

La controversia territorial y marítima entre la República de Colombia y la República de Nicaragua: navegando en aguas turbias

Sebastián Machado Ramírez^{1†}

La controversia territorial y de delimitación marítima entre la República de Colombia y la República de Nicaragua fue un litigio inusualmente largo y complejo que ocupó a la Corte Internacional de Justicia por más de una década. Incluyó excepciones preliminares sobre jurisdicción y solicitudes para intervenir por parte de dos Estados. Quizás, debido a circunstancias externas, el fondo de la disputa cambió durante el curso de los procedimientos, lo cual dificultó la identificación precisa de lo que las partes pretendían y en qué fuente se apoyaban. En parte debido a este factor, el producto final es una decisión que dejó a una parte que podría llamarse perdedora aclamando victoria y a un Estado definitivamente ganador sintiendo la derrota. La Corte no está enteramente libre de culpa, dado que es difícil encontrar los fundamentos sobre los cuales basa algunas de las conclusiones más importantes del caso. Este artículo argumenta que la legitimidad de las sentencias de la Corte depende en gran medida de qué tan sólidamente trata los reclamos ambiguos, especialmente cuando adjudica controversias marítimas donde el contenido de las reglas aplicables varía dependiendo del concepto de equidad que cada juez pueda tener. Ante este escenario, una decisión de la Corte que no sea absolutamente

^{1†} Sebastián Machado Ramírez es LL. B (Universidad de los Andes, Colombia); LL.M (Universidad de Cambridge). Es Profesor de derecho internacional público, Universidad de los Andes.
LADI (2015), Nro. 3. **ISSN 2545-8693.**

clara agrava aún más la controversia en vez de resolverla, como muestran las secuelas de este caso.

Palabras clave: Derecho del mar, delimitación marítima, soberanía territorial, plataforma continental

I. INTRODUCCIÓN

La controversia territorial y marítima entre la República de Colombia y la República de Nicaragua ha sido siempre un caso acerca de la soberanía territorial sobre islas y otras formaciones marítimas de la costa de Nicaragua y acerca de la delimitación marítima entre los dos Estados. Sin embargo, los asuntos jurídicos comprendidos en estos dos reclamos cambiaron drásticamente desde la demanda hasta los alegatos orales que cerraron la etapa de fondo. El escrito de demanda fue muy claro: Nicaragua buscó primero que la Corte adjudicara y declarara que tenía soberanía sobre las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y todas las islas anexas y cayos, incluyendo los cayos el Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño. En segundo lugar, la demanda requirió a la Corte “que determine el curso de la frontera marítima única entre las áreas de la plataforma continental y la zona económica exclusiva correspondientes respectivamente a Nicaragua y a Colombia”.² Incluso una lectura superficial de la sentencia de la Corte sugiere que la interpretación de estos reclamos fue extremadamente controversial, incluyendo una objeción a la admisibilidad de los reclamos relacionados con la delimitación marítima en la fase de fondo.

El caso, sin embargo, mantuvo su congruencia en el aspecto territorial. En primer lugar, desde las etapas iniciales del procedimiento, la interpretación del Tratado Esguerra-Bárcenas (el “Tratado de 1928”) estuvo en el centro del escenario. Su interpretación determinó la jurisdicción de la Corte y podría decirse que también la composición del archipiélago de la que dependía el aspecto territorial del caso. En segundo lugar, el estatus jurídico y la adquisición soberana de algunas formaciones marítimas pequeñas y las consecuencias que ello trajo

² Demanda instituyendo procedimientos archivados en la Secretaría de la Corte el 6 de diciembre de 2001, Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), párr. 8.

siempre estuvieron en amarga disputa; en efecto, el principio según el cual “la tierra domina el mar” aumenta las complejidades en esta materia. Discutiré estas cuestiones primero.

El aspecto marítimo del caso, por su parte, cambió a lo largo de los años.³ Como he dicho, la delimitación de la plataforma continental de Nicaragua, al igual que la delimitación de un único límite marítimo, aparecían ya en la demanda que dio inicio al procedimiento. Sin embargo, las razones detrás de esta solicitud de delimitación cambiaron, lo cual llevó al Estado demandado a cuestionar su admisibilidad. Luego de rechazar este argumento, la Corte procedió a establecer un límite marítimo entre los dos Estados, aunque se negó a delimitar tanto el límite exterior como la extensión de la plataforma continental de Nicaragua. Discutiré los reclamos de Nicaragua sobre la delimitación marítima en segundo lugar.

Finalmente, llegaré a los dos asuntos que quedaron pendientes en la decisión de la Corte: la zona contigua de algunos elementos marítimos en disputa y el efecto de la decisión en los tratados sobre delimitación marítima ya válidamente celebrados.

Al examinar los asuntos contenciosos y pendientes de esta controversia, sostengo que la Corte tiene una carga argumentativa mayor cuando trata casos de delimitación marítima como este. Esto se debe no sólo al hecho de que las controversias marítimas y territoriales son muy costosas, sino también al hecho de que giran sobre reglas que son inusualmente discrecionales. Para hacer el trabajo más difícil para la Corte, el caso Colombia c. Nicaragua fue marcado por la ambivalencia de las partes litigantes, lo cual seguramente ha enturbiado aún más las aguas que ya eran oscuras.

Todo esto se refleja en la sentencia de fondo, que deja muchas preguntas sin contestar y que ha tenido un efecto bastante negativo en las relaciones internacionales de la región. Al afectar los intereses de terceras partes de distintas formas, la decisión de la Corte ha agravado

³ Al afirmar que las cuestiones marítimas cambiaron de alguna forma no estoy haciéndolo desde un punto de vista técnico (jurisdiccional), sino meramente desde un punto de vista descriptivo. Ciertamente, Colombia argumentó que el cambio de reclamos fue tan drástico que hizo que los nuevos reclamos fueran inadmisibles. Esto es algo que voy a discutir abajo, pero por ahora debería bastar con indicar que ambas partes estuvieron de acuerdo en que los reclamos habían cambiado a lo largo del procedimiento, sin concordar con las razones o consecuencias de estas variaciones.

la disputa en lugar de resolverla. Si bien la insatisfacción general es predecible en controversias marítimas y territoriales, las partes de esta controversia en particular se han sentido inusualmente frustradas por la decisión, y la continua tensión jurídica probablemente perdurará.

II. LA CONTROVERSIDAD TERRITORIAL

A. Algunos asuntos jurisdiccionales y el Tratado de 1928

La controversia fue formulada sobre la base de dos supuestos jurisdiccionales: 1) el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, firmado el 30 de abril de 1948 ("Pacto de Bogotá"); y 2) las declaraciones hechas por Colombia y Nicaragua en virtud del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que para todos los efectos fue subsumido por el Artículo 36 del Estatuto de la Corte.

El reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte en virtud del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá está restringida por el Artículo VI del mismo instrumento, que estipula que "[t]ampoco podrán aplicarse dichos procedimientos [incluyendo el procedimiento judicial] a asuntos [...] que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto". En otras palabras, el Pacto de Bogotá no puede ser usado para otorgarle jurisdicción a la Corte sobre asuntos que ya han sido sujetos a un acuerdo convencional.

Es en este sentido que el obstáculo más difícil para Nicaragua a lo largo de este caso fue la existencia de un instrumento convencional para poner fin a varias de las cuestiones que se presentaron para su enjuiciamiento ante la Corte, a saber, el Tratado de 1928. El Artículo I del tratado prevé que:

"La República de Colombia reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la Costa Mosquitos, comprendida entre el cabo de Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas Mangle Grande y Mangle Chico, en el Océano Atlántico (Great Corn Island y Little Corn Island), y la República de Nicaragua reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho Archipiélago de San Andrés."

“No se consideran incluidos en este Tratado los Cayos Roncador, Quitasueño y Serrana; el dominio de los cuales está en litigio entre Colombia y los Estados Unidos de América.”

