nos ocupa:

- a. Nicaragua llevó a cabo la conducta primaria, al no protestar, por un lapso de 180 años durante los cuales Colombia había ejercido soberanía pública, pacífica y continua sobre las islas de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque y Este-Sudeste, y sobre sus correspondientes áreas marina y submarina hasta el meridiano 82. Únicamente vino a protestar, según la Corte (cf. pár. 71), el 12 de junio de 1969, fecha crítica de la disputa, para valorar las efectividades (prescripción y aquiescencia).

Colombia agrega que Nicaragua no puede presentar una sola evidencia de que alguna vez tuvo la intención de actuar como soberano sobre estas islas, y muchos menos de haber llevado a cabo un acto de carácter soberano sobre ellas. **Nicaragua nunca protestó contra el ejercicio de soberanía de Colombia sobre las islas durante un período de más 150 años¹⁷.** (pár. 75)

Y, en consecuencia, tampoco presentó protesta porque Colombia ejercía soberanía sobre las correspondientes plataformas continentales y ciertos derechos específicos sobre las respectivas zonas económicas exclusivas de las 7 islas disputadas.

- b. Colombia efectuó la conducta secundaria interpretando la conducta de Nicaragua, al no mediar protesta alguna suya, como un consentimiento al ejercicio de la soberanía y al ejercicio de ciertos derechos propios sobre las respectivas zonas económicas exclusivas.

17 "75. Colombia adds that Nicaragua cannot point to any evidence that it ever had either the intention to act as sovereign over these islands, let alone that it engaged in a single act of a sovereign nature on them. Moreover, Nicaragua never protested against Colombia's exercise of sovereignty over the islands throughout a period of more than 150 years".

- c. En cuanto a la conducta tercera, ésta se concreta en la imposibilidad para Nicaragua de presentar alegaciones contra su conducta primaria, esto es, que la consecuencia propia de la aquiescencia es privación, pérdida o renuncia para Nicaragua del derecho de hacer valer una conducta suya diferente de la primaria. Cae de su peso que la Corte no debió haber tenido en cuenta la protesta nicaragüense.

Se ha distinguido entre los dos comportamientos unilaterales. Ello lo ha realizado la Corte:

Sin entrar en un debate teórico que desborde los límites de este contexto, la Sala se limita a poner de relieve que, siendo pertinentes los mismos hechos para la aquiescencia como para el *estoppel* (excepto cuando existe un perjuicio), puede considerar ambas nociones como aspectos distintos de una misma institución. (*Recueil de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour de Justice Internationale de La Haye*, asunto *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine*, 1984, p. 305)

Esta institución es la de los comportamientos unilaterales de los Estados, agrego yo.

“El elemento del perjuicio... distingue el *estoppel stricto sensu* de la aquiescencia” (Valencia, 2008, p. 286).

En el asunto que se analiza, no se han generado perjuicios para Colombia.

Es menester traer a colación que hay jurisprudencia internacional en torno a los comportamientos unilaterales, que han servido de base para dirimir conflictos fronterizos.

Como casos de *estoppel*, cito los asuntos siguientes:

1°. En el fallo del 18 de noviembre de 1960, en el asunto *sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906*, la Corte juzgó que Nicaragua no podía alegar vicios en el procedimiento arbitral, porque en él había participado libremente, no había planteado objeciones, ni tampoco discutido la validez de la sentencia arbitral que previamente a sus alegaciones había reconocido como válida, bien por declaración expresa, bien por su conducta posterior a la misma¹⁸.

18 Cfr. asunto *Sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906*, 1960, p. 40.

2º. En 1904, mediante un tratado, se fijaron las fronteras entre los actuales Estados de Tailandia y Camboya. Muy posteriormente, el primero alegó su falta de consentimiento en obligarse por el tratado. La Corte inadmitió la alegación tailandesa, porque durante cincuenta años (¿qué pensar de 180 años o, si se quiere, de 40 en el evento del Tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 y Protocolo de 1930, celebrados entre Colombia y Nicaragua!) Tailandia había gozado de las ventajas que ese convenio le aseguraba: “Tailandia no puede en la actualidad seguir invocando los beneficios del acuerdo y gozar de ellos, y afirmar al mismo tiempo que no ha consentido en el mismo”¹⁹.

Como caso que se falló con base en la aquiescencia, reseño el asunto *Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo del Maine* (1984), que guarda una pasmosa semejanza, si no identidad casi total, con el diferendo colombo-nicaragüense sobre delimitación de áreas marinas y submarinas en el archipiélago de San Andrés.

Por consiguiente, a la luz de los comportamientos unilaterales carece de todo sentido lo declarado por la Corte:

Ella no cree que Colombia esté buscando reabrir este punto (hacer del meridiano 82 la frontera marítima entre las partes) diciendo que las partes habían acordado de forma expresa que este meridiano fuera una frontera marítima o que su comportamiento hubiera bastado para establecer entre ellas un acuerdo tácito para estos efectos. **[L]os elementos de prueba que certifican la existencia de un acuerdo tácito deben ser convincentes. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia, y un acuerdo no deber presumirse fácilmente**²⁰. (pár. 219)

De veras, un comportamiento hubiera bastado para establecer entre Colombia y Nicaragua un acuerdo tácito con el fin de que el meridiano 82 fuera la frontera

19 Asunto *Templo de Préah Vihear*, 1962, p. 32.

20 “219. The Court does not understand Colombia as attempting either to reopen that question by arguing that the Parties have expressly agreed upon the 82nd meridian as a maritime boundary, or as contending that the conduct of the Parties is sufficient to establish the existence of a tacit agreement between them to treat the 82nd meridian as such a boundary. In that context, the Court would, in any event, recall that

- 81 -

‘[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling. The establishment of a permanent maritime boundary is a matter of grave importance and agreement is not easily to be presumed’ (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, para. 253)“.

marítima entre ellas, por obra y gracia de la aquiescencia. Ciertamente, deben ser muy “convincentes” y “no deben presumirse fácilmente” los elementos de un acuerdo tácito, cuando él se apoya en un comportamiento configurador de una aquiescencia, cuyas tres conductas perduran por 180 años.

Colofón: una frontera marítima (la del meridiano 82), que fue de hecho durante 180 años, se convierte en una frontera marítima de derecho por intermedio de la prescripción y la aquiescencia.

La función resolutive de las efectividades (prescripción y aquiescencia)

Una de las tres funciones de las efectividades o del principio de efectividad es la resolutive²¹, que sirve para resolver los litigios interestatales, explicada y aplicada por la Corte en la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí:

En el caso de que el hecho corresponda exactamente al derecho, es decir, cuando una administración efectiva viene a añadirse al *uti possidetis iuris*, la efectividad no interviene en realidad más que para confirmar el ejercicio del derecho nacido de un título jurídico. En el caso de que el hecho no corresponda al derecho, es decir, cuando el territorio objeto de controversia es administrado efectivamente por un Estado distinto del que posee el título jurídico, habría que preferir al poseedor del título. **En el caso de que la efectividad no coincida con ningún título jurídico, entonces, ésta debe ser invariablemente tomada en cuenta.** Finalmente, hay casos incluso en los que el título jurídico no posee la virtualidad de mostrar de modo preciso el ámbito territorial al que se refiere. En tales casos las efectividades pueden desempeñar un papel fundamental para indicar cómo debe interpretarse el título en la práctica. (CIJ, *Recueil*, asunto *Burkina Faso contra Malí*, 1986, pp. 586-587, pár. 63).

La Corte no otorgó valor alguno al principio del *uti possidetis iuris*:

A la luz de lo anterior, la Corte concluye que en el presente caso el principio del *uti possidetis iuris* proporciona asistencia inadecuada en la determinación de soberanía

21 Las otras dos funciones son la constitutiva y la modificativa.

sobre los elementos marítimos en disputa entre Nicaragua y Colombia porque nada indica claramente si estos elementos fueron atribuidos a las provincias coloniales de Nicaragua o Colombia antes de o al momento de la independencia. **La Corte, por consiguiente, encuentra que ni Colombia ni Nicaragua han logrado establecer que poseían un título sobre los elementos marítimos en disputa en virtud del *uti possidetis juris***²². (pár. 65; cf. pár. 64)

Si ello es así ¿por qué la Corte no aplicó su propia jurisprudencia, enunciada en el párrafo precedente, que reza: “En el caso de que la efectividad no coincida con ningún título jurídico [con el *uti possidetis juris*, aclaro yo], entonces, ésta debe ser invariablemente tomada en cuenta”, y no tuvo en cuenta la efectividad sino para otorgarle a Colombia la soberanía sobre los territorios de las 7 islas y, con base en la misma efectividad, no declarar para ella las zonas económicas exclusivas y las plataformas continentales de aquellas islas? Esto es incomprensible, por decir lo menos.

[...] Así, la Corte se trazó como objetivo el poder llegar a una delimitación que tuviera en cuenta el interés de una administración ordenada de los océanos. Para este fin, **la delimitación debía ser, parafraseando el tribunal arbitral del caso *Barbados / Trinidad y Tobago*, “a la vez equitativa y lo más satisfactoria que fuera posible sobre el plan práctico, teniendo en cuenta la necesidad de llegar a un resultado estable en el plano jurídico”** (*Sentencia del 11 de abril de 2006, RSA*, vol. XXVII, pág. 215, párr. 244; *ILR*, vol. 139, pág. 524)²³. (pár. 244).

La delimitación habría sido, a la vez, equitativa, lo más satisfactoria en el plano práctico y lo más estable en el plano jurídico, si la Corte hubiese proclamado en su sentencia el *statu quo* existente entre Colombia y Nicaragua el día inmediatamente anterior a la presentación de la demanda nicaragüense (5 de diciembre de 2001) con base en las efectividades de la prescripción y la aquiescencia.

22 “65. In light of the foregoing, the Court concludes that in the present case the principle of *uti possidetis juris* affords inadequate assistance in determining sovereignty over the maritime features in dispute between Nicaragua and Colombia because nothing clearly indicates whether these features were attributed to the colonial provinces of Nicaragua or of Colombia prior to or upon independence. The Court accordingly finds that neither Nicaragua nor Colombia has established that it had title to the disputed maritime features by virtue of *uti possidetis juris*”.

23 “244. [...] and that the delimitation was one which must take into account the need of contributing to the public order of the oceans. To do so, the delimitation should be, in the words of the Tribunal in the *Barbados/Trinidad and Tobago* case, ‘both equitable and as practically satisfactory as possible, while at the same time in keeping with the requirement of achieving a stable legal outcome’” (*Award of 11 April 2006, RIAA*, Vol. XXVII, p. 215, para. 244; *ILR*, Vol. 139, p. 524).

El meridiano 82 como frontera marítima

La Corte ya concluyó que el tratado de 1928 no tenía como efecto hacer del meridiano 82 la frontera marítima entre las partes (*Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*, *excepciones preliminares, decisión, CIJ. Recueil 2007 (II)*, pág. 869, pár. 120)²⁴. (pár. 219).

