

¿DEBE COLOMBIA PRESENTAR EXCEPCIONES  
PRELIMINARES EN EL ASUNTO SOBRE EL  
DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO  
(NICARAGUA C. COLOMBIA)?

JOSÉ JOAQUÍN CAICEDO DEMOULIN\*

ÍNDICE

Introducción

Primera parte. Las excepciones sobre la competencia de la Corte

Título primero: el retiro de la aceptación unilateral de competencia del 5 de diciembre del 2001: ¿“golpe maestro” de la diplomacia colombiana?

Sección primera: la cláusula opcional o la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte

Sección segunda: una maniobra inútil e ingenua a la luz de la jurisprudencia de la Corte

---

\* Abogado, Universidad del Rosario; DEA derecho internacional, Universidad París; DEA Filosofía, Universidad París; doctor en derecho internacional, Universidad París.

- Sección tercera: una maniobra peligrosa que deja de manifiesto la mala fe de Colombia
- Título segundo: el Pacto de Bogotá como título de competencia
- Sección primera: el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS como tratado que solucionó el diferendo territorial colombo-nicaragüense en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá
- Sección segunda: una excepción preliminar fácilmente refutable
- Primero, la acción instaurada el 6 de diciembre del 2001 contra Colombia no recae sobre el mismo diferendo que dio lugar a la conclusión del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS
- a. El *petitum* de la acción nicaragüense
- b. Los hechos generadores del diferendo objeto de la instancia
- Segundo, Nicaragua no está impedida, ya sea por la buena fe, el *estoppel* o la *acquiescence*, a presentarle a la Corte la acción en cuestión contra Colombia
- Tercero, en cuanto el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS es un tratado nulo, no puede tener los efectos previstos en el artículo VI del Pacto de Bogotá
- Cuarto, no se trata de una excepción exclusivamente preliminar por lo que debe ser adjuntada a la decisión de fondo
- Sección tercera: la existencia de un diferendo jurídico entre Nicaragua y Colombia
- Título tercero: la incompetencia *ratione materiae* de la Corte si la instancia no ha sido iniciada por notificación de un compromiso en el sentido del artículo 36. 1. del Estatuto

Sección primera: la competencia de la Corte para afectar la supuesta “intangibilidad” de los tratados territoriales

1. Los tratados territoriales no son “intangibles” sino permanentes y el derecho internacional prevé justamente que las modificaciones territoriales deben ser realizadas, en defecto de acuerdo mutuo de las partes, por el juez internacional

2. Si la Corte acoge las pretensiones nicaragüenses no habría, jurídicamente, modificación alguna del territorio colombiano, ya que nadie puede disponer de lo ajeno.

Sección segunda: la Corte es competente en diferendos territoriales cuando la instancia ha sido introducida unilateralmente por medio de una solicitud

1. La instancia ha sido válidamente iniciada por Nicaragua al haber incoado la acción mediante una solicitud unilateral

2. La Corte es competente *ratione materiae* para decidir sobre la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS así como sobre las demás pretensiones nicaragüenses

a. La Corte tiene competencia general *ratione materiae* para conocer del asunto sobre el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)

b. La Corte tiene competencia *ratione materiae* especial para conocer del asunto sobre el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)

Título cuarto: la nulidad del consentimiento nicaragüense para someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Sección primera: a la luz de la jurisprudencia de la Corte, no cabe duda sobre el consentimiento de Nicaragua a la jurisdicción de la Corte

Sección segunda: la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS sea nulo no afecta la validez de la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria y el Pacto de Bogotá

Segunda parte: las excepciones de inadmisibilidad

Título primero: la prescripción liberatoria de la acción intentada por Nicaragua

Sección primera: la prescripción liberatoria en la jurisprudencia de la Corte

Sección segunda: la no-prescripción de la acción nicaragüense  
1. La acción respecto al diferendo marítimo fue presentada en un tiempo razonable  
2. La nulidad de la solución al diferendo territorial es imprescriptible y exige el retorno al *statu quo* antes

Título segundo: la preclusión de la acción nicaragüense

Sección primera: la preclusión en la práctica internacional

Sección segunda: las excepciones de no recibir y de contra - *estoppel* de Nicaragua

Título tercero: los Estados Unidos como parte indispensable: la violación del principio del oro monetario

Sección primera: el principio del oro monetario

Sección segunda: los Estados Unidos no son una parte indispensable

Conclusión

## INTRODUCCIÓN

El 6 de diciembre de 2001, Nicaragua presentó una solicitud introductiva de instancia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) contra Colombia sobre un diferendo relativo a:

“un conjunto de cuestiones jurídicas interdependientes en materia de títulos territoriales y de delimitación marítima, que se encuentran en suspenso entre la República de Nicaragua y la República de Colombia”.