La dificultad es entonces bastante clara: el Artículo VI del Pacto de Bogotá, leído en conjunto con el Artículo I del Tratado de 1928, sugiere que el Pacto de Bogotá es en efecto un obstáculo jurisdiccional insuperable para todo aquello que esté dentro de su ámbito de aplicación material, al menos si se acepta que el Tratado de 1928 era un “tratado en vigencia” cuando el Pacto de Bogotá fue celebrado. Esto dio lugar a tres preguntas diferentes: 1) ¿estaba el Tratado de 1928 en vigor válidamente?; 2) si es así, entonces ¿qué otros elementos además de las Islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina son parte del “Archipiélago San Andrés” ?; 3) ¿qué efecto tiene la exclusión de Roncador, Quitasueño y Serrana del alcance del Tratado de 1928 en el concepto del “Archipiélago San Andrés”?

La importancia de estas tres cuestiones es obvia. Por un lado, si el Tratado de 1928 estaba en vigor válidamente, entonces al menos San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas las otras formaciones pertenecientes al archipiélago estarían fuera de la jurisdicción de la Corte con arreglo al Pacto de Bogotá. Por otro lado, la interpretación de lo que el Archipiélago San Andrés incluía no sólo determinaba el alcance jurisdiccional de la Corte, sino también el derecho territorial de Colombia sobre esas formaciones. La estrategia litigiosa de ambos Estados era predecible. Colombia cuestionó la jurisdicción de la Corte sobre la base del lenguaje del Artículo VI del Pacto de Bogotá, mientras que Nicaragua argumentó que los asuntos jurisdiccionales no podían ser conceptualmente separados del fondo del caso y, por lo tanto, la Corte debía rechazar todas las excepciones jurisdiccionales.

Si Nicaragua quería tener alguna oportunidad de ganar los méritos del caso, no tenía otra opción más que cuestionar la validez del Tratado de 1928. Así lo con dos argumentos: la incompatibilidad del tratado con “una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, y la presunta coerción que Estados Unidos estaba ejerciendo al momento de su celebración. Colombia no discutió si estas reglas eran aplicables al momento en que el tratado se celebró o si en general eran aplicables, pero sí discutió si Nicaragua podía presentar dichas objeciones al no haberlo hecho durante el proceso de ratificación del tratado.

En su sentencia sobre excepciones preliminares de 2007, la Corte no solo le dio la razón a Colombia, sino que enfatizó su acuerdo al declarar que el Tratado de 1928 se encontraba válidamente en vigor al momento en que el Pacto de Bogotá fue celebrado. Hizo esto en una declaración de gran alcance: “[l]a Corte, por lo tanto, encuentra que Nicaragua no puede hoy afirmar que el Tratado de 1928 no estaba en vigor en 1948 [...] [a] la luz de todo lo anterior, la Corte encuentra que el Tratado de 1928 estaba en vigor y era válido en la fecha de celebración del Pacto de Bogotá en 1948” (el énfasis es mío).⁴

Las dos conclusiones aparentemente lógicas son, en realidad, un non sequitur, sobre todo si se considera la cuestión desde el punto de vista de los argumentos presentados ante la Corte. Colombia no pidió a la Corte que desestimara el aspecto sustantivo de los reclamos de invalidez, sino que declarara que Nicaragua estaba ahora impedida de expresar esos reclamos luego de haber mantenido el silencio por cincuenta años. Existe buena jurisprudencia de la CIJ para argumentar tal obstáculo procedimental,⁵ pero es algo completamente distinto sugerir que esto haga válido el tratado, especialmente cuando el contenido del instrumento era parte de la columna vertebral de la discusión sobre el fondo del caso. Esta contradicción no pasó desapercibida por parte de algunos miembros del tribunal.⁶

Algunas palabras en relación con la segunda excepción preliminar son necesarias. Como fue explicado, la demanda de Nicaragua estuvo fundamentada en el Pacto de Bogotá y las declaraciones unilaterales hechas por ambas partes conforme al Artículo 36 del Estatuto. En teoría, incluso si la mitad del caso fuera desestimada con arreglo al Pacto de Bogotá debido a las razones explicadas, la Corte igualmente podría resolver el caso sobre la base de un segundo supuesto independiente de jurisdicción. Sin embargo, el tribunal también estuvo de acuerdo con Colombia en que la solución de la controversia conforme al Artículo VI

⁴Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Sentencia sobre Excepciones Preliminares, I. C. J. Reports 2007, párrs. 80-81.

⁵ En el laudo arbitral del caso del Rey de España, la Corte falló que la omisión de Nicaragua de cuestionar la validez del laudo arbitral por seis años desde que había conocido los términos del laudo impedía a Nicaragua presentar luego denuncias de invalidez. Ver: Caso relativo al laudo arbitral emitido por el rey de España el 23 de diciembre 1906 (Honduras c. Nicaragua), Sentencia, I. C. J. Reports 1960, pp. 213-214.

⁶Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Excepciones preliminares, Declaración del juez Simma, p. 67

del Pacto de Bogotá significó que no había una “controversia de orden jurídico” como prerrequisito para el ejercicio de jurisdicción conforme al Artículo 36. De este modo, la Corte asimiló el estándar convencional al estándar jurisprudencial establecido en casos previos.⁷ Esta fue una conclusión sorprendente, con la que disintieron fuertemente algunos jueces,⁸ lo cual resaltó la ya decisiva victoria de Colombia en la etapa preliminar.

El resultado fue que Colombia prevaleció en la mayoría de sus argumentos jurisdiccionales. Logró salvar las tres islas más grandes (San Andrés, Santa Catalina y Providencia) de la discusión sobre el fondo y, lo que es más importante, consiguió una declaración definitiva de la Corte sobre la validez del Tratado de 1928.

B. Soberanía sobre las formaciones marítimas

1. La cuestión de Quitasueño

Luego de perder las joyas de la corona en las excepciones preliminares, Nicaragua todavía tenía una batalla por pelear con respecto a las otras formaciones marítimas. Como la Corte ya había declarado que el Tratado de 1928 era válido y se encontraba en vigor, mucho dependía de qué significaba exactamente “Archipiélago de San Andrés” en el texto del tratado, así como de otros argumentos para establecer derechos de soberanía sobre los otros islotes y cayos. La propiedad sobre las formaciones dependía de uno (o una combinación de todos) de los siguientes tres argumentos: 1) el Tratado de 1928 como un título de propiedad; 2) la propiedad en virtud del principio *uti possidetis juris*; o 3) la propiedad en virtud de *effectivités*.

Colombia y Nicaragua estuvieron de acuerdo en que la mayoría de los elementos marítimos, excepto Quitasueño, podían ser adquiridos. Ambas partes también estuvieron de acuerdo en que el estándar jurídico que regula qué puede ser adquirido se encuentra en el Artículo 121 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“CNUDM”),⁹ de acuerdo a la cual “[u]na isla es una extensión natural de

⁷ Ver, por ejemplo, Ensayos Nucleares (Australia c. Francia), I. C. J. Reports 1974, párr. 55.

⁸ Declaración Simma, *supra* 7, p. 69, Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Excepciones Preliminares, Voto Disidente del juez Al-Khasawneh, párr. 18.

⁹ Si bien Colombia no es parte del CNUDM, esta particular disposición fue aceptada por las partes

tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar”. La pregunta, entonces, era si Quitasueño emergía en pleamar o si estaba compuesta por elevaciones durante marea baja. El argumento de Colombia en este punto fue bastante simple. Señaló acertadamente que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la pregunta de si la formación marítima emergía en pleamar era esencialmente una cuestión de hecho.¹⁰ Presentó, entonces, un informe pericial que concluyó que treinta y cuatro formaciones de Quitasueño no se sumergían durante la marea alta (el “Informe Smith”).