Aquí la Corte se equivocó, por lo que pasa a explicarse. Ella sostiene que “La segunda parte del párrafo del Canje de Notas (Protocolo de Intercambio de Ratificaciones del Tratado de 1928 (en adelante, Protocolo de 1930) estipula que *el archipiélago de San Andrés y Providencia mencionado en la primera cláusula del dicho Tratado no se extiende al oeste, más allá del grado 82 longitud oeste de Greenwich*²⁵”. (pár. 41)

Es apenas obvio y evidente, *contrario sensu*, que Nicaragua no se extiende más allá del grado 82 longitud este de Greenwich y si el archipiélago de San Andrés y Providencia no se extiende al oeste, más allá del grado 82 longitud oeste de Greenwich, se está en presencia de una frontera marítima desde los puntos de vista geográfico, cartográfico y jurídico.

En relación con el meridiano 82 en el Protocolo de 1930, Nicaragua argumenta que este no estableció un límite al territorio nicaragüense al este de ese meridiano, sino que estableció que *ninguna isla al oeste del meridiano 82 hace parte del archipiélago dentro de lo entendido en el Tratado. Nicaragua subraya que el Protocolo de 1930 apenas establece un límite al oeste para el Archipiélago de San Andrés*²⁶. (pár. 47)

Y, recíproca y consecucionalmente, establece así mismo un límite al este para Nicaragua y al oeste para Colombia. “La Corte observa que el artículo I del Tratado de 1928 no especifica la composición del Archipiélago de San Andrés. **En lo**

24 “219. The Court has already held that the 1928 Treaty did not fix the 82nd meridian as a maritime boundary between the Parties” (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 869, para. 120).

25 “41. The second paragraph of the 1930 Protocol of Exchange of Ratifications of the 1928 Treaty (hereinafter the ‘1930 Protocol’) stipulated that the ‘San Andrés and Providencia Archipelago mentioned in the first clause of the said Treaty does not extend west of the 82nd degree of longitude west of Greenwich’ [translation by the Secretariat of the League of Nations, for information] (*League of Nations, Treaty Series*, N 2426, Vol. CV, pp. 341-342).

26 “47. With regard to the 82°W meridian in the 1930 Protocol, Nicaragua argues that this did not set a limit to Nicaraguan territory east of that meridian, but only meant that ‘no island lying west of the 82°W meridian forms part of the archipelago within the meaning of the Treaty’. Nicaragua thus asserts that the 1930 Protocol merely sets a western limit to the San Andrés Archipelago”.

que respecta al Protocolo de 1930, éste sólo fija un límite al oeste del Archipiélago de San Andrés en el meridiano 82” [...]²⁷. (pár. 52)

Indudablemente que “fijar un límite” (*to fix a limit*, en el original inglés) equivale semasiológicamente a establecer una frontera, lo cual se puede verificar al hallar esas expresiones sinónimas a lo largo y ancho del fallo.

Nicaragua objeta el valor probatorio de los mapas y cartas producidas por Colombia. Nicaragua sostiene que esos mapas no contienen ninguna leyenda que haga determinar su significado exacto. **A lo sumo, estos mapas trazan el meridiano 82 como la línea divisoria entre las islas de San Andrés y Providencia y los islotes que le rodean, por una parte, y las Islas del Maíz, por la otra**²⁸. (pár. 99)

Por tanto, hasta la propia Nicaragua reconoció que el meridiano 82 era una frontera marítima, esto es una “línea divisoria” (*dividing line*), “entre las islas de San Andrés y Providencia y los islotes que las rodean”, pertenecientes a Colombia, “y las islas del Maíz”, pertenecientes a Nicaragua.

En fin, “La Corte señala que la demanda de Nicaragua fue presentada en el marco de una instancia relativa a una **frontera marítima que no había sido trazada con anterioridad a la decisión de la Corte**” (pár. 250)²⁹.

No había sido trazada formalmente, pero sí trazada, con anterioridad a la decisión de la Corte, vivencialmente por las partes, a través de la efectividad (prescripción y aquiescencia) por observar Colombia y Nicaragua, durante 198 años (desde 1803, año de la real cédula, hasta 6 de diciembre de 2001, día de la presentación de la demanda nicaragüense) la conducta de tener por colombiano todo lo existente al este del meridiano 82 y por nicaragüense, todo lo existente al oeste del mismo. O, si se quiere, 166 años contados desde 1803 y el 26 de junio de 1969, día de la protesta de Nicaragua.

27 “52. The Court observes that Article I of the 1928 Treaty does not specify the composition of the San Andrés Archipelago. As to the 1930 Protocol, it only fixes the western limit of the San Andrés Archipelago at the 82nd meridian [...]”

28 “99. Nicaragua contests the evidentiary value of the maps and charts produced by Colombia. Nicaragua asserts that these maps do not contain any legend making it possible to assess their precise meaning. At most, these maps depict the 82nd meridian as the dividing line between the islands of San Andrés and Providencia and their surrounding islets on the one hand and the Corn Islands on the other”.

29 “250. The Court observes that Nicaragua’s request for this declaration is made in the context of proceedings regarding a maritime boundary which had not been settled prior to the decision of the Court”.

Jurídico-internacionalmente, San Andrés es un archipiélago

En su sentencia de 2007 sobre objeciones preliminares, la Corte estatuyó: *Está claro, frente al texto del párrafo primero del artículo I del Tratado de 1928, que sus términos no proveen la respuesta a la pregunta de cuáles formaciones marítimas, aparte de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, forman parte del archipiélago de San Andrés, sobre el cual Colombia tiene soberanía*³⁰. (par. 52)

En mera gracia de discusión, se acepta que ello es así. Mas, enseguida se probará, con otros argumentos, que San Andrés ha sido, es y será un archipiélago.

En vista de lo anterior, con el fin de resolver la controversia presentada ante ella, **la Corte debe examinar los argumentos y evidencias presentados por las partes para apoyar sus pretensiones de soberanía, las cuales no están basadas en la composición del archipiélago, según el Tratado de 1928**³¹. (pár. 56)

Pero sí en la composición del archipiélago de San Andrés, según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

Con efecto, reza el artículo 46 de tal Convención:

Términos empleados. Para los efectos de esta Convención:

- a) Por ‘Estado archipelágico’ se entiende un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas.
- b) Por ‘archipiélago’ se entiende un grupo de **islas**, incluidas partes de islas, las **aguas** que las conectan y otros **elementos naturales**, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una enti-

30 “52. [...] In its 2007 Judgment on the Preliminary Objections, the Court stated: ‘it is clear on the face of the text of the first paragraph of Article I of the 1928 Treaty that its terms do not provide the answer to the question as to which maritime features apart from the islands of San Andrés, Providencia and Santa Catalina form part of the San Andrés Archipelago over which Colombia has sovereignty’” (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 863, para. 97).

31 “56. In view of the above, in order to resolve the dispute before it, the Court must examine arguments and evidence submitted by the Parties in support of their respective claims to sovereignty, which are not based on the composition of the Archipelago under the 1928 Treaty”.

dad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal (negrillas ajenas al original).

A renglón seguido, me voy a explayar un tanto en lo que ha debido alegar Colombia y, qué desgracia, no lo hizo.

Como lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia de la Corte (cf. párs. 174, 176, 177 y 182) y la doctrina internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 no hizo otra cosa que codificar el derecho consuetudinario existente hasta ese año. Además, la Corte declaró que el derecho aplicable al diferendo colombo-nicaragüense era el consuetudinario del mar (cf. párs. 114, 118, 137).

De haber aceptado la Corte que San Andrés era un archipiélago, un archipiélago de Estado (que no Estado archipelágico), un archipiélago colombiano, el cual comprendiera las 10 **islas** en disputa, las **aguas** que las conectan (aquí están las zonas económicas exclusivas) y otros **elementos naturales** (aquí están las plataformas continentales), ¡qué diferente habría sido el fallo, toda vez que se habrían tenido que variar las líneas de base para la delimitación de las áreas marinas y submarinas!

La Corte ha reconocido que los principios de delimitación marítima contenidos en los **artículos 74 y 83** reflejan costumbre internacional (*Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahréin (Qatar c. Bahréin)*, fondo, decisión, *CIJ Recueil*, 2001, p. 91, pár. 167 *et seq.*) (139)³².

Los artículos 74 y 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 versan, en su orden, sobre la delimitación, bien de la zona económica exclusiva entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, bien de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente.

Así mismo consideró la Corte la definición legal de isla, contenida en el artículo 121, párrafo 1, como parte de la costumbre internacional (*Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahréin (Qatar c. Bahréin)*, fondo, decisión,

32 "139. The Court has recognized that the principles of maritime delimitation enshrined in Articles 74 and 83 reflect customary international law (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 91, paras. 167 *et seq.*)".

CIJ Recueil, 2001, p. 91, párr. 167 y p. 99, párr. 195). Llegó a la misma conclusión respecto al artículo 121, párrafo 2 (*ibid.*, p. 97, párr. 185). (párr. 139).

Luego, si la definición legal de isla es derecho consuetudinario, con las mismas razones (argumento *a pari*) también es derecho consuetudinario la definición legal de archipiélago.

Siendo así, la cuestión acerca de la composición del archipiélago no puede, en la opinión de la Corte, ser definitivamente resuelta **basándose sólo en la localización geográfica de las formaciones marítimas en disputa o en los records históricos relativos a la composición del archipiélago de San Andrés que fueron entregados por las partes**, pues este material no es suficiente para clarificar la materia³³. (párr. 53)

Sí se habría definitivamente resuelto la composición del archipiélago de San Andrés y el material habría sido más que suficiente, si se hubiera hecho valer la definición legal de archipiélago del artículo 46, literal b), de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, por cuanto, como se clarificará más abajo en este numeral³⁴, si San Andrés no fuera archipiélago por no integrar una entidad geográfica, económica y política intrínseca, al menos lo sería por los “records históricos relativos a la composición del archipiélago de San Andrés”, entregados por Colombia a causa de haber sido reputado históricamente como tal.

La definición de archipiélago es y debe ser rigurosamente *legal* o *jurídica* y no “basándose sólo en la localización geográfica de las formaciones marítimas en disputa”, como lo afirma la misma Corte. Al propósito, “Nicaragua señala que, como el párrafo primero del artículo 1° del **Tratado de 1928 no ofrece una definición precisa de lo que es un archipiélago, es necesario identificar lo que conforma el concepto geográfico del archipiélago de San Andrés**”³⁵. (párr. 43)

33 “53. [...] Be that as it may, the question about the composition of the Archipelago cannot, in the view of the Court, be definitively answered solely on the basis of the geographical location of the maritime features in dispute or on the historical records relating to the composition of the San Andrés Archipelago referred to by the Parties, since this material does not sufficiently clarify the matter”.

34 Véase un poco más abajo el valor de la conjunción disyuntiva o.

35 “43. Nicaragua observes that, as the first paragraph of Article I of the 1928 Treaty does not provide a precise definition of that Archipelago, it is necessary to identify the geographical concept of the San Andrés Archipelago”.

Lo que es necesario identificar es lo que conforma el concepto *legal* o *jurídico* de archipiélago, y éste lo estatuye la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el artículo 46, literal b), como lo hizo la Corte con el concepto *legal* o *jurídico* de isla. Además, “una definición precisa de lo que es un archipiélago” la ofrece el artículo acabado de referenciar.

Nótese que la definición de archipiélago se ha de aplicar a todo archipiélago y no únicamente al Estado archipelágico (megaentidad política), sino también al archipiélago de Estado (microentidad política), como el de San Andrés. Esta misma indistinción la llevó a cabo tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el artículo 121, numeral 1, como la propia Corte, cuando no distinguieron la definición de isla, que es universal: valedera para toda isla; no distinguieron entre isla de un archipiélago e isla no perteneciente a un archipiélago (cf. pár. 139). Todo el planteamiento es simple aplicación del principio hermenéutico *donde la ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete*.