El 5 de diciembre de 2001, el canciller colombiano, había depositado ante la oficina del representante de las Naciones Unidas en París una declaración denunciando “desde el momento de la presente notificación”, la aceptación unilateral de la jurisdicción obligatoria de la antigua CPI que Colombia había hecho el 30 de octubre de 1937<sup>1</sup>.

Dicho acto fue aplaudido por la prensa colombiana y por algunos “expertos” pues, según éstos, gracias a la diligente vigilancia de la Cancillería —o verdadero espionaje diplomático según el Ministerio de Relaciones Exteriores de Nicaragua—, la amenaza nicaragüense habría sido definitivamente descartada, al rendir incompetente a la CIJ antes de que Nicaragua iniciara la instancia. El 15 de diciembre del 2001, el canciller colombiano reitera a la prensa extranjera en San José de Costa Rica que:

“Colombia desconoce la competencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el contencioso que mantiene con Nicaragua, por posesiones marítimas en el Caribe”<sup>2</sup>.

Aclaró que el país renunció a La Haya, cuya competencia había aceptado en 1937, antes de que Nicaragua presentara, el pasado 6

---

1 Texto en LOZANO SIMONELLI, ALBERTO, *La amenaza de Nicaragua*, Universidad Jorge Tadeo LOZANO, Bogotá, 2002, pág. 295.

2 “Colombia desconoce competencia de La Haya en diferendo con Nicaragua”, *La Prensa*, Honduras, 15 de diciembre de 2001.

de diciembre, la denuncia en este tribunal internacional, en la que reclama el derecho al archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

“Al renunciar a La Haya se pueden agilizar los mecanismos para solucionar el contencioso. Colombia podría, incluso, invocar el “Pacto de Bogotá”, o Tratado americano de soluciones pacíficas”, —explicó—.

El efecto de la maniobra diplomática del 5 de diciembre del 2001 es pues un primer punto que debe analizarse.

La doctrina afirma igualmente que la instancia ante la CIJ no es inevitable por cuanto la Corte sería incompetente para decidir sobre el fondo del asunto<sup>3</sup> y los rumores que corren en los medios autorizados confirman que Colombia presentaría pues excepciones preliminares ante la Corte.

Este artículo, pretende estudiar justamente el punto concerniente a la competencia de la Corte para decidir el fondo del asunto. Al respecto, sobra recordar que la competencia de la Corte es voluntaria de tal manera que el Estado demandante debe demostrarle a la Corte que él y el Estado demandado han aceptado la competencia de la Corte<sup>4</sup>, lo que constituye una característica

---

3 Véanse en particular los argumentos de LOZANO SIMONELLI, ALBERTO, *op. cit. supra*, págs. 301-358. Igualmente CAVELIER, GERMÁN, *Estudio sobre la demanda de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia*, Asociación Cavalier del Derecho, Bogotá, 2002, págs. 11-22.

4 “It is well established in international law that no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States”, Eastern Carelia, P. CIJ Series B, n° 5, pág. 27; “La Jurisdiction de la Cour depend de la volonté des Parties”, Droits des minorités en Haute-Silésie (Ecoles minoritaires), CPII, série A, n° 15, pág. 22. “Comme la Cour l’a dit dans son Arrêt n° 12, relatif à certains droits de minorités en Haute-Silésie, l’article 36 du Statut consacre le principe suivant lequel la juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties”, Usine de Chorzow, arrêt de fond, CPII Série A, n° 17, pág. 37. “The Court’s jurisdiction, as it has frequently recalled, is based on the consent of States, expressed in a variety of ways including declarations made under Article 36, paragraph 2 of the Statute”, *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America)*, merits, ICJ Reports 1986, pág. 32.

esencial del proceso internacional. El Estado parte del Estatuto de la Corte, puede aceptar la jurisdicción de la Corte de 4 maneras:

- a. ya sea porque concluye un compromiso (*compromis*) el cual es un tratado específico entre las partes para llevar un diferendo individual y preciso ante la Corte;
- b. la “cláusula compromisoria” (*clause compromissoire, compromissory clause*) prevista en un tratado multilateral o bilateral, que confiere jurisdicción a la Corte para cualquier disputa sobre la aplicación o interpretación del tratado, que puede entonces ser llevado, de forma unilateral, a la Corte. Entran dentro de esta categoría los tratados multilaterales sobre solución pacífica de los conflictos<sup>5</sup>, los cuales prevén los medios tradicionales de solución de conflictos (la mediación, la negociación diplomática, el arbitraje, etc.) y prevé, generalmente como última opción, la jurisdicción de la Corte. Como cualquier otra norma convencional, los estados parte pueden emitir una reserva excluyendo o limitando la jurisdicción de la Corte en estos dos tipos de tratados;
- c. la declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte;
- d. el *forum prorogatum* cuando, a diferencia de las demás hipótesis, no se dan los supuestos establecidos en el artículo 36 pero la jurisdicción de la Corte encuentra su fundamento en la aceptación tácita o expresa de la misma por parte del Estado

---

5 A pesar de estar reunidas en una misma categoría, la actitud de la Corte y sobre todo de las partes es muy distinta según que se trate de una cláusula compromisoria o de un tratado de solución de conflictos. En efecto, la cláusula compromisoria sólo otorga una jurisdicción limitada a la “aplicación o interpretación” del tratado en cuestión, lo que lleva sistemáticamente a la parte a decir que la causa petendi no es una cuestión de “aplicación o interpretación” del tratado. Sobre esto, COLLIER JOHN y LOWE VAUGHAN, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 137-138.

demandado una vez iniciado el procedimiento, por ejemplo: si no propone excepciones preliminares y presenta una contramemoria<sup>6</sup>.

La a) y la b) están previstas por el artículo 36. 1. del Estatuto de la Corte, mientras que el c) está previsto por el artículo 36. 2. del mismo Estatuto<sup>7</sup>.

Cuando el Estado demandado objeta la jurisdicción o la competencia de la Corte, o que la demanda del Estado actor sufre de un defecto, opondrá entonces excepciones preliminares con lo cual se busca ponerle fin a la instancia, sin que la Corte se pronuncie sobre el fondo del asunto. Según la definición del presidente BASDEVANT, la excepción preliminar es:

“un medio invocado durante la primera fase de la instancia y tendiente a obtener que el tribunal decida una cuestión previa antes de abordar el examen del fondo del asunto, cuyo objetivo más común es obtener que no se pase al examen de fondo”<sup>8</sup>.

Según otro gran internacionalista, juez de la CPIJ,

“una excepción preliminar es una excepción cuya finalidad y efecto es de impedir el proceso ante la Corte sin prejuzgar la cuestión de saber si el derecho reclamado por el demandante existe o no”<sup>9</sup>.

---

6 AGUILAR MAWDSLEY ANDRÉS, “La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia a la luz de la jurisprudencia de este alto tribunal”, en *Liber Amicorum Jiménez de Arechaga*, t. III, págs. 1120-1122. En estos casos, la demanda es interpretada como una invitación o una propuesta de la parte actora al Estado demandado a conferirle jurisdicción a la Corte.

7 Sobre la jurisdicción de la Corte y los medios por los cuales los estados consienten a ella véanse, HAMBRO EDUARD, “The Jurisdiction of the International Court of Justice”, *RCADI*, vol. 76, 1950/I, págs. 121-215, ROSENNE SHABTAI, *El Tribunal Internacional de Justicia*, Instituto de estudios políticos de Madrid, Madrid, 1967, págs. 111-150. ACOSTA ESTÉVEZ JOSÉ, *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 77-132.

8 Basdevant J., *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, pág. 273.

9 ANZILOTTI D., *opinion dissidente*, CPIJ, Serie A/B, n° 77, pág. 95.





excepciones preliminares distintas a las excepciones de incompetencia<sup>11</sup> y la jurisprudencia de la CIJ consagró tempranamente en su jurisprudencia la distinción entre excepciones de incompetencia y excepciones de inadmisibilidad<sup>12</sup>. El interés de esta distinción no es solamente teórico y en particular en el asunto que nos ocupa pues los efectos jurídicos según que la Corte admita una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad difieren. Ahora, independientemente de su validez jurídica, las excepciones preliminares tienen un papel importantísimo en materia de táctica judicial en la práctica de los estados. Esto implica, por lo tanto, que muchas veces la presentación de excepciones preliminares es una maniobra de estrategia judicial y un útil instrumento diplomático para la solución de conflictos. En otras palabras, puede ser que las excepciones preliminares sean absurdas e infundadas desde un punto de vista estrictamente jurídico. Pero, desde una perspectiva global y más política que jurídica, las excepciones preliminares pueden resultar invaluable. En efecto, los gobiernos no se preocupan mucho de los riesgos judiciales de su causa hasta que la Corte admite su competencia y es usual que, una vez afirmada la competencia de la Corte, el Estado demandado promueva y ofrezca una solución diplomática.