La posición de Nicaragua, en cambio, fue más bien desconcertante. Para formular su argumento de que Quitasueño es una formación que está sumergida permanentemente en marea alta, citó dos autoridades principales: 1) un informe de 1937 preparado por un oficial público colombiano del Ministerio de Asuntos Exteriores que declaró que “Quitasueño no existe”; y 2) las notas diplomáticas para la ratificación del Tratado Vásquez-Saccio (entre Colombia y Estados Unidos) que establecieron que Quitasueño estaba sumergida permanentemente durante la marea alta. Nicaragua alegó además que el informe pericial en el que se apoyó Colombia fue preparado en 2008 y diseñado específicamente para reforzar los reclamos de Colombia ante el tribunal, y cuestionó el método por el cual se midieron las elevaciones de Quitasueño sosteniendo que el modelo de medición utilizado era considerado inexacto para aguas poco profundas. La fuerte posición de Nicaragua se aprecia mejor en el lenguaje sarcástico de su respuesta al memorial de contestación de Colombia:

“[e]l ‘descubrimiento’ de ‘islas’ en la orilla de Quitasueño en 2008 no puede cambiar esta situación [de permanente sumergimiento]. La fecha de preparación del informe del estudio de Colombia del año 2008 es reveladora. Fue elaborado en septiembre de 2008: solo unos meses antes de que Colombia tuviera que presentar su Memorial de Contestación. Aparentemente, los redactores del Memorial de

como un reflejo de derecho internacional consuetudinario. Si bien la Corte ya había decidido sobre el carácter consuetudinario de los párrafos 1 y 2 del Artículo 121 en la controversia Qatar/Bahrein (ver *infra*), hasta el caso en análisis no había dictado una sentencia definitiva sobre el carácter consuetudinario del párrafo 3. Actualmente, la Corte ha reconocido todo el Artículo 121 como reflejo de derecho consuetudinario.

¹⁰ Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein, Fondo, Sentencia, I.C.J. Reports 2001, párrs. 192-195.

Contestación se dieron cuenta de que los materiales que ya estaban a su disposición no apoyaban en absoluto el caso de Colombia.”¹¹

Si uno vuelve al estándar jurídico conforme al cual el surgimiento de un elemento marítimo es esencialmente una cuestión de hecho, entonces el punto de Nicaragua es verdaderamente desconcertante. Incluso si el surgimiento de las islas hubiera sido descubierto durante el proceso y, arguyendo, por el solo propósito de presentar la evidencia ante la Corte, esto haría poca diferencia jurídicamente. De hecho, la única cuestión jurídicamente significativa es si los elementos emergen en marea alta, con independencia de los motivos detrás de tal descubrimiento. Más aún, parece extraño cuestionar un informe pericial por los motivos detrás de su preparación. Después de todo, justamente la razón por la cual los expertos son encomendados a hacer informes en primer lugar es para reforzar una afirmación de hecho.

La respuesta de la Corte a estos argumentos no es tan sólida como uno esperaría. Habría bastado con que los jueces evaluaran la evidencia científica presentada y concluyeran que el Informe Smith tenía más peso probatorio que dos piezas de evidencia que son, al final del día, interpretaciones de hecho realizadas por inexpertos. Incluso si Quitasueño estaba sumergida permanentemente al momento en que la evidencia de Nicaragua fue descubierta, es perfectamente plausible que haya emergido naturalmente en los últimos cincuenta años. La Corte, sin embargo, decidió que la evidencia producida por Colombia era más creíble por ser más reciente,¹² lo cual difícilmente es, por sí misma, una regla que permita desestimar evidencia.

Con respecto al argumento presentado por Nicaragua sobre la inexactitud del modelo mareomotriz usado por Colombia para medir el surgimiento de las formaciones, la Corte no hizo esfuerzo alguno por confrontar la idoneidad de los dos modelos presentados.¹³ En cambio, la

¹¹ Contestación de Nicaragua, párr. 4.42. Todos los procesos escritos están disponibles en www.icj-cij.org.

¹² Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)), Sentencia, I. C. J. Reports 2012, párr. 35.

¹³ Ibid, párr. 37. Para ser justo con la Corte, a menos que uno de sus funcionarios practique hidrografía como hobby, no hay razón para que los jueces necesariamente tengan las herramientas para confrontar los aspectos técnicos entre el Grenoble Tidal Model y el Admiralty Total Tide. Después de todo, uno no puede olvidar que la práctica probatoria de la Corte es muy precaria y depende casi exclusivamente de la ayuda prestada por las partes. Quizás, los jueces solo estén siendo prudentes y la mera controversia sobre un tema particularmente técnico sea suficiente para ameritar tal prudencia. El párrafo 38 de la decisión apunta en esta dirección:

Corte simplemente encontró el denominador común más bajo para concluir que incluso conforme al modelo mareomotriz preferido de Nicaragua, una formación de Quitasueño (con el apodo poco creativo “QS32”) emerge por 0,7 metros en marea alta.¹⁴ Aunque Nicaragua sugirió que el tamaño de la formación era un factor relevante para determinar su estatus, la Corte declaró inequívocamente que “el derecho internacional no prescribe ningún tamaño mínimo que una formación deba poseer para ser considerada una isla”.¹⁵ De esta manera, QS32, un pedazo de roca de 70 centímetros de tamaño que está sumergida bajo el mar aproximadamente la mitad del tiempo, se convirtió en una isla legalmente habilitada. La relevancia de esto no puede ser subestimada, considerando que, como será tratado en detalle más abajo, incluso esta pequeña isla tiene derecho a (al menos) un mar territorial de 12 millas náuticas.

2. ¿Qué es exactamente el archipiélago San Andrés?

Luego de perder dos batallas cruciales – sobre la validez del Tratado de 1928 y el estatus de Quitasueño – Nicaragua tenía que convencer a la Corte de que el Tratado de 1928, si bien válido, no era un título de propiedad sobre el resto de las formaciones marítimas. En otras palabras, tenía que responder a la pregunta que había dejado sin responder 5 años atrás: ¿qué es exactamente el Archipiélago San Andrés de acuerdo con el lenguaje convencional?

Nicaragua sostuvo que, como el tratado no definió expresamente el archipiélago, la Corte tenía que considerar el concepto geográfico. Para ello, según el argumento, el elemento crucial es la proximidad y, como Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo están muy separadas, no pueden ser parte de una unidad geográfica a la que el Tratado de 1928 se refería como el “Archipiélago San Andrés”. Asimismo, Nicaragua

“[t]ales cálculos, basados como están en un modelo mareomotriz cuya precisión está discutida cuando es aplicada a aguas igual de profundas que aquellas en y alrededor de Quitasueño, no son suficientes para probar que esos pequeños elementos marítimos están unos pocos centímetros sobre el agua en marea alta”.

¹⁴ La delimitación marítima final habría sido probablemente idéntica (o al menos muy similar) si la Corte hubiera rechazado el modelo preferido de Nicaragua, el “Admiralty Total Tide”. Esto se debe a que la base para medir la línea provisional podía ser colocada en elevaciones de baja marea cuando están a 12 millas náuticas o más cerca de la elevación de marea alta.

¹⁵ Supra 13, párr. 37.

afirmó que no había antecedentes históricos que mostraran una unidad entre estas formaciones y recurrió a la controversial Real Orden de 1803 y a las de la Oficina Hidrográfica de la Armada Española de 1820 para argumentar su punto. Sin embargo, es justo decir que la Real Orden de 1803 y las direcciones de navegación mencionadas en el memorial de Nicaragua fueron rápidamente abandonadas como evidencia de la falta de unidad geográfica entre los cayos y la isla de San Andrés, y se volvieron centrales para la cuestión sobre la aplicación del principio *uti possidetis juris*; esta incongruencia fue recogida rápidamente por la demandada en su réplica.¹⁶

Colombia, por su parte, entró en la letra menuda de la Real Orden de 1803 y de las direcciones de navegación de 1820 para probar la unidad histórica y geográfica entre todas las formaciones marítimas y el Archipiélago San Andrés. Argumentó que la referencia hecha al 82do meridiano en el Tratado de 1928 implicó una adjudicación territorial, y que la exclusión de Roncador, Quitasueño y Serrana en el segundo párrafo del Artículo I fue en sí misma un reconocimiento de su unidad con el resto del archipiélago.