En este orden de ideas, obsérvese que, después del epígrafe (*términos empleados*), se encabeza el artículo 46 con esta advertencia: “Para los efectos de esta Convención” (la del Derecho del Mar de las Naciones Unidas de 1982); y uno de tales efectos es regular la delimitación de todas las áreas marinas y submarinas, y dentro de ellas se encuentran los archipiélagos.

A la luz del *Diccionario de derecho internacional público*, que es una autoridad en la materia, no cabe la mínima duda en torno a que San Andrés sea un archipiélago, comprensivo de 10 islas (San Andrés, Providencia, Santa Catalina, Alburquerque, Bajo Nuevo, cayos del Este – Sur – Este, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla). Comentando el artículo 46, señala que:

[...] aun si los requisitos arriba mencionados (*formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca*) no se llenan, hay archipiélago si el conjunto de los elementos pertinentes es considerado históricamente como un archipiélago (se ha de subrayar en el artículo 46 el empleo de la conjunción *o* en lugar de *y*)³⁶ (Salmon, 2001, p. 79).

Entonces, esa conjunción *o* de la norma es disyuntiva y no conjuntiva. Si el legislador (la ONU) hubiere querido el lleno de los dos requisitos para que hubiese

36 “Même si les conditions susmentionnées ne sont pas remplies, il y a un archipel si l'ensemble des éléments pertinents est historiquement considéré comme constituant un archipel (à souligner dans l'article 46 l'emploi de la conjonction *o* au lieu de *et*)”.

archipiélago (“formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca” + “que históricamente hayan sido considerados como tal”), habría usado la conjunción copulativa *y*, y no la conjunción disyuntiva *o*, como efectivamente lo hizo

Desde 1803, San Andrés ha sido considerado históricamente como un archipiélago y si a ello se añade que, también desde ese año, se ha constituido en una entidad económica y política intrínseca, una entidad económico-política menor del Virreinato de la Nueva Granada (era colonial) y de Colombia (era postcolonial, una intendencia y un departamento), la conclusión es irrefutable: para una delimitación de las áreas marinas y submarinas en la disputa con Nicaragua, se ha debido considerar a San Andrés como un archipiélago conformado por sus 10 islas.

La Corte observa, además, que el **material histórico, aducido por las partes para apoyar sus argumentos, no es concluyente respecto de la composición del archipiélago de San Andrés**. En particular, los registros históricos no especifican cuáles se consideraron formaban parte del archipiélago³⁷. (pár. 55)

El material histórico aducido por Colombia fue, quizá, demasiado contundente y no se puede comprender cómo la Corte no lo haya juzgado concluyente: “Con respecto a los elementos marítimos en disputa, **Colombia observa que ha ejercido soberanía pública, pacífica y continua sobre los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque y Este-Sudeste por más de 180 años como partes integrantes del archipiélago de San Andrés**”³⁸. (pár. 74)

Ejercer soberanía pública, pacífica y continua por más de 180 años sobre esas 7 islas, como partes integrantes del archipiélago de San Andrés, es un dato histórico, el cual prueba, a las claras, que tal archipiélago fue considerado históricamente como tal.

37 “55. The Court further observes that the historical material adduced by the Parties to support their respective arguments is inconclusive as to the composition of the San Andrés Archipelago. In particular, the historical records do not specifically indicate which features were considered to form part of that Archipelago”.

38 “74. With reference to the maritime features in dispute, Colombia notes that it has exercised public, peaceful and continuous sovereignty over the cays of Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Alburquerque and East-Southeast for more than 180 years as integral parts - 31 - of the San Andrés Archipelago”.

Por lo demás, si al material histórico aducido por Colombia se agrega el que las 7 islas han formado una entidad económico-política intrínseca, *a fortiori* esas 2 piezas configuran una plena prueba o evidencia de que San Andrés es un archipiélago. Por otra parte, así se transforma la **o**, de **disyuntiva** que es, de acuerdo con la definición de archipiélago del artículo 42 de la Convención de la ONU sobre Derecho del Mar de 1982 y la explicación correspondiente del *Diccionario de derecho internacional público* (“[...] que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal”), en **o copulativa** para los meros efectos probatorios ([...] que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca, **y** que históricamente hayan sido considerados como tal).

En suma, de hecho, aunque no de derecho (toda vez que la Corte no lo ha con-signado en la sentencia), pareciera que esa alta Corporación utilizara el concepto de archipiélago para otorgar la soberanía sobre las 7 islas en disputa a Colombia y no utilizara el mismo concepto para la delimitación de las áreas marinas y submarinas. ¿Será una contradicción o un desliz constitutivo de una doble moral³⁹? Lo propio, pero esto ya no de hecho sino de derecho (puesto que la Corte lo ha con-signado en la sentencia), acaeció con la soberanía sobre la tierra o territorio terrestre de las islas, que en la sentencia se le atribuye a Colombia, mas no se le atribuyen plataforma continental ni zona económica exclusiva, que acompañan la tierra o territorio terrestre de las mismas islas, como ha quedado dilucidado arriba⁴⁰.

Como prueba del reconocimiento de Nicaragua de la soberanía de Colombia sobre los elementos marítimos en disputa, Colombia se refiere a la reacción nicaragüense al Laudo Loubet del 11 de Septiembre de 1900, mediante el cual el Presidente de Francia determinó cuál sería la frontera terrestre entre Colombia y Costa Rica, la que es la frontera actual entre Costa Rica y Panamá. De acuerdo con el laudo: ‘Respecto de las islas más alejadas del continente y localizadas entre Costa Mosquito y el Istmo de Panamá, esto es Mangle-Chico, Mangle-Grande, cayos de Alburquerque, San Andrés, Santa Catalina, Providencia y Escudo de Veragua, así como las demás islas, islotes y bancos pertenecientes a la antigua Provincia de Cartagena, bajo la denominación de Cantón de San Andrés, se considera que el territorio

39 Cf. otro ligero desliz constitutivo de una doble moral en el apartado “Violaciones del derecho internacional, endilgadas por Nicaragua a Colombia”.

40 Cf. el acápite 2. “Prescripción y aquiescencia sobre la tierra o territorio terrestre de las islas, pero no sobre sus áreas marinas y submarinas (zona económica exclusiva y plataforma continental)”.

de estas islas, sin excepción alguna, pertenece a los Estados Unidos de Colombia' (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVIII, p. 345 [traducción original del francés realizada por la Secretaría])⁴¹ (pár. 86).

No se requiere gran esfuerzo intelectual para captar que *Cantón de San Andrés* es semántica, geográfica, geopolítica y cartográficamente expresión equivalente a la de *archipiélago de San Andrés*, como a las claras lo denota la enumeración de islas, islotes y bancos, que son los elementos constitutivos de un archipiélago.

Colombia observa que varios reportes, memorandos, notas diplomáticas y otro tipo de correspondencia emanado del gobierno británico confirma que *las autoridades británicas claramente consideraban que no sólo el archipiélago de San Andrés era considerado como un grupo, desde Serranilla y Bajo Nuevo hasta Alburquerque, sino que este pertenecía a Colombia*⁴². (pár. 92)

La Corte considera que la correspondencia proveniente del gobierno del Reino Unido y las administraciones coloniales en lo que, en ese momento, eran territorios dependientes del Reino Unido, indica que **el Reino Unido consideraba Alburquerque, Bajo Nuevo, Roncador, Serrana y Serranilla como pertenecientes a Colombia**, basado en la soberanía de Colombia sobre San Andrés⁴³. (pár. 95)

41 "86. As proof of Nicaragua's recognition of Colombia's sovereignty over the disputed maritime features, Colombia refers to Nicaragua's reaction to the Loubet Award of 11 September 1900, by which the President of France determined what was then the land boundary between Colombia and Costa Rica and is today the boundary between Costa Rica and Panama.

According to this Award:

'As regards the islands situated furthest from the mainland and located between the Mosquito Coast and the Isthmus of Panama, namely Mangle-Chico, Mangle-Grande, Cayos-de-Albuquerque, San Andrés, Santa-Catalina, Providencia and Escudo-de-Veragua, as well as all other islands, islets and banks belonging to the former Province of Cartagena, under the denomination of Canton de San Andrés, it is understood that the territory of these islands, without exception, belongs to the United States of Colombia' (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVIII, p. 345 [translation of French original by the Registry].)'

42 "92. Colombia notes that various reports, memoranda, diplomatic Notes and other correspondence emanating from the British Government confirm that 'the British authorities clearly understood not only that the San Andrés Archipelago was considered as a group, from Serranilla and Bajo Nuevo until Alburquerque, but also its appurtenance to Colombia'".

43 "95. The Court considers that correspondence emanating from the United Kingdom Government and the colonial administrations in what, at the relevant time, were territories dependent upon the United Kingdom, indicates that the United Kingdom regarded Alburquerque, Bajo Nuevo, Roncador, Serrana and Serranilla as appertaining to Colombia on the basis of Colombian sovereignty over San Andrés".

Con total independencia de las pretensiones colombianas o nicaragüenses, los dos párrafos antecedentes prueban, sin la mínima hesitación, que San Andrés era –y es– un archipiélago: “[...] el archipiélago de San Andrés era considerado como un grupo, desde Serranilla y Bajo Nuevo hasta Alburquerque; [...] el Reino Unido consideraba Alburquerque, Bajo Nuevo, Roncador, Serrana y Serranilla como pertenecientes a Colombia, basado en la soberanía de Colombia sobre San Andrés”.

Habiendo establecido la existencia de circunstancias pertinentes que no permitirían llegar a un resultado equitativo al trazar la frontera marítima a lo largo de la línea media provisional, ahora la Corte debe examinar los cambios que debe tener esta línea. Su distancia y su naturaleza dependen de las **circunstancias pertinentes particulares que la Corte ha identificado**: la primera es la fuerte disparidad entre la longitud de las costas pertinentes –la relación entre las costas pertinentes de Colombia y Nicaragua son de 1 a 8,2 aproximadamente– (ver párrafos 208-211); **la segunda es el contexto geográfico general caracterizado por el hecho que la costa colombiana pertinente está constituida por una serie de islas, en su mayoría muy pequeñas y muy alejadas las unas de las otras y no forma una línea costera continua** (ver párrafos 212-216)⁴⁴. (pár. 229)

Y ante estas dos circunstancias relevantes, ¿no habían de prevalecer las efectividades de más de 200 años?

Habría habido línea costera continua, si San Andrés hubiese sido considerado como archipiélago, contentivo de 10 islas.

En lo atinente a *línea costera continua*, se traen a cuento estas opiniones de Antonio Remiro Brotóns, uno de los contradictores de Colombia:

Se ha dicho, por eso, que el silencio de la Convención de 1982 sobre los *archipiélagos de Estado* supone una negativa a que puedan beneficiarse del régimen previsto

44 “229. Having thus identified relevant circumstances which mean that a maritime boundary following the course of the provisional median line would not produce an equitable result, the Court must now consider what changes are required to that line. The extent and nature of those changes is determined by the particular relevant circumstances which the Court has identified. The first such circumstance is the considerable disparity in the lengths of the relevant coasts, the ratio of Colombia’s relevant coast to that of Nicaragua being approximately 1:8.2 (see paragraphs 208-211, above). The second relevant circumstance is the overall geographical context, in which the relevant Colombian coast consists of a series of islands, most of them very small, and located at a considerable distance from one another, rather than a continuous coastline (see paragraphs 212-216, above)”.

para los *Estados archipelágicos*; pero mejor sería interpretar la imprevisión como un freno a que la aceleración en la formación y cristalización de normas generales, que todo proceso de codificación propicia, juegue a su favor.