#### PRIMERA PARTE. LAS EXCEPCIONES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

La solicitud nicaragüense indica dos títulos de competencia. Por una parte, y como título principal, el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Subsidiariamente, se invocan las declaraciones de

---

11 *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *CPJ Série A/B*, n° 76, pág. 16.

12 *Ambiatelos (Grèce c. Royaume-Uni)*, compétence et recevabilité, *CIJ Recueil* 1953, pág. 10; *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, compétence et recevabilité, *CIJ Recueil* 1953, pág. 111; *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1959, pág. 6; *Barcelona Traction Lighting Power Co. (Belgique c. Espagne)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1962, pág. 6.

aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de Nicaragua y de Colombia. Dado el revuelo que causó la maniobra diplomática colombiana del 5 de diciembre de 2001 y la confianza que se ha querido dar al público general sobre la utilidad de dicha maniobra, hemos querido estudiarla en primer lugar. Estudiaremos luego el Pacto de Bogotá como título de competencia. Es nuestra opinión que la competencia de la Corte para conocer de la instancia instaurada por Nicaragua es innegable.

TÍTULO PRIMERO. EL RETIRO DE LA ACEPTACIÓN UNILATERAL DE COMPETENCIA DEL 5 DE DICIEMBRE DEL 2001: ¿“GOLPE MAESTRO” DE LA DIPLOMACIA COLOMBIANA?

Lo que fue elogiado por la prensa y por algunos “expertos” fue en realidad un acto inútil que no afecta en lo más mínimo la competencia de la Corte y que lejos de corresponder a un comportamiento diligente y hábil del canciller y del Palacio de San Carlos, deja al desnudo la precipitación y la improvisación de dicho ministerio. Algunos, a los que nos unimos, no dudan incluso en tildarla de abusiva y de mala fe. A la luz de la jurisprudencia de la Corte, nos parece que para el momento en que Nicaragua accedió a la Corte, la denuncia de la cláusula opcional por Colombia no había surtido efectos.

SECCIÓN PRIMERA. LA CLÁUSULA OPCIONAL O LA DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LA CORTE

La “cláusula opcional” fue creada, en los tiempos de la Sociedad de las Naciones y de su órgano judicial, la Corte Permanente de Justicia, como una alternativa a la jurisdicción obligatoria, la cual fue finalmente rechazada<sup>13</sup>. Su característica principal es que los

---

13 HAMBRO EDUARD, *op. cit. supra.*, pág. 135.

estados que hayan hecho dicha declaración pueden acceder unilateralmente a la Corte sin un acuerdo previo específico al diferendo, claro está, en tanto el Estado demandado haya igualmente hecho una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Jurídicamente, se trata de un acto unilateral sometido a un régimen particular. Actualmente, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas está codificando los actos unilaterales de los estados y ha calificado la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte como un acto unilateral que constituye el ejercicio de una competencia o facultad jurídica atribuida por un tratado, a saber la Carta de las Naciones Unidas y en específico el Estatuto de la Corte<sup>14</sup>. Sin embargo, a pesar de tratarse de un acto unilateral, genera relaciones convencionales con los demás estados que han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte en igual forma. La atribución de dicha jurisdicción “obligatoria”, es sin embargo facultativa. Como lo indicó la CIJ en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua,

“Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte son compromisos facultativos, de carácter unilateral, que los estados pueden libremente suscribir o no. El Estado es libre, además, de emitir una declaración sin condiciones y sin límites temporales, o introducir condiciones o reservas. Puede en particular limitar los efectos de los diferendos que sobrevengan después de una fecha determinada, o especificar por cuánto tiempo la declaración estará en vigor o el preaviso que eventualmente deberá darse para terminarla...”<sup>15</sup>.