La respuesta de la Corte es, tal vez, un buen ejemplo de cómo preguntas confusas obtienen respuestas confusas. Uno entiende el hecho de que las partes no parecían estar en sintonía en relación con lo que la Real Orden de 1803 y las direcciones de navegación de 1820 significaban para los efectos de la interpretación del Tratado de 1928 y, así, la Corte fue puesta en una posición particularmente difícil. Sin embargo, la Corte meramente se limitó a notar que el lenguaje del Tratado de 1928 sugería, en efecto, que había otras islas, islotes y arrecifes formando parte del Archipiélago San Andrés, pero que la evidencia no podía dar respuesta definitiva a la cuestión presentada por las partes.¹⁷

Si bien puede ser genuinamente verdadero decir que la evidencia proporcionada por las partes no era muy clara en cuanto a cuál era la concepción histórica y geográfica del archipiélago, esto no necesariamente habilita a la Corte a evadir una respuesta definitiva sobre el punto. Esto es simplemente porque el estándar jurídico en cuestión no era la unidad histórica y geográfica de las islas como la base

¹⁶ Respuesta de Colombia, párr. 2.9.

¹⁷ Supra 13, párr. 55.

para el título sobre el territorio, sino más bien la base para la interpretación del lenguaje de un instrumento que es en sí mismo un título sobre el territorio. Al final del día, cualquier formación que haya sido entendida como incluida dentro del alcance del Tratado de 1928 fue, ipso iure, propiedad de Colombia, superando cualquier otra autoridad jurídica que pudiera impugnar tal título jurídico. Las dos formas restantes para la adquisición del territorio –uti possidetis y effectivités– serían irrelevantes si la titularidad de las islas, islotes y cayos se hubiera resuelto de conformidad a un tratado válidamente concluido en 1928. En otras palabras, el Tratado de 1928, fuera oscuro en su lenguaje o no, debía ser una respuesta definitiva a la cuestión de soberanía territorial incluso si tal respuesta fuera difícil de interpretar.¹⁸

Propiedad en virtud de uti possidetis juris y effectivités

Mucha de la evidencia y de los argumentos relacionados con la interpretación del Tratado de 1928 fueron retomados a los efectos de la aplicación del principio uti possidetis juris. En principio, los argumentos eran sencillos. Nicaragua afirmaba que las formaciones en disputa pertenecían a la Capitanía General de Guatemala, de la cual Nicaragua es un Estado sucesor. Colombia afirmó que todas las formaciones fueron transferidas al Virreinato de Santa Fe, del cual es un Estado sucesor, en virtud de la Real Orden de 1803. La discusión entre las partes sobre el contexto histórico y la importancia jurídica de la Real Orden de 1803 y la supuesta derogación de 1806 no es solo de gran importancia académica, sino que fue uno de los temas más robustamente discutidos por las partes en los procedimientos escritos y orales. Sin embargo, la cuestión fue rápidamente ignorada por el tribunal por razones similares a la cuestión de la interpretación del Tratado de 1928: porque proporcionaba poca claridad sobre el asunto ya que ninguna de las órdenes coloniales se refería a las formaciones marítimas en disputa. Como la Corte había sostenido anteriormente, el derecho al cual se refiere el principio uti possidetis juris es el derecho doméstico y no el

¹⁸ El juez Abraham planteó esta cuestión en los siguientes términos: “[l]a corte puede no estar segura del significado del texto, puede dudar sobre la solución a adoptar; esto no es inusual. Pero es el deber de la Corte decidir, independiente de sus dudas – dudas que está más que perfectamente legitimada para expresar en el mismo momento en que decide [...] [d]ecidir no significa meramente notar que la tarea es difícil: la Corte no hizo su trabajo”. Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Opinión separada del juez Abraham, párrs. 10-11.

derecho internacional, y el derecho colonial español generalmente le presta poca atención a áreas pequeñas y marginales.¹⁹

Nicaragua no había hecho ningún intento por presentar un argumento jurídico sofisticado sobre la adquisición de territorio en virtud de effectivités porque se había apoyado en su largo argumento sobre uti possidetis y solo fugazmente sugería que los effectivités eran subsidiarios a los derechos uti possidetis. Colombia, por su parte, proporcionó alguna evidencia sobre normas locales propias y regulaciones de pesca, inmigración, ejercicio de jurisdicción penal, así como otros temas.

Es sorprendente – por decir lo menos – que la Corte decidiera el aspecto territorial de este caso sobre la base del estándar que requería la menor cantidad y calidad de evidencia. La adquisición del territorio por medio de actuar a titre du souverain requiere, como una cuestión de derecho, muy poco si la contraparte no puede alegar un derecho superior.²⁰ Luego de desestimar los argumentos y la evidencia sobre el Tratado de 1928 y el principio uti possidetis por considerarlos poco concluyentes, se apoyó en un disperso conjunto de regulación doméstica para fallar que la totalidad de los elementos marítimos en disputa pertenecían a Colombia.

Las consideraciones mencionadas efectivamente decidieron la mitad del caso. Todas las formaciones marítimas en disputa – esto es, todo el territorio cuya soberanía estaba siendo discutida – fueron confirmadas como propiedad del Estado demandado. La mitad restante del caso, relacionada con la delimitación marítima entre los dos Estados, todavía debía ser decidida.

III. LA CONTROVERSIDAD MARÍTIMA

A. El reclamo de Nicaragua sobre la delimitación de la plataforma continental

En su demanda, Nicaragua había solicitado a la Corte que determinara el curso del único límite marítimo entre las áreas de la plataforma continental y la zona económica exclusiva entre Nicaragua y

¹⁹ Controversia de tierra, islas y frontera marítima (El Salvador/Honduras: intervención de Nicaragua), Sentencia, I. C. J. Reports 1992, párr. 333.

²⁰ Estatus legal de Groenlandia del Este, Sentencia, 1933, P. C. I. J. Series A/B, Nro. 53, p. 46.

Colombia. Uno solo puede imaginarse el desconcierto del representante de Colombia al responder a un pedido de delimitación entre dos plataformas continentales superpuestas cuando, de hecho, ambas costas territoriales estaban separadas por más de 400 millas náuticas entre sí. Muy probablemente, esta sea la razón por la que Nicaragua nunca argumentó a favor de una extensión de su plataforma continental cuando el caso fue presentado, y se vio forzada a hacerlo más tarde en el proceso (aunque su explicación oficial fue la necesidad de adaptar su caso luego de la sentencia sobre excepciones preliminares de 2007). Esta es también la razón que llevó a Colombia a impugnar la admisibilidad del pedido de delimitación marítima conforme al argumento de que la delimitación entre dos límites es esencialmente diferente a la de un único límite marítimo, donde no hay superposición. La Corte rechazó la impugnación de admisibilidad porque sostuvo que la solicitud en la discusión sobre el fondo no era esencialmente diferente a la solicitud que había sido presentada originalmente.²¹

El derecho que regula la extensión de la plataforma continental se encuentra en el derecho internacional consuetudinario tal como es reflejado en el Artículo 76(1) CNUDM.²² El lenguaje de la convención reconoce, en virtud de una presunción legal, una plataforma continental de al menos 200 millas náuticas. Sin embargo, define la plataforma continental como la prolongación natural del territorio terrestre hacia el borde exterior del margen continental, cualquiera sea esa prolongación. En otras palabras, los estados costeros tienen derecho a reclamar una plataforma continental del tamaño de la prolongación natural de su territorio o 200 millas náuticas, cualquiera que sea más extensa. No obstante, en virtud del Artículo 76(8), cualquier Estado que pretenda reclamar una plataforma continental mayor que 200 millas náuticas debe presentar la información geológica que respalde tal reclamo a la

²¹ El juez Owada fue un el único disidente en este punto y argumentó que el test aplicado a la admisibilidad de la solicitud no podía ser sobre la relación entre la nueva solicitud y la solicitud original ya que este no era un caso de transformación de solicitudes, sino más bien la introducción de una completamente nueva. Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Opinión disidente del juez Owada, párr. 21.