Será, en definitiva, a los Estados mixtos a los que corresponderá elegir, atendiendo a sus circunstancias, entre: 1) *arriesgarse a trazar líneas de base rectas alrededor de sus archipiélagos*, y coadyuvar así a la gestación de una norma consuetudinaria o 2) *aplicar a sus archipiélagos el valor seguro de las islas*, dibujando alrededor de cada una de ellas los espacios marinos correspondientes, con la posibilidad siempre abierta de unir las más cercanas mediante el trazado normal de líneas de base rectas. La primera opción ya cuenta con un cierto número de precedentes derivados de una arriesgada práctica estatal, la de Ecuador (islas Galápagos), Dinamarca (islas Feroe) y Noruega (islas Spitsberg). A ellos se ha unido recientemente (1985) Portugal (Azores y Madeira) (Remiro Brotóns et al., 1997, pp. 649-650).

Si la Corte hubiese aceptado a San Andrés como un archipiélago compuesto de las 10 islas, cualquiera de las dos opciones que hubiese elegido Colombia, habría cambiado por completo la delimitación.

Finalmente no se ha de pretermitir que las seis efectividades enumeradas por la Corte en el párrafo 82⁴⁵ y por la misma tenidas en cuenta a favor de Colombia en el párrafo 83, todas ellas ejercidas sobre las 10 islas sin ningún distingo, es un argumento irrefutable para demostrar que San Andrés es un archipiélago, toda vez que el conjunto de ellas prueba que fue considerado históricamente como un archipiélago.

La costumbre, un argumento más junto a las Reales Cédulas, las convenciones, la prescripción y la aquiescencia

Para comprender cómo la costumbre, que junto a las Reales Cédulas, las convenciones (Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, Protocolo de 1930⁴⁶), la prescripción

45 Véase arriba el acápite "Prescripción y aquiescencia sobre la tierra o territorio terrestre de las islas, pero no sobre sus áreas marinas y submarinas (zona económica exclusiva y plataforma continental)".

46 "Las reglas de derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónoma respecto a las de derecho internacional convencional aun en el caso de que

y la aquiescencia, se constituye en un argumento más, que ha debido ser tenido en cuenta y que Colombia no alegó, se precisa tomar como punto de referencia el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia La Haya, el cual en el artículo 38, numeral 1, literal b), dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar [...] la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Con posterioridad a la expedición de las Reales Cédulas (1803 y 1805), se creó una costumbre consistente en considerar como pertenecientes a Colombia la Costa de los Mosquitos, el archipiélago de San Andrés (con sus 10 islas), las áreas marinas y submarinas correspondientes a ellas y que el meridiano 82 era la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua. Costumbre que continuó vigente, excepción hecha de la Costa de los Mosquitos, después de la celebración de las dos convenciones antedichas (1928 y 1930).

La existencia de tal costumbre se puede probar con los mismos argumentos esgrimidos anteriormente para demostrar la prescripción y la aquiescencia. Con todo, es menester volver sobre algunos de ellos.

Es así como la misma Corte y la propia Nicaragua han reconocido, al menos tácitamente, la existencia de esa costumbre.

- a) En lo que respecta a la Corte, baste repasar las seis efectividades⁴⁷, con base en las cuales ella otorgó a Colombia la soberanía sobre el territorio terrestre de las 7 islas. Efectividades semejantes no fueron ejercidas por Nicaragua ni por nin-

las dos categorías de derecho tengan un contenido idéntico” (CIJ, *Recueil*, asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984, p. 96). En efecto, la costumbre y las dos convenciones (Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, Protocolo de 1930) tienen un contenido idéntico, pero conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas y justamente por ello he abierto un apartado “La costumbre, un argumento más junto a las Reales Cédulas, las convenciones, la prescripción y la aquiescencia” para considerar lo que la costumbre aporta al diferendo colombo-nicaragüense.

“El hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional” (CIJ, *Recueil*, asunto *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969, p. 74). A partir de las dos convenciones citadas (la de 1928 y 1930), surgió una nueva norma de derecho internacional consuetudinario, como se probará en las cuartillas siguientes.

47 Véase el acápite “Prescripción y aquiescencia sobre la tierra o territorio terrestre de las islas, pero no sobre sus áreas marinas y submarinas (zona económica exclusiva y plataforma continental)”.

gún tercer Estado. Esto prueba que la costumbre fue general, por cuanto no sólo Nicaragua sino los terceros Estados se abstuvieron de ejercer esas efectividades. Aún más, téngase en cuenta esta circunstancia, entre muchísimas otras, reveladora de una efectividad y, por consiguiente, de una costumbre: que era Colombia, y no Nicaragua, la que concedía licencia a pesqueras industriales de terceros Estados, para realizar sus faenas en las áreas marinas y submarinas de las islas disputadas.

Para más abundamiento y en aras de una mayor claridad, repito conceptos de la Corte, que no son más que reconocimientos de una costumbre:

El ejercicio de soberanía fue público y no hay evidencia de que alguna protesta por parte de Nicaragua existiera antes de la fecha crítica. Más aún, la evidencia de los actos de administración de Colombia respecto de las islas contrasta con la ausencia de evidencia de actos à titre de souverain por parte de Nicaragua⁴⁸.

Subráyese que es la misma Corte la que dictamina, de la manera más categórica, que las actividades posteriores a la fecha crítica o el día en que Nicaragua presentó la protesta contra Colombia, en que desconocía el meridiano 82 como frontera marítima (12 de junio de 1969), son “la continuación normal de actos à titre de souverain”⁴⁹. Por consiguiente, las actividades de Colombia à titre de souverain, que son materialización de una costumbre, anteriores a 1969 sobre el territorio y las áreas marítimas de las 7 islas, han de ser tenidas en cuenta y tienen la misma relevancia que las posteriores a la fecha crítica, y hasta el 6 de diciembre de 2001, cuando Nicaragua presentó la demanda contra Colombia.

- b) En cuanto a Nicaragua, únicamente vino a protestar, desconociendo el meridiano 82 como frontera marítima, el 12 de junio de 1969, después de 166 años que la costumbre llevaba de existencia. Cabe recordar que el Estado, el cual pretenda sustraerse a la observancia de una costumbre, debe probar el hecho de que la ha rechazado en el período de formación o de gestación de la misma, de que ha sido un *objector persistente*. Si un Estado protesta reiteradamente contra una costumbre en vías de formación (*in statu nascendi*) adquiere la calidad de *objector persistente*. La costumbre que se forme no tiene fuerza jurídica para él. La situación descrita no puede presentarse en una costumbre ya formada, como es la ocurrencia en la disputa territorial y marítima entre Colombia y Nicaragua.

48 Véase la nota 12.

49 Véase la nota 14.

Ahora bien, la Corte ha indicado que los comportamientos no conformes con una norma consuetudinaria deben ser tratados como violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva norma (cf. CIJ, *Recueil*, asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986, p. 98). Fue éste el caso de Nicaragua con su protesta de 26 de junio de 1969, protesta que no ha debido aceptar la Corte sino rechazarla.

Conclusión: hubo una costumbre, corroborada por las Reales Cédulas, las convenciones (Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, Protocolo de 1930), la prescripción y la aquiescencia, en torno a que las 10 islas, con sus respectivas zonas económicas exclusivas y plataformas continentales, eran colombianas, que el meridiano 82 era la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, y que jurídico-internacionalmente San Andrés era un archipiélago.

Apuntes procesales: recusación, intermediación y segunda instancia

Según lo ha narrado el gran iusinternacionalista Rafael Nieto Navia, por la radio y televisión colombianas, Nicaragua contaba con muy buenos amigos entre los jueces de la Corte y lo cual se confirmó con una recepción hecha por el señor Carlos José Argüello Gómez, embajador de Nicaragua ante el Reino de los Países Bajos, quien invitó a los equipos de Colombia y Nicaragua, encargados de representar a estos Estados en su diferendo territorial y marítimo, y a los jueces de la Corte, a una recepción. El equipo colombiano declinó la invitación, como lo hicieron también algunos jueces. Otros, en cambio, asistieron a ella. Pregunto yo: ¿cómo es posible que Colombia no haya recusado a los jueces que asistieron a ese acto social? Las dos circunstancias descritas (la amistad y la recepción) exhalan cierto tufillo a cohecho y corrupción, circunstancias que fueron reafirmadas con los abrazos excesivamente efusivos entre algunos integrantes del equipo nicaragüense y algunos jueces, una vez terminada la lectura del fallo, y que se vieron por la televisión.

Es inconcebible que la jurisdicción de la Corte, donde se ventilan procesos de tanta monta, carezca de segunda instancia. En los Códigos Procesales contemporáneos la única instancia se reserva para asuntos de poquísima monta, como son los de mínima cuantía. Una única instancia se presta facilísimamente para arbitrariedades y errores, unas y otros que no se pueden enmendar, por cuanto no hay la oportunidad para hacerlo, la cual es la segunda instancia.

Uno de los principios fundamentales del derecho procesal es el de inmediatez, por el cual el juez debe entrar en contacto directo e inmediato con todo lo que interese al proceso, como personas, objetos, lugares, problemas, etc. En este contexto, el Estatuto de la Corte prescribe, en el artículo 44, que ella “se dirigirá directamente al gobierno del Estado [...] cuando se trate de obtener pruebas en el lugar de los hechos”. Inquietud: ¿algún funcionario de la Corte vino, por casualidad, a las costas del suroeste del Mar Caribe, lugares sobre los que recaería el fallo de la disputa territorial y marítima de Colombia y Nicaragua, para enterarse *in situ* de la problemática geopolítica, económica, social, cultural, ambiental... de sus habitantes y de su entorno para recaudar pruebas? La Corte no se tomó esta molestia y, por ello, su sentencia parece dictada para la *British Columbia* (la Colombia Británica), territorio perteneciente al primer mundo, y no para un país tercermundista, como la *Caribbean Colombia* (la Colombia Caribeña).

En efecto, la sentencia ha creado un problema social, económico y ambiental⁵⁰ de tamaño heroico, sobre todo para los habitantes del archipiélago de San Andrés, cuyos raizales, por más de dos centurias, han derivado su sustento de la pesca⁵¹ en las áreas disputadas. Se estima que más de 700 familias se verán afectadas y se ha restringido el acceso de los pescadores sanandresanos, tanto artesanales como industriales, a la langosta espinosa, que genera exportaciones por 6 millones de dólares al año e igualmente a la pesca artesanal de pargos, meros, barracudas y atunes, que se encuentran también en el área conocida como el Banco Luna Verde, muy cercano al meridiano 82. Problema tal no existe en Nicaragua y esto es lo que ha debido tener en consideración la Corte (la existencia del problema económico-social-ambiental en el archipiélago de San Andrés y la inexistencia del mismo en las costas nicaragüenses) como una *circunstancia pertinente o relevante*⁵², a tenor de los párrafos 205 al 228; pero todo esto no lo tuvo en cuenta para nada.