Como lo explica la Corte en el *asunto sobre la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, el Estado que acepta la

---

14 Como tal, la CDI opina que la declaración prevista por el artículo 36. 2. del Estatuto de la Corte no debe entrar en la codificación de los actos unilaterales, CDI, Rapport de la Commission du droit international. Cinquantième session, Doc. A/53/10, pág. 105, par. 135.

15 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, jurisdiction and admissibility, *ICJ Reports* 1984, pág. 418, par. 59.

jurisdicción obligatoria de la Corte, acepta dicha jurisdicción con relación a todos los demás estados que hayan suscrito anteriormente la misma cláusula. Respecto a los estados que no han hecho dicha declaración, la aceptación debe ser vista como una oferta permanente entre el declarante y los demás estados parte del Estatuto de la Corte. El día en que uno de estos estados deposita su declaración de aceptación, el vínculo convencional entre ellos se perfecciona sin ninguna otra condición<sup>16</sup>.

Sin embargo, para que el Estado requirente pueda invocar la declaración de aceptación del Estado demandado como título de competencia de la Corte, debe el primer Estado demostrar que ambos han aceptado “la misma obligación” en el sentido del artículo 36. 2. del Estatuto de la Corte, como lo afirma la Corte en otro caso<sup>17</sup>. Esto se debe al principio de reciprocidad, el cual es inherente a la cláusula opcional. En efecto, el acceso a la Corte a través de una solicitud (*requête, application*), no está abierta a todos los estados de pleno derecho y de la misma manera ya que sólo puede ser utilizada por los estados parte al Estatuto, en la medida en que haya sido previamente establecido por las declaraciones de los estados parte a la instancia<sup>18</sup>. Como lo indicó la Corte en el *asunto sobre los préstamos noruegos*, la competencia de la Corte depende del respeto al principio de reciprocidad:

“como se trata de dos declaraciones unilaterales, esta competencia le es conferida únicamente en la medida en que coinciden para conferírsela”<sup>19</sup>,

---

16 *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1998, pág. 274, par. 25.

17 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, jurisdiction and admissibility, *ICJ Reports* 1984, pág. 398, par. 14.

18 *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1953, pág. 122.

19 *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1957, pág. 23.

por lo que Noruega tenía derecho, en virtud del principio de reciprocidad, a invocar la reserva contenida en la declaración del demandante (Francia), que excluía de la jurisdicción de la Corte los diferendos relativos a cuestiones que hicieran parte del ámbito interno o “dominio reservado del Estado”. Así,

“la comparación de las dos declaraciones muestra que la declaración francesa acepta la jurisdicción de la Corte en límites más estrechos que la declaración noruega, por lo tanto, la voluntad común de las partes, base de la competencia de la Corte, existe en esos límites más estrechos indicados por la reserva francesa”<sup>20</sup>.

Por otra parte, según se desprende de la jurisprudencia de la CPII, así las limitaciones y reservas invocadas por una parte no estén contenidas en su propia declaración, el principio de reciprocidad inscrito en el artículo 36. 2. del Estatuto, le otorga a dicho Estado la facultad de beneficiarse de dichas limitaciones y reservas en contra del Estado autor de las mismas<sup>21</sup>.

Finalmente, el parágrafo 2 del mismo artículo 36 se refiere a las materias sobre las que recae la jurisdicción obligatoria de la Corte, las cuales pueden ser limitadas o por el contrario, extendidas por el propio Estado interesado en su declaración mediante reservas. Se trata de: la interpretación de un tratado, cualquier cuestión de derecho internacional, la existencia de los hechos ilícitos susceptibles de acarrear la responsabilidad internacional del Estado, la naturaleza y extensión de las reparaciones que ha de hacerse por la violación de una obligación internacional.

---

20 Ídem.

21 *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires, CPII Série A/B, n° 77, pág. 81.*

SECCIÓN SEGUNDA. UNA MANIOBRA INÚTIL E INGENUA A LA LUZ  
DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

Quienquiera lea la demanda de Nicaragua (*requête introductive d'instance* o *application instituting proceeding*) notara que:

“La República de Nicaragua tiene el honor de someter un diferendo a la Corte de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 36 y el artículo 40 de su Estatuto, así que el artículo 38 de su Reglamento interno... De conformidad al parágrafo 1 del artículo 36 de su Estatuto, la Corte es competente en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá. La República de Nicaragua y la República de Colombia son ambas parte de este pacto, la primera no habiendo formulado reservas pertinentes al caso, y la segunda no habiendo emitido ninguna”<sup>22</sup>.