²² En este punto, la Corte falló nuevamente que el lenguaje relevante del Artículo 76 era un reflejo de derecho internacional consuetudinario. Las partes no estaban de acuerdo sobre si el método para la medición y delimitación de la plataforma era parte de derecho consuetudinario, pero esto no fue parte del razonamiento de la Corte.

Comisión de la CNUDM de los Límites de la Plataforma Continental, que hará las recomendaciones apropiadas y permitirá una delimitación final y vinculante.

De esta manera, si Nicaragua quería que la Corte delimitara su plataforma continental vis-à-vis la plataforma continental de Colombia, entonces no tenía más remedio que suministrar la evidencia apropiada para probar que su prolongación natural bajo el agua se extendía más de 200 millas náuticas. Nicaragua tenía como carga adicional el hecho de que cualquier reclamo sobre una plataforma continental más extensa que 200 millas tenía que ser primero presentado a la Comisión de la CNUDM. Sin embargo, no pudo producir tal evidencia. Nicaragua había realizado una “presentación preliminar” a la Comisión, pero esta presentación era completamente insuficiente para hacer una recomendación. Colombia denominó esta evidencia como “deplorablemente deficiente” y sostuvo que era inapropiado que la Corte actuara ante estas circunstancias.

Si los abogados colombianos estaban sorprendidos cuando su impugnación de admisibilidad fue desestimada, no pueden haberse sorprendido demasiado cuando la Corte falló en contra del pedido de Nicaragua en relación con la delimitación de la plataforma continental. El único precedente que podía ser citado como ejemplo de adjudicación de una plataforma continental extendida era el reciente caso Bahía de Bengala, el cual podía ser diferenciado enteramente de la situación en discusión, no sólo porque ambas partes habían realizado presentaciones completas a la Comisión, sino también debido a las notables diferencias geomorfológicas entre la Bahía de Bengala y el Mar Caribe.²³

El intento de conseguir que la Corte determinara que la plataforma continental de Nicaragua se extendía más allá de las 200 millas náuticas sin producir evidencia alguna para probarlo fue, sin duda, un poco necio. La respuesta de la Corte, en cambio, no fue tan fuerte como podría haber sido teniendo en cuenta la debilidad del argumento. Esto se debe a la importancia que aparentemente la Corte le otorga a la presentación de cualquier evidencia presentada a la Comisión previo a un reclamo judicial. La Corte señaló que “dado el objeto y propósito del CNUDM,

²³ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar), sentencia del 14 de marzo de 2012, párrs. 444-446.

según está estipulado en su Preámbulo, el hecho de que Colombia no sea parte de este no libera a Nicaragua de sus obligaciones bajo el Artículo 76 de esa Convención”.²⁴

Debe tenerse en cuenta que, por un lado, la Comisión no considera presentaciones relacionadas con un área que esté en conflicto a menos que cuente con el consentimiento de los Estados afectados. Por otro lado, la sentencia de la Corte puede ser interpretada en el sentido de que un órgano judicial no debería tratar reclamos relacionados con plataformas continentales extendidas si no han sido analizados por la Comisión. Esta es precisamente la situación que la Juez Donoghue describió como “cada institución manteniendo la puerta abierta y esperando a que el otro pase”,²⁵ y anticipó el argumento natural que Colombia habría de argumentar si Nicaragua presentaba un nuevo caso para la delimitación de una plataforma continental prolongada. Así, la sentencia en este caso no ayuda a aclarar la ya turbia relación entre la Comisión de los Límites de la Plataforma Continental y cualquier otro cuerpo judicial en particular, o la conexión entre órganos convencionales no judiciales y la Corte en general.

B. El límite marítimo

Los lectores no deberían pasar por alto el hecho de que a este punto de la controversia, Colombia había prevalecido en cada uno de los puntos de derecho (excepto en la admisibilidad de la delimitación de la plataforma continental, que de todos modos fue desestimada en el fondo). La única cuestión restante era la delimitación de un solo límite marítimo entre los dos Estados. También debe tenerse en cuenta que para este momento Colombia había ganado efectivamente sus reclamos

²⁴ Supra 13, párr. 126. La Corte se estaba apoyando en un fragmento de la decisión en la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras donde la Corte declaró que “cualquier reclamo sobre derechos de plataforma continental más extensa que 200 millas náuticas debe ser conforme al Artículo 76 del CNUDM y revisado por la Comisión de los Límites de la Plataforma Continental establecida para su aplicación”. Ver Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras), Informes 2007 C.I.J. (II), párr. 319. Es relevante señalar, no obstante, que en el caso citado ambos Estados litigantes eran parte del CNUDM.

²⁵ Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Opinión separada del juez Donoghue, párr. 30; Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Declaración del juez ad-hoc Mensah, párr. 2. La referencia al fragmento Nicaragua/Honduras citado más arriba fue considerado inapropiado e innecesario por el juez ad-hoc Mensah, precisamente porque Colombia no forma parte del CNUDM, a diferencia de Honduras y Nicaragua.

de soberanía sobre todas las formaciones marítimas en disputa, lo que también le daría derecho a alguna porción del mar donde yacen.

El proceso de delimitación marítima aplicado por la Corte es, en principio, una operación técnica simple que consiste en tres pasos. El punto de partida es identificar el área relevante a delimitar, esto es, el área en donde se encuentran los derechos superpuestos.²⁶ Para determinar el área relevante, la Corte debe primero identificar las costas relevantes para así determinar la amplitud de su proyección y calcular la proporción entre ellas. La proporción entre las costas permite determinar el área precisa de superposición, así como también cualquier desproporción que pueda existir. El primer paso en el proceso de delimitación es trazar una línea media provisional entre las dos costas relevantes. El segundo paso es desplazar la línea media de acuerdo a cualquier circunstancia relevante. El tercer y último paso es corroborar que la línea media (desplazada o no) produzca un resultado equitativo o, si es necesario, tomar los pasos apropiados para alcanzar una solución equitativa.²⁷

Hubo poco desacuerdo en cuanto al punto de partida del proceso de delimitación o en cuanto a la costa relevante de Nicaragua. De hecho, Nicaragua sostuvo que su costa relevante podía ser medida desde la construcción de líneas rectas que llevarían a una extensión total de 453 km. Alternativamente, argumentó que se podrían medir en toda su configuración natural, con un total de 701 km. Colombia no objetó el argumento, sino más bien la matemática: argumentó que la configuración natural de la costa medía sólo 551 km. La Corte decidió eventualmente que la medición debía ser hecha en la configuración natural de la costa, lo que resultó en un total de 531 km.

La costa relevante de Colombia, por su parte, fue altamente controversial. Nicaragua argumentó que la costa continental debería ser considerada como la costa relevante, mientras que Colombia sostuvo que al estar separadas por más de 400 millas náuticas, ello produciría un resultado irrelevante ya que no habría derechos superpuestos. Como

²⁶ Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania), Sentencia, I. C. J. Reports 2009, p. 89, párr. 78.

²⁷ Este es el proceso que se ha seguido ya en la jurisprudencia comparable de la Corte. Ver: Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Sentencia, I. C. J. Reports 1985, párr. 60; y Delimitación marítima en el Mar Negro, *supra*. 27, párrs. 115-116.

la jurisprudencia de la Corte en este tema es muy consistente,²⁸ el tribunal aceptó con facilidad el argumento de Colombia y concluyó que la costa relevante era aquella del archipiélago, que mide un total de 65 km.²⁹ Esto dejó la relación total de las extensiones costeras en 1:8.2 a favor de Nicaragua.