El principio de no amputación

Por este principio, en la delimitación marina y submarina, la proyección en el mar de las costas de un Estado, en la medida de lo posible, no debe ser amputada o bloqueada por la presencia de áreas pertenecientes a otro u otros Estados.

50 Para la problemática ambiental, véase el apartado “El fallo y los recursos naturales”.

51 La pesca representa el segundo sector económico de las islas después del turismo.

52 Véase el concepto de *circunstancia pertinente o relevante* en el apartado “El fallo y los recursos naturales”.

Por ese desconocimiento total de la problemática de las 7 islas concernidas en la disputa territorial y marítima, por parte de la Corte, llegó ésta a desconjuntar e invertebrar el archipiélago de San Andrés, amputándolo con el cercenamiento de miles de kilómetros cuadrados y convirtiendo a Quitasueño y Serrana en unos enclaves, dentro de una zona económica exclusiva de Nicaragua.

A continuación, se registrarán 8 argumentos en contra de la amputación, entresacados del fallo en examen. Obsérvense con detenimiento las subrayas, que son ajenas a los originales, para que salte *prima facie* la contradicción en la que incurre la Corte.

1° En el párrafo 212, Nicaragua apunta: “**Uno de los más importantes principios del derecho internacional relativo a la delimitación marítima es el que, en la medida de lo posible, la proyección en el mar de las costas de un Estado no sea amputada o bloqueada por la presencia de pequeños territorios insulares**”⁵³.

A lo cual replica la otra parte:

Colombia rechaza el argumento de Nicaragua fundamentado en la proyección natural y arguye que la importancia que tiene hacia sus islas no conlleva ninguna limitación al principio de “no amputación”; por el contrario, **es la solución del enclave propuesto por Nicaragua la que viola dicho principio**, ya que priva a las islas de su proyección natural hacia el este hasta el límite ubicado a 200 millas náuticas del litoral nicaragüense y aún más allá. La solución de Nicaragua, atribuyéndoles a las islas no más que un mar territorial, privaría a Colombia de la totalidad de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva a las que estas formaciones tienen derecho⁵⁴. (par. 213)

53 “212. [...] It contends that one of the most important principles of the international law of maritime delimitation is that, so far as possible, a State should not be cut off, or blocked, from the maritime areas into which its coastline projects, particularly by the effect of small island territories”.

54 “213. Colombia rejects Nicaragua’s reliance on natural projection and contends that the significance which it attaches to its islands does not infringe any principle precluding a ‘cut-off’. Moreover, it maintains that Nicaragua’s proposed solution of enclaving the Colombian islands itself infringes that principle, since it denies those islands their natural projection to the east up to and, indeed, beyond, the line 200 nautical miles from the Nicaraguan coast. According to Colombia, Nicaragua’s proposed solution, by confining the Colombian islands to their territorial seas would, in effect, require Colombia to sacrifice the entire continental shelf and exclusive economic zone to which the islands would entitle it”.

2°

[...] La Corte está de acuerdo con Colombia en que un ajuste o un desplazamiento de la línea media provisional, sea cual fuere, no debería tener como efecto el de privarla de los espacios marítimos a los que estas islas se abren hacia el este, **caso en el que la Corte no haría sino crear un problema de amputación tratando de arreglar otro** (pár. 216)⁵⁵.

Y cabalmente ella creó el problema, al hacer de Quitasueño y Serrana unos enclaves, con sólo un mar territorial de 12 millas náuticas, pero sin plataforma continental ni zona económica exclusiva, a lo que esas dos islas tienen derecho.

3° La Corte:

“Concluye que **el efecto de amputación constituye un factor pertinente que exige el ajuste o el desplazamiento de la línea media provisional** con el fin de obtener un resultado equitativo”⁵⁶ (pár. 215).

4° La Corte conceptúa que:

“La segunda circunstancia pertinente consiste en que **la solución no tenga como efecto la amputación** para uno u otro Estado de la totalidad de cualquiera de las zonas correspondientes a sus proyecciones costeras”⁵⁷ (pár. 229).

5°

La Corte estima que esta segunda exigencia no sería tenida en cuenta si el territorio colombiano estuviera confinado en una serie de enclaves trazados alrededor de cada una de sus islas, como lo propone Nicaragua, aun si a cada isla se le atribuyera un enclave de 12 millas náuticas, en lugar de 3, como lo propone Nicaragua. **Esta solución**

55 “216. [...] The Court agrees with Colombia that any adjustment or shifting of the provisional median line must not have the effect of cutting off Colombia from the entitlements generated by its islands in the area to the east of those islands. Otherwise, the effect would be to remedy one instance of cut-off by creating another”.

56 “215. [...] The Court therefore concludes that the cut-off effect is a relevant consideration which requires adjustment or shifting of the provisional median line in order to produce an equitable result”.

57 “229. [...] The second circumstance necessitates a solution in which neither Party is cut off from the entirety of any of the areas into which its coasts project”.

tendría como efecto amputarle a Colombia vastas zonas ubicadas al este de sus islas principales, donde éstas le otorgan un derecho a plataforma continental y a una zona económica exclusiva. Es decir, la propuesta nicaragüense daría nacimiento a un sistema desorganizado de enclaves colombianos cortados los unos de los otros al interior de un espacio marítimo que sería nicaragüense. Este sistema tendría unas consecuencias complejas sobre las actividades de vigilancia así como de la gestión organizada de los recursos marinos y de los océanos en general⁵⁸. (pár. 230)

Con todo, este fue el nefasto sistema adoptado para Quitasueño y Serrana.

6°

“La Corte estima conveniente tener en cuenta tanto la disparidad entre las longitudes de las costas como **velar por no amputar a uno u otro Estado los espacios marítimos correspondientes a sus proyecciones costeras**”⁵⁹ (pár. 236).

7°

“La Corte recuerda que su selección de aquella línea fue diseñada para **cuidar que ninguno de los Estados interesados sufriera una amputación**” (pár. 244)⁶⁰.

8°

El procedimiento adoptado por el tribunal arbitral en el caso de la *Plataforma continental entre el Reino Unido y Francia* no tuvo como efecto aislar estas islas las

58 “230. In the Court’s view, confining Colombia to a succession of enclaves drawn around each of its islands, as Nicaragua proposes, would disregard that second requirement. Even if each island were to be given an enclave of 12 nautical miles, and not 3 nautical miles as suggested by Nicaragua, the effect would be to cut off Colombia from the substantial areas to the east of the principal islands, where those islands generate an entitlement to a continental shelf and exclusive economic zone. In addition, the Nicaraguan proposal would produce a disorderly pattern of several distinct Colombian enclaves within a maritime space which otherwise pertained to Nicaragua with unfortunate consequences for the orderly management of maritime resources, policing and the public order of the oceans in general, all of which would be better served by a simpler and more coherent division of the relevant area”.

59 “236. [...] The Court considers that it must take proper account both of the disparity in coastal length and the need to avoid cutting either State off from the maritime spaces into which its coasts project”.

60 “244. The Court recalls that its selection of that line was designed to ensure that neither State suffered from a ‘cut-off’ effect [...]”.

unas de las otras encerrándolas en una serie de enclaves diferentes. **En los otros casos en los que la técnica del enclave ha sido utilizada tienen una situación que no es comparable con el presente caso**⁶¹. (pár. 231)

Y, pese a que “en los otros casos en los que la técnica del enclave ha sido utilizada tienen una situación que no es comparable con el presente caso”. En el presente caso la Corte enclavó a Quitasueño y Serrana.

En fin, repárese categóricamente en que, pese a todos los argumentos anteriores en contra de una amputación, la solución de la amputación fue adoptada por la Corte al crear dos enclaves en Quitasueño y Serrana, al no asignarles plataforma continental ni zona económica exclusiva, a todo lo cual tienen derecho por cuanto son islas, sino sólo un mar territorial de 12 millas náuticas, con lo cual las ha aislado completamente de Colombia, pues por todas partes quedan rodeadas por la zona económica exclusiva de Nicaragua.

Concluyendo:

- 1° La amputación mayor fue arrebatar o despojar a Colombia de plataforma continental y zona económica exclusiva, que venía poseyendo jurídica y fácticamente desde 1803 hasta 2012, amputación o interrupción la más exabrupta de una historia política, social, económica, cultural, ambiental... de 209 años, por obra y gracia de un fallo y qué fallo.
- 2° En la sentencia, el principio de no amputación está dotado de una sola vía: la Corte lo aplicó en favor de Nicaragua, pero no en favor de Colombia.

Los equipos representantes de las partes

Da pena y grima verificar cómo el equipo de Nicaragua estuvo mejor preparado que el colombiano. Efectivamente, los alegatos nicaragüenses fueron mejor estructurados que los de los colombianos. Aun numéricamente, en las audiencias públicas, el primero fue superior al segundo: aquél estuvo compuesto por 7 perso-

61 “231. [...] Nor did the approach taken by the Court of Arbitration in the *Anglo-French Continental Shelf* case divide the Channel Islands into a series of separate enclaves. None of the other instances in which enclaving was employed involved a situation comparable with that in the present case”.

nalidades y éste por sólo 4. En aquéllas los componentes del equipo de Nicaragua abrumaron un tanto a la Corte con sus intervenciones, mientras las del equipo colombiano fueron muy sobrias:

Las audiencias públicas tuvieron lugar entre el 23 de abril y el 4 de mayo de 2012, en las que la Corte escuchó los argumentos y respuestas de:

Por Nicaragua:

S.E. Señor Carlos José Argüello Gómez,
Señor Alex Oude Elferink,
Señor Antonio Remiro Brotóns,
Señor Alain Pellet,
Señor Robin Cleverly,
Señor Vaughan Lowe,
Señor Paul Reichler.

Por Colombia:

S.E. Señor Julio Londoño Paredes,
Señor James Crawford,
Señor Marcelo Kohén,
Señor Rodman R. Bundy⁶². (pár. 12)

Entre los miembros del equipo de Nicaragua se encontraba el iusinternacionalista Antonio Remiro Brotóns, quien se ha jactado de no haber perdido un solo pleito en La Haya. ¿Habría otro de esta talla en el equipo colombiano?

A más de las personalidades enumeradas antes, que fueron las que participaron en las audiencias, los equipos en su totalidad estuvieron integrados por

62 "12. Public hearings were held between 23 April and 4 May 2012, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Nicaragua: H.E. Mr. Carlos José Argüello Gómez,
Mr. Alex Oude Elferink,
Mr. Antonio Remiro Brotóns,
Mr. Alain Pellet,
Mr. Robin Cleverly,
Mr. Vaughan Lowe,
Mr. Paul Reichler.
For Colombia: H.E. Mr. Julio Londoño Paredes,
Mr. James Crawford,
Mr. Marcelo Kohén,
Mr. Rodman R. Bundy".

representantes, agentes, abogados, asistentes, asesores y consejeros de varios tipos (jurídicos, científicos, técnicos, administrativos): en total, 20 por Nicaragua y 15 por Colombia. También aquí fue patente la superioridad numérica de aquélla.