No cabe pues duda de que el título principal de competencia es el Pacto de Bogotá del 30 de abril de 1948 o Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas, y no la cláusula de jurisdicción obligatoria de la Corte prevista en el artículo 36. 2. del Estatuto de la CIJ, la cual sólo es invocada como un título secundario o subsidiario de competencia. Poco o nada importa que Colombia haya retirado su aceptación unilateral de competencia. Sin embargo, sería un ridículo imperdonable de parte de la Cancillería el no haber tomado en cuenta este carácter subsidiario de la cláusula facultativa como título de competencia. Sin embargo, según la declaración del canciller del 15 de diciembre del 2001 la Corte no tendría competencia a causa del retiro de la declaración colombiana de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de 1937. Trataremos pues de encontrar algunas razones para explicar la posición colombiana. Tanta confianza reposa, a nuestro sentir, en el propio texto del artículo invocado por Nicaragua como título de competencia de la CIJ. En efecto, según dicho artículo:

---

22 *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, Requête de la République du Nicaragua, 6 décembre 2001, par. 1. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cnicol/cnicolorder/cnicol-capplication-20011206.html>.

“De conformidad con el inciso 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un tratado;
- b) Cualquier cuestión de derecho internacional.
- c) La existencia de todo hecho, que, si fuere establecido constituiría la violación de una obligación internacional.
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

A la luz de su propio articulado, esta disposición parece realizar un reenvío a la cláusula de jurisdicción obligatoria prevista por el artículo 36. 2. del Estatuto de la CIJ y no al artículo 36. 1. del mismo. Por lo tanto, el día en que Nicaragua instaura su demanda, ya Colombia no podía ser demandada, tanto con base en el artículo 36. 2. del Estatuto, como en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948, el cual dependería, a causa del reenvío en cuestión, de la existencia de la aceptación unilateral de competencia para ser operativo. En otras palabras, la aplicación del artículo XXXI como título de competencia estaría condicionada a la existencia de una declaración unilateral de aceptación entre las dos partes del Pacto de Bogotá de 1948.

Parte de la doctrina latinoamericana sostuvo esta posición durante mucho tiempo. Sin embargo, la propia CIJ, en su decisión sobre las excepciones preliminares en el *asunto sobre las acciones militares fronterizas (Nicaragua c. Honduras)* de 1988, rechazó con vehemencia dicha posición. En dicha ocasión, Nicaragua había iniciado una instancia internacional en contra de Honduras por medio de una solicitud (*requête* o *application*) con base en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. En otras palabras, la situación era idéntica a la que se presenta hoy en día en el *asunto sobre el*



*diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*. Según Honduras, la Corte era incompetente a la luz del artículo XXXI del Pacto de Bogotá pues este artículo tan sólo prevé una obligación para los estados parte de suscribir una declaración unilateral de aceptación de la Corte y que por ende, las reservas que Honduras introdujo a la aceptación unilateral en 1986 limitan, automáticamente, la competencia que el artículo XXXI prevé para la Corte<sup>23</sup>. Es decir, la competencia de la Corte en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá estaría condicionada a la existencia de una declaración de aceptación de la jurisdicción, obligatoria de la Corte. Toda modificación o retiro de dicha declaración, en tanto sean válidos, modifican o suprimen igualmente el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. La Corte desestimó dicha interpretación por unanimidad, lo cual no es común en la jurisprudencia de la Corte:

“La primera interpretación avanzada por Nicaragua, según la cual el artículo XXXI debe ser completado por una declaración, es incompatible con los propios términos de este artículo. En efecto, según este texto, las partes “declaran que reconocen como obligatoria de pleno derecho” la jurisdicción de la Corte en los casos que menciona. El artículo XXXI no subordina este reconocimiento a una nueva declaración ...de conformidad a los párrafos 2 y 4 del artículo 36 del Estatuto. Redactado en el presente indicativo, comporta por sí mismo un reconocimiento a la competencia de la Corte.