En el caso de las islas, en cambio, los derechos superpuestos provienen no solo de las costas relevantes sino de los derechos sobre el mar que derivan de la posesión de las islas. Retomando el principio de que las islas, sin importar qué tan pequeñas sean, generan los mismos derechos marítimos que otras superficies terrestres,³⁰ Colombia argumentó que todas sus elevaciones de marea alta estaban legitimadas a un mar territorial de 12 millas náuticas. Nicaragua intentó objetar este argumento al solicitar a la Corte que redujera el mar territorial de estas pequeñas islas a 3 millas náuticas, pero esto fue fácilmente desestimado por la Corte al referirse a casos en que Nicaragua ya había fracasado en el mismo punto,³¹ o casos en los que la propia Nicaragua había avanzado el mismo argumento.³² La Corte entonces concluyó que todos los elementos marítimos estaban legitimados, al menos, a 12 millas náuticas de mar territorial mientras que las rocas incapaces de albergar vida humana no estaban legitimadas a plataformas continentales o zonas económicas exclusivas.

Una vez que determinó la cuestión de las superposiciones, la Corte consideró los argumentos fundados por las partes en un proceso de delimitación de tres pasos. Empezó por considerar la afirmación de Nicaragua de que un proceso que empieza por poner una línea media, sea provisional o no, entre las costas relevantes de este caso, es intrínsecamente injusto. Esto, según Nicaragua, era así por tres razones: 1) la costa colombiana relevante era menos que la veinteava parte del tamaño de la costa relevante nicaragüense; 2) la línea media puesta en el este de las formaciones marítimas dejaría tres cuartos del área

²⁸ Supra 27, párr. 99; supra 28, párr. 75.

²⁹ Colombia argumentó que la extensión total de la costa del archipiélago era de 74.39 km. Sin embargo, por razones diferentes, la Corte excluyó Serranilla, Bajo Nuevo y Quitasueño de su medición.

³⁰ Supra 11, párr. 185.

³¹ Controversia Marítima y Territorial entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe, supra 25, párr. 302.

³² Supra 24, párr. 169.

relevante del lado de Colombia, al menos provisionalmente; 3) las islas están muy separadas entre ellas. Nicaragua entonces presentó el argumento más controversial del caso: la Corte debería situar las formaciones marítimas en la zona marítima de la plataforma continental de Nicaragua, en los términos del arbitraje de las Islas del Canal.³³

Colombia respondió con la jurisprudencia de la Corte de su lado. La Corte ha usado consistentemente el enfoque de los tres pasos en casos sobre delimitación marítima y la única instancia en que se separó de la construcción de una línea media provisional fue precisamente en la controversia Nicaragua-Honduras, donde había considerado que la línea media no solo era inviable, sino también imposible de diseñar. La Corte distinguió el caso del arbitraje de las Islas del Canal, donde las islas inglesas habían sido, en efecto, puestas en aguas francesas, y señaló las considerables diferencias geográficas.³⁴

Con respecto a los demás puntos controvertidos del caso, la mayoría de los jueces estuvieron de acuerdo con Colombia y además destacaron que las fuentes citadas por Nicaragua eran anteriores a la adopción de la metodología de los tres pasos adoptada por la Corte. Sin embargo, la resistencia a cambiar su procedimiento tradicional para este caso en particular dio lugar a las disidencias más amargas dentro del tribunal. El Juez Keith explicó persuasivamente cómo las reglas relevantes sobre la delimitación de la plataforma continental se habían cristalizado lentamente en la costumbre y en tratados internacionales sin haber abandonado su *raison d'être*: la delimitación equitativa del espacio oceánico.³⁵ El juez Xue las llamó superficiales³⁶ y el juez Abraham las tachó de insignificantes.³⁷

El segundo paso del proceso de delimitación, el ajuste de la línea media, es donde la dosis más pesada de equidad elaborada por los

³³ Delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y la República Francesa (1977), ILR, Vol. 54, p. 6.

³⁴ Las Islas del Canal están rodeadas en tres lados por la costa continental francesa y de hecho están más cerca de esta que el elemento marítimo en el Caribe más cercano a Nicaragua. El caso también involucró la delimitación entre dos costas continentales adyacentes.

³⁵ Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Declaración del juez Keith, párr. 9: “[e]l ajuste o cambio necesario para tratar tan grosera desproporción no pudo ser logrado simplemente con el movimiento de la línea en la parte occidental del área marítima compartida”.

³⁶ Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Opinión separada del juez Xue, párr. 5.

³⁷ Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Opinión separada del juez Abraham, párr. 26.

jueces puede entrar en juego. En el presente caso, Colombia se enfrentó con dos dificultades. En primer lugar, la disparidad entre las costas relevantes era de 1:8.2 en favor de Nicaragua. En dos casos previos, la Corte ya había tomado una proporción similar como circunstancia relevante para ajustar la línea provisional. En la controversia Jan Mayen, la proporción fue de 1:9 aproximadamente, y en el caso relativo a la Plataforma Continental de Libia hubo una proporción aproximada de 1:8. En ambos casos, la Corte consideró apropiado ajustar la línea media provisional.³⁸ En segundo lugar, la costa colombiana relevante, construida utilizando el Archipiélago San Andrés, creó un corte objetivo contra la proyección costera de Nicaragua hacia el mar. Este segundo argumento permitió a Nicaragua reanudar su pedido de enclaves, solicitando a la Corte que ajustara la línea media provisional del lado este del archipiélago.

Por primera vez en la controversia, Colombia no tuvo la ventaja. Aunque hizo un buen intento por convencer a la Corte de que no había necesidad de reajustar la línea media provisional, fue difícil persuadir a los jueces tanto en las cuestiones de hecho como de derecho. No obstante, sí se apoyó en el propio argumento de Nicaragua contra un completo corte de las áreas en las cuales la costa se proyecta y solicitó a la Corte que resolviera la cuestión equitativamente. Aunque la Corte se negó nuevamente a tratar las islas como enclaves, no podía estar de acuerdo con la línea media propuesta por Colombia son modificaciones. Concedió tres veces más peso a las líneas de base de Nicaragua, y así la línea media fue desplazada proporcionalmente en tres partes al este, con el archipiélago entero todavía en el lado colombiano del área relevante.

Si el caso hubiera concluido de esta forma, habría sido probablemente una de las victorias más tajantes en la historia judicial reciente. La Corte, sin embargo, no podía ignorar lo que incluso los legos pueden ver en el mapa: el archipiélago está mucho más cerca de la tierra firme de Nicaragua que de la de Colombia, y bloquea la proyección hacia el mar de Nicaragua por completo. Uno no puede pasar por alto que el estatus de Quitasueño, como una isla de setenta centímetros incapaz de albergar vida humana, ya se había resuelto a favor de Colombia. La Corte

³⁸ Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega), I. C. J. Reports 1993, párr. 61; Plataforma Continental, supra 28, párrs. 74-75.

se había negado además a poner puntos de base en Quitasueño, dado su pequeño tamaño y el peligro de “una reconfiguración judicial de la geografía, lo que ni el derecho ni la práctica de la delimitación marítima autorizan”.³⁹ Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Corte decidió que el límite marítimo no podía continuar a lo largo de las líneas meridionales del norte después del último punto de la línea provisional, sino que debía continuar a lo largo de las líneas de latitud hasta una distancia de 200 millas náuticas desde los puntos de base de Nicaragua. Esta decisión no sólo cortó una porción considerable del derecho de Colombia sobre el mar en el sur, sino que también separó el paso entre Quitasueño y Serrana y el resto del archipiélago.

El dibujo cartográfico final provisto por la Corte mostró entonces una pérdida significativa para Colombia de su zona marítima, así como una imagen impresionante de dos islas solitarias en el norte del archipiélago. A pesar de que la Corte rechazó dos veces el pedido de Nicaragua de enclavamiento de las islas, el mapa final presentó dos pequeñas formaciones con un gran círculo alrededor de ellas marcando su mar territorial, reviviendo el fantasma de los enclaves. Esto, sin embargo, es todavía un tema que está en discusión, como explicaré abajo.