Aprovechó en gran medida Nicaragua su mayor experiencia en litigar con éxito ante La Haya, como lo efectuó en los asuntos de *Sentencia arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906*, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986, *Caso relativo a acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Honduras)*, 1988, y *Disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua contra Honduras)*, 2007, asunto este último similar en un todo y por todo a la disputa territorial y marítima entre Colombia y Nicaragua; la Corte lo cita más de 30 veces (cfr., v. gr., párs. 36, 67, 80, 109, 126, 155, 160, 162, 164, 178, 185, 187, 191, 194, 195, 219 y 225). El equipo colombiano ha debido estudiar muy a espacio este precedente judicial. ¿Lo hizo?

Por otra parte, Nicaragua tiene otros asuntos pendientes en la Corte de La Haya, como el pleito por la construcción de una carretera sobre las orillas del río San Juan (*Nicaragua contra Costa Rica*) y el otro causado por algunas actividades llevadas a término por Nicaragua en zonas limítrofes (*Costa Rica contra Nicaragua*). Si mal no estoy, Nicaragua es el país americano que más ha litigado ante el precitado Tribunal.

Colombia sólo ha litigado ante La Haya una vez, por los años de 1950, en el asunto *Asilo diplomático de Víctor Raúl Haya de la Torre (Colombia c. Perú)*. Las dos sentencias emitidas por la Corte (Cf. CIJ, *Recueil*, asunto *Derecho de asilo (Colombia c. Perú)*, 1950, pp. 266ss., y 395ss.; asunto *Haya de la Torre*, 1951, pp. 71ss.) han sido blanco de las más duras críticas de los juristas iberoamericanos. ¡Ah Corte polémica! Está pendiente con Ecuador el asunto relativo a las fumigaciones en la frontera.

Yo creo que al equipo colombiano lo perjudicó sobre manera una excesiva confianza en que la Corte iba a tener muy en cuenta las efectividades (*effectivités*, para mí la prescripción y la aquiescencia) y no fue así. Y esto nos lleva de la mano al siguiente acápite.

La circularidad entre jurisdicción y jurisprudencia internacionales

Al estudiar la jurisdicción internacional, compuesta por jueces (es el arreglo judicial) y árbitros (es el arreglo arbitral), y la jurisprudencia internacional, conformada por el conjunto de decisiones uniformes emitidas por esa jurisdicción sobre una misma materia jurídica, la primera inferencia, que se lleva a efecto, es la circularidad entre ellas dos: una jurisdicción que se sirve de la jurisprudencia y una jurisprudencia que se sirve de la jurisdicción.

En circularidad semejante, pueden aparecer dos situaciones: cuando no se rompe el círculo y cuando se lo rompe:

- 1ª. No se rompe el círculo, cuando la jurisdicción se sirve de la jurisprudencia y la jurisprudencia de la jurisdicción. Éste fue, es y será el comportamiento casi siempre asumido por la Corte, a menos que surjan fenómenos nuevos en el derecho internacional y no fue éste el caso del diferendo colombo-nicaragüense. Este círculo no vicioso es bien benéfico para las partes litigantes, toda vez que, antes de la sentencia, ellas, por conocer la jurisprudencia, saben con mucha antelación a qué atenerse. Colombia confió demasiado en esta primera situación y de ahí que se llevara una sorpresa mayúscula ante las concesiones enormes de la Corte a Nicaragua.
- 2ª. Se rompe el círculo, cuando la jurisdicción no se sirve de la jurisprudencia y la jurisprudencia no se sirve de la jurisdicción. Este comportamiento, en que la Corte no sigue su propia jurisprudencia, con el cual rompe aquel círculo no vicioso entre jurisdicción y jurisprudencia, es casi insólito en ella. Sin embargo, esa situación fue la que se dio en varios puntos de la disputa entre Colombia y Nicaragua, como se ha demostrado y se continuará demostrando en estas cuartillas. Optar la Corte por contradecir su jurisprudencia ha causado perjuicios inconmensurables a Colombia.

¿Nicaragua la de izquierda y Colombia la de derecha?

Comento este acápite siguiendo el adagio de “y si, benévolo lector, dijeres no ser verdad, te respondo que como me lo contaron, te lo cuento”.

Internacionalmente se ha propalado la especie, tan difundida como infundada, de que Nicaragua es un país revolucionario, de izquierda, progresista, porque en dos oportunidades (1984 y 2006) el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) ha obtenido la presidencia de la República y de ahí que haya sido mirada con bondadosos ojos por algunos jueces de La Haya, que gozan de buenos créditos entre ciertos miembros de la comunidad internacional por ser de tendencia izquierdosa.

Al contrario, dízque Colombia es un país de derecha. De ahí que haya sido mirada con desvío por los jueces susodichos.

No de otro modo puede ser comprendido el que la Corte haya otorgado tantas gabelas, no merecidas jurídicamente, a Nicaragua. Y fueron tantas que la sentencia crea la convicción de que a ese país se le concedió más y fuera de lo pedido por él, con lo cual se ha contravenido el rígido vedamiento, que el derecho procesal impone a la judicatura: no fallar *ultra petita* ni *extra petita*.

Si al planteamiento anterior se agrega lo expuesto en el apartado “Apuntes procesales: recusación, intermediación y segunda instancia”, acerca de la recusación no interpuesta, fuerza es colegir que se está ante un fallo, cuyo fondo (o realidad) es político y cuya forma (o apariencia) es jurídica. Si es obligación de la Corte fallar en derecho, entonces, fondo y forma han debido ser estrictamente jurídicos.

Violaciones del derecho internacional, endilgadas por Nicaragua a Colombia

Durante el procedimiento escrito, las partes presentaron las siguientes peticiones:

En nombre del Gobierno de Nicaragua,

[...]

En la réplica:

[...]

1. Sírvase la Corte juzgar y declarar que:

[...]

Colombia no está actuando de acuerdo con sus obligaciones, según el derecho internacional, al obstaculizar y dificultar a Nicaragua el acceso y disposición de sus recursos naturales al este del meridiano 82⁶³ (pár. 16, réplica II).

En los procedimientos orales, las siguientes solicitudes fueron presentadas por las partes:

En nombre del Gobierno de Nicaragua;

Adicionalmente, se solicita a la Corte que juzgue y declare que:

Colombia no está actuando de acuerdo con sus obligaciones, según el derecho internacional, al obstaculizar y dificultar a Nicaragua el acceso y disposición de sus recursos naturales al este del meridiano 82⁶⁴ (pár. 17, II).

[...] En sus conclusiones finales, Nicaragua no presentó demanda alguna de reparación, pero sí le solicitó a la Corte que determinara “**que Colombia había incumplido sus obligaciones de derecho internacional** al impedir, de cualquier forma, [...] el acceso a sus recursos naturales al este del meridiano 82 y de disponer de ellos”. En este sentido, enunció un número de episodios en los que los buques de pesca nicaragüenses habían sido detenidos por navíos de guerra colombianos al este del meridiano 82⁶⁵. (pár. 248)

63 “16. In the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:
On behalf of the Government of Nicaragua,
in the Reply:

“Having regard to the legal considerations and evidence set forth in this *Reply*:

[...]

II. Further, the Court is requested to *adjudge and declare that*:

– Colombia is not acting in accordance with her obligations under international law by stopping and otherwise hindering Nicaragua from accessing and disposing of her natural resources to the east of the 82nd meridian”.

64 “17. At the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Nicaragua, at the hearing of 1 May 2012:

‘In accordance with Article 60 of the Rules of Court and having regard to the pleadings, written and oral, the Republic of Nicaragua,

[...]

II. Further, the Court is requested to *adjudge and declare that*:

– Colombia is not acting in accordance with her obligations under international law by stopping and otherwise hindering Nicaragua from accessing and disposing of her natural resources to the east of the 82nd meridian”.

65 “248. In its final submissions, Nicaragua made no claim for compensation but it requested that the Court *adjudge and declare that* ‘Colombia is not acting in accordance with her obligations under international law by stopping and otherwise hindering Nicaragua from accessing and

Por lo anterior,
La Corte,
[...]

6) Por unanimidad,
Rechaza la solicitud formulada por la República de Nicaragua en sus conclusiones finales, por la que ésta le solicita a la Corte que declare que la República de Colombia faltó a sus obligaciones en relación con el derecho internacional, al impedirle que tuviera acceso a los recursos naturales al este del meridiano 82⁶⁶ (pár. 251).

De veras, no hubo violaciones porque la actitud de Colombia estuvo basada en principios fundamentales (*principia sunt servanda*: los principios han de ser observados⁶⁷) del derecho de gentes, cuales específicamente, por una parte, el de *pacta sunt servanda* (los tratados deben ser cumplidos), cuya manifestación en este caso es la debida observancia del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 y del Pacto de 1930; y, por otra, el de la efectividad, cuya manifestación fueron las efectividades de la prescripción y la aquiescencia. Cuestiones todas ellas que sólo sirvieron para denegar la solicitud de declarar que Colombia había incumplido sus obligaciones de derecho internacional (lo menos), impetrada por Nicaragua en contra de Colombia, pero no para la delimitación marítima y submarina (lo más: ¡vaya la paradoja!). No será, una vez más, el empleo de una doble moral: para lo uno sí, más para lo otro no⁶⁸.

disposing of her natural resources to the east of the 82nd meridian'. In this regard, Nicaragua referred to a number of incidents in which Nicaraguan fishing vessels had been arrested by Colombian warships east of the 82nd meridian".

66 "251. For these reasons,
The Court,
[...]

(6) Unanimously,
Rejects the Republic of Nicaragua's claim contained in its final submissions requesting the Court to declare that the Republic of Colombia is not acting in accordance with its obligations under international law by preventing the Republic of Nicaragua from having access to natural resources to the east of the 82nd meridian".

67 En todo ordenamiento jurídico, los principios son la fuente formal de las fuentes formales, por encima de todas las demás (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina) (cf. Valencia Restrepo, 2007; *passim*; lo propio extiéndase al derecho de gentes: cf. Valencia Restrepo, 2008, Cap. 7°, numerales 205 al 238).

68 Véase el acápite "Jurídico-internacionalmente, San Andrés es un archipiélago".

El fallo y los recursos naturales

A ellos se alude en el siguiente párrafo:

Aunque las partes argumentaron la cuestión relativa al acceso equitativo a los recursos naturales, ninguna presentó elementos que certificaran la existencia de circunstancias particulares que debieran ser consideradas como pertinentes. La Corte, sin embargo, subraya que, así como lo señaló el tribunal arbitral en el caso *Barbados / Trinidad y Tobago*, “**las jurisdicciones internacionales tienen una tendencia a ser muy prudentes en lo relativo a los criterios vinculados a los recursos naturales; este factor no es, por lo general, considerado como una circunstancia pertinente**” (*sentencia del 11 de abril de 2006, RSA*, vol. XXVII, pág. 214, párr. 241; *ILR*, vol. 139, pág. 523).

La Corte, que reprodujo, tomándola como propia, esta observación en su decisión en el caso de la *Delimitación marítima en el mar Negro (CIJ Recueil 2009*, pág. 125, párr. 198), **estima que, en el presente caso, las cuestiones relativas al acceso a los recursos naturales no representan un carácter excepcional para que se justifique que sean tratadas como circunstancias pertinentes**⁶⁹. (pár. 223)

En noviembre de 2000, la Unesco, por intermedio de su Secretariado del Programa del Hombre y la Biósfera (*Man and the Biosphere Programme*, acrónimo *MAB*), declaró el archipiélago de San Andrés como una Reserva de Biósfera, con la denominación de “Reserva de Biósfera *Seaflower*”. Su extensión es de 349.800 km², y se constituye en la reserva de biósfera marino-insular más grande de todas las existentes en la Red Mundial de Reservas Marinas. Cubre el 10% del mar Caribe.