IV. CUESTIONES PENDIENTES Y EFECTOS

Ahora discutiré dos cuestiones que quedan pendientes luego de la decisión de la Corte. La primera de ellas se refiere al otro posible derecho marítimo que no fue explorado por la Corte: la zona contigua a la cual cada Estado tiene derecho en sus costas. Me referiré entonces a los efectos de la decisión en esta zona del Caribe.

En cuanto al primer punto, no es enteramente correcto sugerir que Quitasueño y Serrana estén enclavadas en el mar continental de Nicaragua. Si bien la Corte restringió los derechos marítimos de ambas islas a un radio de 12 millas náuticas, solo lo hizo con relación al derecho del mar territorial. Esto explica el celo de la Corte cuando desestimó repetidamente los pedidos de Nicaragua de un mar territorial

³⁹ Supra 27, párr. 149.

reducido o el enclavamiento de la totalidad del archipiélago en los siguientes términos:

“[d]e acuerdo con los principios tradicionales del derecho internacional consuetudinario, un Estado costero posee soberanía sobre el fondo marino y la columna de agua de su mar territorial [...] [e]n contraste, los Estados costeros disfrutaban de derechos específicos, en lugar de poseer derechos soberanos, con respecto a la plataforma continental y la zona económica exclusiva.”⁴⁰

El punto clave de la Corte es que los derechos derivados de la soberanía siempre prevalecerán sobre la plataforma continental o sobre los derechos económicos derivados de la prolongación natural de la costa. Bajo esta lógica, no hay razón para que un elemento pequeño que no se superpone con el mar territorial de un Estado costero deba estar legitimado a un mar territorial pero no a una zona contigua. Debería ser mencionado, no obstante, que la Corte excluyó expresamente la posibilidad de que haya un reclamo a una zona contigua en Quitasueño,⁴¹ pero no hizo lo mismo con Serrana. Si bien seguiremos sin saber si el trato diferencial fue conocido expresamente por los jueces, la declaración del Juez Keith da crédito a la posibilidad de que no haya consenso sobre los derechos marítimos precisos de Serrana.⁴² Este pequeño detalle no pasó desapercibido por las autoridades colombianas, quienes ya han promulgado una regulación doméstica que impone las 12 millas náuticas de zona contigua adicional alrededor de Serrana.⁴³ Si bien esto podría haber desembocado en un desacuerdo genuino sobre el significado de la sentencia de la Corte y, consecuentemente, en una demanda para su interpretación, ha contribuido a la decisión de Nicaragua de establecer todo un nuevo conjunto de procedimientos que examinaré abajo en más detalle.

En cuanto al segundo punto, parece claro que algunos de los jueces estaban preocupados por el efecto que su decisión tendría vis-à-vis

⁴⁰ Supra 13, párr. 139.

⁴¹ Ibid, párr. 238.

⁴² El juez Keith trató los derechos marítimos de ambas islas de forma diferente. Declaró que “llanamente” Quitasueño no estaba legitimada a nada más que un mar territorial. En el caso de Serrana, sin embargo, meramente consideró la posibilidad. Ver supra 37, párr. 11.

⁴³ Decreto Presidencial nro. 1946 del 9 de septiembre 2013, art. 5, citado en Demanda instituyendo procedimientos presentados en el Registro de la Corte el 26 de Noviembre, 2013, Supuestas Violaciones de Derechos Soberanos y Espacios Marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua v. Colombia), Anexo 3.

terceros Estados. De una manera preventiva, la Corte hizo la declaración general de que, como una cuestión de principio, los intereses de los terceros Estados estaban protegidos en controversias marítimas. Sugirió además que la decisión no tendría efecto sobre ningún Estado diferente a aquellos en disputa, en virtud del Artículo 59 del Estatuto. Como señalaron la Jueza Xue y el Juez ad-hoc Mensah, probablemente esto fue insuficiente,⁴⁴ ya que la Corte fue tan lejos como para describir las líneas latitudinales en el sur de la línea media, las que necesariamente afectan las delimitaciones marítimas entre Colombia, Panamá y Costa Rica. Por su parte, el Juez ad-hoc Cot llegó al extremo innecesario y problemático de declarar que la decisión había provocado la nulidad ab initio de cada una de las disposiciones de los acuerdos hechos entre Colombia y sus vecinos.⁴⁵ Es difícil aceptar que tal nulidad derive de la sentencia per se y esto es mucho más sorprendente cuando se considera que el Juez Cot fue designado por Colombia. En todo caso, es doloroso pensar que toda la arquitectura marítima del Caribe necesite ser repensada luego de la decisión de la Corte, y probablemente era la intención de los jueces.

Asimismo, la decisión de la Corte ha tenido efectos profundos en América Central y del Sur, y sus consecuencias han sido marcadas por la tensión en la región. Para empezar, el gobierno colombiano denunció el Pacto de Bogotá el 27 de noviembre de 2012, probablemente para evitar cualquier litigio posterior con Nicaragua. En su nota diplomática, Colombia consideró que “la denuncia del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas entrará en vigor a partir de hoy con respecto a los procedimientos iniciados luego de esta nota”.⁴⁶ A pesar de que el argumento jurídico no aparece completo en la nota, podemos asumir con seguridad que Colombia sostiene que el segundo párrafo del Artículo LVI, que estipula que “[l]a denuncia no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo”, lógicamente implica que la denuncia afecta

⁴⁴ Declaración de la Jueza Xue, *supra* 38; Declaración del juez ad-hoc Mensah, *supra* 26, párr. 13.

⁴⁵ Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Declaración del juez ad-hoc Cot, párr. 11.

⁴⁶ Carta de Colombia al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos datado el 27 de noviembre de 2012 (GACIJ nro. 79357), citado en Demanda instituyendo procedimientos presentados en la Secretaría de la Corte el 26 de noviembre 2013, *supra* 42, anexo 8.

procedimientos iniciados luego de la notificación de salida. Este será un punto difícil de explicar claramente, teniendo en cuenta que el mismo artículo prevé expresamente que “[...] [e]l presente Tratado regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus efectos para el denunciante, [...]”. Independientemente de si cualquier caso puede ser ganado sobre esta base jurisdiccional, la salida de un tratado de soluciones pacíficas por parte de un Estado debido a su insatisfacción con el arreglo de la controversia internacional es un hecho preocupante.

Por otra parte, Nicaragua ya presentó varias nuevas demandas cuestionando los eventos que se siguieron de la sentencia de la Corte.⁴⁷ En su nueva presentación, Nicaragua busca que la Corte resuelva y declare que: 1) las acciones de Colombia en respuesta a la sentencia de la Corte equivalen al uso o a la amenaza del uso de la fuerza; 2) su decisión de imponer una zona contigua de 12 millas de ciertas formaciones marítimas es un incumplimiento de la sentencia de la Corte y del derecho internacional consuetudinario; 3) que Colombia debe cumplir con la sentencia de la Corte y reparar su presunto incumplimiento; y 4) que la Corte debe delimitar la plataforma continental extendida de Nicaragua.

Si bien es verdad que los Estados están tradicionalmente incómodos con las sentencias de carácter marítimo o territorial,⁴⁸ la reacción de Colombia ha sido un tanto virulenta. Está bien documentado en la nueva demanda de Nicaragua que los oficiales más altos de Colombia se han referido a la sentencia como “inválida”, “inaplicable”, y a la Corte como un “enemigo”. Si bien la sentencia puede ser, en efecto, inaplicable para Colombia conforme a su sistema legal doméstico, su efecto vinculante es incuestionable. Más aún, es inusual que la (esperada) insatisfacción con la sentencia se transforme en un reclamo sobre el incumplimiento de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza.