La Reserva de Biósfera *Seaflower* es el hábitat de más de 400 especies de peces, corales duros y blandos, medusas, moluscos, crustáceos, reptiles y aves.

69 “223. Both Parties raise the question of equitable access to natural resources but neither offers evidence of particular circumstances that it considers must be treated as relevant. The Court notes, however, that, as the Arbitral Tribunal in the *Barbados/Trinidad and Tobago* case observed, ‘[r]esource-related criteria have been treated more cautiously by the decisions of international courts and tribunals, which have not generally applied this factor as a relevant circumstance’ (*Award of 11 April 2006, RIAA*, Vol. XXVII, p. 214, para. 241; *ILR*, Vol. 139, p. 523). The Court, which quoted this observation with approval in its Judgment in the *Maritime Delimitation in the Black Sea* case (*I.C.J. Reports 2009*, p. 125, para. 198), considers that the present case does not present issues of access to natural resources so exceptional as to warrant it treating them as a relevant consideration”.

Por el fallo de La Haya, a Nicaragua corresponderá el 54% de esta reserva.

La reserva de biósfera⁷⁰ es una de las especies del género áreas protegidas, las cuales son definidas por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN, 1994) como “una superficie de tierra o mar especialmente dedicada a la protección y mantenimiento de la biodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados, manejada a través de medios legales, o de otros medios efectivos”.

Ahora bien, la función de una reserva de biósfera es la conservación y protección de la biodiversidad, del desarrollo económico y humano de estas zonas, la investigación, la educación y el intercambio de información entre las diferentes reservas, que forman una red mundial.

Por tanto, la Reserva de Biósfera *Seaflower* protege no sólo los ecosistemas naturales, sino la diversidad sociológica y cultural de las comunidades que habitan en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En concordancia con lo establecido por la Unesco, en 2005, y con el liderazgo de Coralina (Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina), el Gobierno Nacional declara una segunda área protegida, el Área Marina Protegida *Seaflower*, la más extensa de América y una de las más grandes del mundo, con 65.018 km² de mar zonificados.

Con el apoyo e inversiones de la Unesco, los Ministerios de Educación y de Medio Ambiente de Colombia, la Embajada de los Países Bajos en Bogotá y el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM) se llevó a efecto un programa de educación, destinado a sensibilizar a los habitantes del archipiélago de San Andrés respecto de la importancia de la Red Mundial de Reservas de Biosferas y del Programa MAB, a lo largo de cuatro años, y dio resultados tan positivos que por tal programa y sobre todo por el manejo de la Reserva de Biosfera *Seaflower*, Coralina, junto con la directora de entonces, Elizabeth Taylor Jay, fueron seleccionadas por el Programa “Hombre y Biosfera” de la Unesco como ganadoras del premio “Michel Batisse Award”, decisión tomada por los miembros del Comité Asesor, en reunión efectuada el 4 de abril de 2012, en París.

70 Ecológicamente, biosfera o biósfera es el sistema formado por el conjunto de los seres vivos propios del planeta Tierra, junto con el medio físico que los rodea y que ellos contribuyen a conformar. Este significado equivale a la “envoltura viva” de la tierra.

Como lo he registrado arriba, en el párrafo 223, “[...] las jurisdicciones internacionales tienen una tendencia a ser muy prudentes en lo relativo a los criterios vinculados a los recursos naturales; este factor no es, por lo general, considerado como una circunstancia pertinente.”

Ante todo, ¿qué es una circunstancia pertinente (o relevante)? Responde la propia Corte:

El derecho internacional general, tal cual él se ha desarrollado gracias a la jurisprudencia de la Corte y a la jurisprudencia arbitral, como también merced a los trabajos de la 3ª. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, utiliza la noción de *circunstancias pertinentes*. **Esta noción puede ser descrita como un hecho que debe ser tenido en cuenta en una delimitación**⁷¹.

Es descomunal la importancia que revistieron, revisten y revestirán para Colombia las dos áreas protegidas de la Reserva de Biosfera *Seaflower* y el Área Marina Protegida *Seaflower*, desde múltiples ópticas: desde su inmensa extensión geográfica regional y mundial, su peso geopolítico, sus fines humanísticos de protección, conservación y promoción de los recursos culturales, del desarrollo humano y económico, de la educación, de la investigación, de la biodiversidad, de los recursos naturales, etc. No puede caber la mínima duda de que esas dos áreas protegidas conforman “un hecho que debe ser tenido en cuenta en una delimitación” marítima, puesto que constituye una *circunstancia pertinente*. ¿Cómo es posible que Colombia, en cuanto a los recursos naturales y el acceso a ellos, no haya presentado los “**elementos que certificaran la existencia de circunstancias particulares que debieran ser consideradas como pertinentes**”?

Es tanta la relevancia de las dos áreas protegidas en los campos descritos y en otros más que ellas “representan un carácter excepcional para que se justifique que sean tratadas como circunstancias pertinentes”. Y si “las jurisdicciones internacionales tienen una tendencia a ser muy prudentes en lo relativo a los criterios vinculados a los recursos naturales; este factor no es, por lo general, considerado como una circunstancia pertinente”, aquí, en el caso particular de las dos áreas

71 “Le droit international général, tel qu’il s’est développé grâce à la jurisprudence de la Cour et à la jurisprudence arbitrale, ainsi qu’ à travers les travaux de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, utilise la notion de *circonstances pertinentes*. Cette notion peut être décrite comme un fait devant être pris en compte dans l’opération de délimitation” (CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groënland et Jan Mayen*, arrêt du 14 juin 1993, Rec. 1993, 55, p. 62).

protegidas, se supera con creces esa conducta general de las jurisdicciones internacionales y se las hubo de tener en cuenta como circunstancia pertinente, de rara excepcionalidad. Por ello, es un desastre irreparable que la Corte no haya tenido en cuenta el Archipiélago de San Andrés como unidad de conservación de las dos áreas protegidas.

Es innegable que, desde 2000, cuando hubo la declaración por parte de la Unesco, con la que creó la Reserva de Biosfera *Seaflower*, y desde 2005, cuando hubo la declaración por parte del Gobierno colombiano, con la que creó el Área Marina Protegida *Seaflower*, las inversiones de todo tipo –humano, cultural, económico...- hechas por Colombia han sido incalculables. Por tal circunstancia, el equipo colombiano ha debido presentar, en la contramemoria, en el párrafo 16, una petición que solicitara a la Corte declarar y juzgar que, en el evento de que ella adjudicara a Nicaragua la Reserva de Biosfera *Seaflower* o una parte de la misma, Nicaragua estaría en la obligación de realizar una indemnización por todas las inversiones efectuadas en esa Reserva. ¿Cómo es posible que esto no se haya hecho?

La equidad

El fallo rezuma por todos sus poros el principio de equidad, está transido de él a todo lo ancho y largo suyos. Se lo invoca más de 50 veces como criterio, parámetro o rasero para resolver la disputa territorial y marítima. Es así como todos los intervinientes en la controversia lo alegan y, de modo muy particular, la Corte y Nicaragua.

¿Qué se ha de sopesar más el título jurídico (las reales cédulas), confirmado con las *effectivités* (prescripción y aquiescencia), la costumbre, título jurídico y *effectivités*, que de por sí (*per se*) ya entrañan un sentido equitativo (por ejemplo, ellas dos premian la diligencia por el obrar y castigan la negligencia por el no obrar, pues que el derecho quiere que las cosas se exploten para que no haya un estancamiento de la economía), que la equidad, la cual prescinde, las más de las veces, de razones estrictamente jurídicas?

Es deber perentorio de la Corte fallar en derecho. Así lo ordena su Estatuto: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, [...]” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, artículo 38, 1).

En varios párrafos de la sentencia, se ha recurrido en demasía a la equidad⁷² y se siente la impresión de que no se está apelando a las dos equidades, que pueden y deben ser aplicadas por el operador jurídico, sin que medie solicitud alguna de las partes, ni tácita ni expresa, a saber, la *secundum legem* o la función interpretativa de la equidad y la *praeter legem* o la función integrativa de la equidad, sino a la *contra legem*, para cuya aplicación sí debe mediar una solicitud expresa de las partes y consiste en la facultad explícitamente concedida por ellas al juez para que falle en conciencia, de acuerdo con sus propias convicciones, *ex aequo et bono*, con prescindencia, entonces, del derecho positivo (Cf. CIJ, Estatuto, artículo 38, 2). Y ésta no fue ciertamente la situación presentada en el fallo cuestionado.

¡Qué subjetividad! No en balde ni en vano, hasta ahora nunca se ha sometido controversia alguna a la Corte de La Haya para que sea dirimida *ex aequo et bono* o según la equidad *contra legem*.

¿Parecerá, acaso, menuda inequidad despojar a un país de áreas marinas y submarinas que habían sido poseídas conforme a derecho por más de 200 años, valga agregar, arrebatar dos tercios de mar que habían sido históricamente colombianos? En verdad, he ahí un fallo obtuso, abstruso, confuso, difuso y contuso; esto último, comoquiera que es una sentencia que golpea bárbaramente a toda Colombia, tanto a la continental como a la insular, y a ésta de manera superlativa. En cambio, para Nicaragua es disfrutar de un auténtico abuso de poder, en que ha incurrido la Corte, al fallar pretermitiendo su propia jurisprudencia y olvidando algunos deberes procesales.

Las circunstancias del caso

La Corte recurre a las circunstancias del caso, al menos, en cuatro ocasiones: “La proporción del ajuste exigida por una disparidad cualquiera en la longitud de las costas depende del poder de apreciación de la jurisdicción de la Corte, **a la luz del conjunto de circunstancias del caso**”⁷³ (pár. 241).

72 A propósito de equidad, en las líneas subsiguientes me ciño a Valencia Restrepo, 2008, pp. 392-395.

73 “241. The degree of adjustment called for by any given disparity in coastal lengths is a matter for the Tribunal’s judgment in the light of all the circumstances of the case” (RIAA, Vol. XXVII, p. 235, para. 328; *ILR*, Vol. 139, p. 547.).

A ese inmenso poder propio de la Corte, alude la anterior cuartilla.

Si en verdad la Corte hubiera tenido en cuenta las *circunstancias del caso*, si las hubiera sopesado una a una, con base en el ya comentado principio de inmediatez, no habría incurrido en un abuso de poder ni creado en Colombia el problema mayúsculo de tipo socio-económico y ambiental, que he referido en el acápite “Apuntes procesales: recusación, intermediación y segunda instancia”.

La 2ª es del tenor siguiente: “**Cuando las circunstancias del caso así lo requieran, la Corte también puede emplear otras técnicas**, tales como la construcción de un enclave alrededor de islas aisladas, con el fin de lograr un resultado equitativo” (pár. 192)⁷⁴.

Bien pudo la Corte emplear una técnica diferente de las tradicionalmente usadas por ella, como una estadística que midiera las consecuencias desastrosas de su sentencia.

He aquí la 3ª:

La Corte concluye que, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que enmarcan el presente caso, el resultado obtenido por la aplicación de la línea adoptada a título provisional en la sección precedente del presente caso **no hay desproporción alguna que conlleve a un resultado inequitativo**⁷⁵. (pár. 247)

Lo inequitativo y antijurídico fue hacer prevalecer las razones matemáticas (relaciones y proporciones) sobre las razones jurídicas (título jurídico y efectividad: prescripción y aquiescencia).

La 4ª, íntimamente conectada con la 3ª, reza así:

La Corte también estima que, en esta tercera etapa, su tarea no consiste en dividir la zona pertinente entre las partes de acuerdo con la relación de las longitudes respectivas de sus costas pertinentes, así sea de forma aproximada, sino de evitar

74 “192. Where the relevant circumstances so require, the Court may also employ other techniques, such as the construction of an enclave around isolated islands, in order to achieve an equitable result”.

75 “247. The Court concludes that, taking account of all the circumstances of the present case, the result achieved by the application of the line provisionally adopted in the previous section of the Judgment does not entail such a disproportionality as to create an inequitable result”. - 93 -

toda desproporción que pueda “contaminar” el resultado y tornarlo inequitativo. La pregunta, que se debe resolver, es la de saber si una desproporción es lo suficientemente grande para tener tal efecto; **esta pregunta no podría resolverse por la aplicación de una fórmula matemática, sino, más bien, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso**⁷⁶. (pár. 242)

Se habría evitado la desproporción, por la cual se adjudicó a Nicaragua tanta plataforma continental y tanta zona económica exclusiva, desproporción que contaminó el resultado tornándolo inequitativo, si se hubieran tenido en consideración por parte de la Corte todas las circunstancias del caso.

La disputa entre Colombia y Nicaragua ha debido, entonces, resolverse teniendo en consideración todas las circunstancias del caso. Empero, parece que la única circunstancia tenida en cuenta por la Corte fue la aplicación de fórmulas matemáticas, a pesar de su explícita declaración en contrario. Véanse el párrafo 242, transcrito en este acápite, unas cuartillas arriba, y los dos siguientes, todos referentes a la no aplicación de aquéllas:

En segundo lugar, como lo resaltó la Corte en el caso de la *Delimitación marítima en la región ubicada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega)*, “**tener en cuenta semejante disparidad ... no significa una aplicación directa y matemática de la relación entre las longitudes del frente de la costa [de las partes]**” (*decisión, CIJ Recueil 1993*, pág. 69, párr. 69)⁷⁷. (pár. 210)

[...] La Corte, en ese caso, aseveró que el proceso *no exigía el trazado de un límite que correspondiera matemáticamente a la relación exacta entre las diferentes longitudes de las costas pertinentes. A pesar de la certeza matemática que*

76 “242. The Court thus considers that its task, at this third stage, is not to attempt to achieve even an approximate correlation between the ratio of the lengths of the Parties’ relevant coasts and the ratio of their respective shares of the relevant area. It is, rather, to ensure that there is not a disproportion so gross as to ‘taint’ the result and render it inequitable. Whether any disproportion is so great as to have that effect is not a question capable of being answered by reference to any mathematical formula but is a matter which can be answered only in the light of all the circumstances of the particular case”.

77 “210. Secondly, as the Court emphasized in the case concerning *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ‘taking account of the disparity of coastal lengths does not mean a direct and mathematical application of the relationship between the length of the coastal front [of the Parties]’ (*Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 69, para. 69)”.

*la caracteriza, esta forma de proceder conduciría en la mayoría de los casos a un resultado inequitativo*⁷⁸ (pár. 241).

No obstante tantas declaraciones en torno a la no aplicación de fórmulas matemáticas, es demasiado el énfasis puesto en ellas, lo que obnubila tener en cuenta las demás circunstancias del caso. Si no, léanse 7 párrafos (153, 211, 229, 234, 243, 245 y 246) para verificar el aserto. ¡Ah, caramba, qué incoherencia, qué inconsecuencia, las de la Corte!

Con sobrada razón he endilgado al título de este ensayo el calificativo de *antisalomónico*, comoquiera que, como me lo sugería mi maestro, el eximio jurista Jesús Vallejo Mejía, “el fallo *salomónico* lo que hizo fue descuartizar la criatura”, en vez de entregarla toda entera a una de las partes con derecho a ella: a Colombia.

Conclusiones

Después de un estudio concienzudo del fallo de la Corte, se pueden deducir cinco conclusiones:

- **Conversión de Nicaragua de país del Pacífico a país del Atlántico**

Parodiando las propias palabras de la Corte,

Equivaldría a injertar un elemento extraño en la costa de Ucrania, que **tendría como consecuencia la remodelación judicial de la geografía, que ni el derecho ni la práctica de la delimitación marítima autorizan** (*Delimitación Marítima en el Mar Negro (Rumania contra Ucrania)*, Sentencia, CIJ. Recueil 2009, p. 110, párr. 149) (pár. 202)⁷⁹.

78 “241. The Tribunal in that case went on to state that this process ‘does not require the drawing of a delimitation line in a manner that is mathematically determined by the exact ratio of the lengths of the relevant coastlines. Although mathematically certain, this would in many cases lead to an inequitable result’”.

79 “202. [...] And its use as a part of the relevant coast ‘would amount to grafting an extraneous element onto Ukraine’s coastline; the consequence would be a judicial refashioning of geography, which neither the law nor practice of maritime delimitation authorizes’ (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 110, para. 149)”.

Se llega a la conclusión de que la sentencia de la Corte ha equivalido a injertar un elemento extraño en las costas de Colombia, que tiene como secuela la remodelación judicial de su geografía, remodelación que no autorizan ni el derecho ni la práctica de la delimitación marítima. Repárese en que tal remodelación judicial convirtió, como por arte de magia negra y “jurídica” (¡¿?), a Nicaragua, que, desde la Colonia hasta el 19 de noviembre de 2012, había sido una provincia y un Estado, ante todo y por sobre todo, del Pacífico (sobre él no más está ubicada su capital, Managua), en un país del Atlántico dentro de aguas colombianas. ¡Vaya metamorfosis!

- **Acatamiento del fallo**

El fallo hay que acatarlo y los recursos, que se podrían interponer (revisión y demanda de interpretación; Cf. CIJ, Reglamento, artículos 98 al 100) no aseguran el mínimo éxito. La contratación de un colectivo (*pool*) de abogados británicos tampoco llevará a ningún puerto. La fortuna, que se gastará en pagar los respectivos altísimos honorarios, sería mucho mejor dedicarla a ayudar a las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés, despojadas de su sustento diario por un fallo enrevesado.

El profesor Sergio Estrada Vélez me ha insinuado la posibilidad de hacer valer contra el fallo una vía de hecho.

- **Mancomunidad colombo-nicaragüense**

Sugiero que Colombia y Nicaragua acuerden, obligándose por un tratado, crear una zona de régimen común –similar a la existente entre Colombia y Jamaica- y constituir dentro de ella una mancomunidad o empresa internacional para, conjuntamente, explorar, explotar y preservar toda clase de riqueza encerrada en las áreas marinas y submarinas, comprendidas dentro de los meridianos 82 y 79, valga aclarar, todas las áreas disputadas (las 10 islas), en una proporción del 50%

para cada país o en la proporción que decidan las partes en las negociaciones. De esta manera, ambas naciones ganarían y no habría vencedor ni vencido.

- **Denuncia y retiro del Pacto de Bogotá**

En cuanto a la denuncia y retiro del Pacto de Bogotá, era ésa una gestión que se ha debido hacer desde la década de los noventa del siglo pasado, pero, como si un hado fatal persiguiera a la tierra de Colón, no se efectuó. En buena hora, pues,

que se hagan esos trámites, comoquiera que la Corte Internacional de Justicia de La Haya no se erige en una garantía de imparcialidad, cual a todas luces lo prueba, y fehacientemente, el fallo de 19 de noviembre de 2012.

Con toda razón, a los Estados no les gusta el arreglo jurisdiccional y prefieren acudir a otros medios pacíficos de solución de los conflictos internacionales, como los medios políticos o no jurisdiccionales, v. g., las negociaciones diplomáticas que se materialicen en un tratado.

Efectivamente, el Tribunal de La Haya y otros órganos de arreglo jurisdiccional no gozan del favor de los Estados. Los Estados socialistas, tradicionalmente hostiles al arreglo jurisdiccional de las diferencias por estimarlo incompatible con la soberanía estatal, persistieron en su actitud. Los Estados pertenecientes al llamado bloque occidental, y por más que su conducta se intente encubrir con artificios de técnica jurídica, ponen trabas también a la jurisdicción obligatoria. En cuanto a los nuevos Estados, es imposible desconocer el reproche de conservadurismo que dirigieron al Tribunal de La Haya a partir sobre todo de la sentencia dictada en 18 de julio de 1966 (*Asuntos del Sudoeste Africano, Etiopía y Liberia contra África del Sur*) (Pastor, 2001, p. 85).

No sería de extrañar en absoluto que, en un inmediato futuro, sobrevinieran y diluvieran demandas contra Colombia y otros Estados dizque de *derecha*, provenientes de países sedicentes *izquierdistas* o *progresistas*, como la Nicaragua sandinista, que suspira por una plataforma continental extendida o mayor (la superior a las 200 millas náuticas), la Venezuela chavista, la Bolivia de Morales o el Ecuador de Correa, con pretensiones territoriales y marítimas del todo exorbitantes, desorbitadas, y que gozarían del favor de la Corte (*favor fori*) y la Colombia *retrógrada* y otras naciones *derechistas*, del desfavor forense (*odium fori*).

- **¿Qué hemos ganado con el fallo?**

Se ha propalado, con dejo demasiado triunfalista, que “en lo territorial ganamos todo”. Esto es una falacia⁸⁰, por cuanto el territorio terrestre de las 7 islas, cuya soberanía la Corte la ha otorgado a Colombia, es, económicamente, paupérrimo. En efecto, la verdadera riqueza se encuentra en lo marítimo, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, y, con excepción de una

80 Que en buena lógica se la denominaría falacia *ad populum*, ya que es un razonamiento o discurso en el que se omiten las razones adecuadas, pero que se sabe será aceptada por algunos, despertando sentimientos y emociones. Es una argumentación demagógica o seductora.

franja alrededor de San Andrés, Santa Catalina, Providencia, Quitasueño y Serrana, todo el resto de lo marítimo fue adjudicado a Nicaragua (75.000 kilómetros cuadrados). De consiguiente, bien se puede aseverar que en lo más rico económicamente, “en lo marítimo, perdimos casi todo”. O sea, lo ganado en lo territorial fue una victoria pírrica y, extrapolando a Pirro, rey de Epiro, otro fallo como el de 19 de noviembre de 2012 y Colombia perdería la mitad de su territorio, cuando no desaparecería del mapa. Lo que Dios no permita.

Referencias

- CJ. *Recueil de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour de Justice Internationale de La Haye.*
- Salmon, J. (Dir.) (2001). *Dictionnaire de droit international public.* Bruxelles: BRUYLANT/AUF – Universités Francophones.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.
- Judgment territorial and maritime dispute (Nicaragua v. Colombia) (2012, 19 de noviembre) [se citan el original inglés y la correspondiente traducción española].
- Pastor, J. A. (2001). *Curso de derecho internacional público y Organizaciones Internacionales* (8ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.
- Remiro Brotóns, A. et al. (1997). *Derecho Internacional.* Madrid: McGraw-Hill.
- Valencia, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho* (4ª ed.). Medellín: Comlibros.
- . (2008). *Derecho Internacional Público* (3ª ed.). Medellín: Comlibros.