De acuerdo con Nicaragua, la negativa de Colombia de atenerse a la sentencia de la Corte y su decisión de imponer continuamente los límites marítimos previos a través de órdenes militares hechas públicas

⁴⁷ Supra 42.

⁴⁸ El caso *Pesquerías entre Reino Unido e Islandia* tomó dos años luego de la sentencia de la Corte para ser resuelto por medio de negociaciones directas entre las partes, mientras que la controversia *Guinea-Bissau c. Senegal* ante la C.I.J. en 1991 fue originada en un intento de Guinea Bissau de anular un laudo arbitral sobre la delimitación marítima.

equivalen a la amenaza o al uso de la fuerza. Un episodio particularmente dramático donde el Presidente de Colombia pidió a su Comandante de la Marina que proteja la plataforma continental por medio de “capa y espada” se destaca en la demanda de Nicaragua.⁴⁹ En este punto, el laudo arbitral del 17 de septiembre de 2007 entre Guyana y Surinam es particularmente relevante, pues es un precedente de un caso de uso de la fuerza unido a la delimitación marítima.⁵⁰ En el arbitraje Guyana-Surinam, Surinam había enviado lanchas cañoneras a los yacimientos petroleros localizados en el área marítima controvertida y había advertido a sus ocupantes que abandonen el área o “afronten las consecuencias”. El Tribunal Arbitral concluyó que “la acción organizada por Surinam el 3 de junio de 2000 fue más cercana a una amenaza de acción militar que a una mera actividad de imposición de la ley”.⁵¹ Las diferencias con ambos casos son evidentes si se considera que las autoridades militares colombianas no habían siquiera comunicado o transmitido un mensaje a los nacionales nicaragüenses en el área marítima disputada. A pesar de que Nicaragua abordará estos temas en la discusión sobre el fondo, es difícil ver cómo prevalecerá en este punto, al menos en función de los hechos en los que se ha apoyado su demanda.

Finalmente, vale la pena mencionar que antes de introducir su nueva demanda, Nicaragua intentó avanzar su argumento de la presunta plataforma continental extendida ante la Comisión de los Límites de la Plataforma Continental. En su sesión treinta y cuatro, Nicaragua hizo una presentación para obtener recomendaciones sobre la delimitación de la presunta superposición de derechos, aunque la Comisión “decidió posponer el examen de la presentación y las comunicaciones hasta el momento en que la presentación sea la próxima en la fila para ser considerada, de acuerdo con el orden en que las presentaciones fueron recibidas”.⁵² En el intermedio, Nicaragua presentó la totalidad de su solicitud ante la Comisión de los Límites de la Plataforma Continental

⁴⁹ Supra 42, p. 7.

⁵⁰ Laudo del Tribunal Arbitral Constituido Conforme al Artículo 287 y de Acuerdo al Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el asunto de arbitraje entre Guyana y Surinam (Guyana c. Surinam), Laudo de septiembre 17, 2007. El laudo y sus alegatos están disponibles en www.pca-cpa.org.

⁵¹ Ibid, párr. 445.

⁵² Comisión de Límites de la Plataforma Continental (34va Sesión), “Progreso del Trabajo en la Comisión de Límites de la Plataforma Continental – Declaración del Presidente” (31 de marzo 2014) CLSC Doc. 83, párr. 83.

argumentando que ésta demuestra la prolongación natural de su costa. Es por esto que ahora ha presentado una nueva demanda donde solicita a la Corte que realice la delimitación marítima que evitó en la sentencia de 2012 por la franca ausencia de información presentada por Nicaragua.

Como era de esperarse, y a raíz de los desafortunados apartes en la sentencia de fondo de 2012 que se refieren a la presentación de evidencia ante la Comisión como prerequisite para poder delimitar una plataforma continental extendida, Colombia presentó objeciones a la admisibilidad de la disputa en este punto. Es precisamente lo que la Juez Donoghue describió como la impráctica situación donde la Corte no falla un caso sin que la Comisión se haya pronunciado, pero la Comisión no se pronuncia sin que se haya resuelto la disputa jurídica. Ante esta situación, lo más probable es que la Corte tome la misma posición que tomó el Tribunal del Mar de la CNUDM en el caso de la Bahía de Bengala,⁵³ donde Myanmar resaltó en su memorial el mismo impasse de la relación entre la Comisión y el Tribunal. En este caso, dijo el Tribunal que “[n]o hay nada en la Convención [de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar] o en las reglas de procedimiento de la Comisión o en su práctica que indiquen que la delimitación de una plataforma continental [por parte del Tribunal] constituye un obstáculo para las funciones que desarrolla la Comisión”.⁵⁴ El problema será aún más difícil de argumentar para Colombia, ya que no hace parte de la CNUDM y, por lo tanto, su argumento equivaldría a poner a Nicaragua en un hoyo negro del derecho internacional donde no es posible adjudicar sobre un diferendo limítrofe. De cualquier manera, aún si Colombia pierde su punto sobre la admisibilidad del caso, el asunto de la delimitación dependerá enteramente de la capacidad de Nicaragua de demostrar que, de hecho, su plataforma continental excede las 200 millas náuticas – una pretensión dudosa que, hasta la fecha, no ha encontrado ningún eco en los estrados internacionales.

V. CONCLUSIÓN

Es difícil ver cómo Colombia podría sentirse perdedora en ese caso y es aún más difícil ver cómo Nicaragua podría sentir que salió victoriosa.

⁵³ Supra 22.

⁵⁴ Supra, parr. 377.

No sería desacertado decir que el Estado demandante perdió cada punto sustantivo de derecho que presentó a la Corte, y cualquier victoria que pueda cantar es debida exclusivamente a las particularidades geográficas de la costa del Caribe. Un abogado no puede hacer magia con un mapa.

No obstante, es claro que la Corte no fue muy rigurosa en algunos puntos donde debería haber emitido una decisión clara. Existen algunos problemas manifiestos con respecto a la evaluación de la evidencia relevante, así como con la base jurídica para la decisión de algunos aspectos cruciales del caso. Probablemente fue una sorpresa para todos los abogados involucrados – que habían estado discutiendo sobre la interpretación del Tratado de 1928 y las Reales Ordenes Españolas del siglo XIX por once años – ver su caso decidido con arreglo a los estándares bajos de efectividad.

Es una fortuna que el asunto más subjetivo y sensible tratado por la Corte, esto es, la delimitación del límite marítimo, sea uno de los más sólidamente explicados en la sentencia. Incluso si la cuestión fue abordada desde un punto de vista distintivamente conservador – como fue observado por algunos de los jueces – hay poco que se pueda decir en contra de la noción subjetiva de equidad que el tribunal pueda tener. Esta es precisamente la razón por la que una decisión que articula una norma de derecho tan especial debería ser particularmente firme en cada una de las demás cuestiones. En última instancia, la solidez del razonamiento refleja su legitimidad y, a su vez, la eficacia que un cuerpo judicial puede tener.

Es entonces razonable sugerir que estas deficiencias en la sentencia han exacerbado la tensión entre ambas partes. El silencio de la Corte sobre la zona contigua de Serrana ha llevado a una regulación unilateral que, a su vez, ha llevado a más litigio. Los efectos de la decisión sobre los intereses de terceros serán probablemente de larga duración, no solo debido a los límites marítimos en la región, sino también a la salida de Colombia de un tratado regional para la solución pacífica de disputas. Por sobre todas las cosas, quizás el mejor ejemplo de cómo una decisión deficiente puede agravar en vez de resolver una controversia esté dado por los esfuerzos continuos de Nicaragua para continuar litigando, incluso en relación con la prohibición sobre el uso de la fuerza. Para el caso de Nicaragua y Colombia, el caso marítimo y territorial ante la CIJ

no fue el final de la controversia, sino más bien el comienzo. Algunas veces, parece, la cura es peor que la enfermedad.

Foto: obra de María Verónica León V