Pasando a la segunda interpretación propuesta por Honduras, la Corte observa que ... Este artículo ha sido visto como una disposición convencional otorgándole competencia a la Corte de conformidad al párrafo 1 del artículo

---

23 “Selon l’interprétation la plus littérale et par conséquent la plus simple des dispositions du pacte, son article XXXI, en établissant la juridiction obligatoire de la Cour, impose en même temps à chacune des parties de souscrire en outre une déclaration unilatérale d’acceptation de la juridiction suivant les dispositions de l’article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour auquel l’article XXXI du pacte fait expressément référence. Les réserves jointes à de telles déclarations, comme dans le cas de l’Honduras en date du 22 mai 1986, s’appliquent par conséquent tant dans le cadre de la mise en application de l’article XXXI que sur la base exclusive de la déclaration hondurienne”, *Affaire relative à des actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1988, pág. 82, par. 29.

36 del Estatuto, ya sea como una declaración colectiva de aceptación de la jurisdicción obligatoria realizada en virtud del párrafo 2 del mismo artículo.

...

No es necesario entrar en este debate. En efecto, incluso si... vemos este artículo como una declaración colectiva de la aceptación de la jurisdicción obligatoria hecha de conformidad al párrafo 2 del artículo 36, debe constatarse que esta declaración ha sido incorporada al pacto de Bogotá, en tanto que artículo XXXI. Por ende sólo podría ser modificado según las reglas del propio pacto. Sin embargo, el artículo XXXI no prevé en ningún momento que la obligación (*engagement*) adquirida por los estados parte pueda ser modificado (*amendé, amended*) a través de una declaración unilateral hecha ulteriormente en aplicación del Estatuto y la mención del párrafo 2 del artículo 36 no es suficiente en sí mismo para producir tal efecto.

...

Resulta del conjunto de estas disposiciones que el compromiso (*engagement*) previsto en el artículo XXXI sólo puede ser limitado por reservas al propio pacto. Constituye un compromiso (*engagement*) autónomo e independiente de todo otro compromiso (*engagement*) que las partes hayan podido o puedan tomar al remitir... una declaración de aceptación unilateral de la jurisdicción obligatoria de la Corte de conformidad a los párrafos 2 y 4 del artículo 36 del Estatuto. No sólo el artículo XXXI no necesita de dicha declaración, sino que además, una vez hecha, no tiene efecto alguno sobre el compromiso (*engagement*) que resulta de este artículo<sup>24</sup>.

En otras palabras, la realización, el depósito, la modificación y el retiro de la declaración unilateral de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte tienen por fuente el Estatuto de la CIJ y están regidos por dicho cuerpo normativo, mientras que la modificación o supresión de un dispositivo convencional (es decir, del artículo XXXI), está regido por el derecho de los tratados, según el cual es, en primer medida, el propio tratado el que determina cuando el tratado puede ser modificado o denunciado. Por el

---

24 Ibid., págs. 84, 85, par. 32, 33, 34, 36.

contrario, la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte es un acto unilateral sometido a un régimen especial, regulado por el Estatuto de la Corte y por el Reglamento de la Corte. Así, las reservas *ratione materiae* contenidas en una declaración de aceptación que excluyen ciertas materias de la jurisdicción obligatoria de la Corte no afectan la competencia sobre esas mismas materias que la Corte posee en virtud de una cláusula compromisoria. En otras palabras, se trata de dos fuentes distintas de derecho internacional, sometido al célebre *dictum* de la CIJ en el *asunto sobre las actividades militares en Nicaragua* sobre la autonomía de las fuentes del derecho internacional<sup>25</sup>. Por demás, se trata de un principio fundamental del derecho internacional como sistema jurídico que no se limita al artículo XXXI del Pacto de Bogotá. De hecho, la CPII había anticipado a la CIJ en el *asunto sobre la compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria*, en el que decidió que no se podían utilizar las cláusulas de un tratado de arbitraje para evadir los efectos de las declaraciones unilaterales de aceptación, sino que debían estudiarse las excepciones preliminares a la competencia de la Corte en virtud del tratado y de las declaraciones de forma individual, por lo que las excepciones preliminares respecto a la cláusula compromisoria o jurisdiccional no podían extenderse a las declaraciones de aceptación. Las excepciones deben ser presentadas individualmente respecto a uno y otro título de competencia. Dijo la predecesora de la CIJ:

“Al concluir el tratado de conciliación, de arbitraje y de arreglo judicial, Bélgica y Bulgaria quisieron adoptar un desarrollado sistema de obligaciones

---

25 “There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in questions are bound both on the level of treaty-law and that of customary international law, these norms retain a separate existence. This is so from the standpoint of their applicability...It will therefore be clear that customary international law continues to exist and to apply, separately from international treaty law, even where the two categories of law have identical content.”, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, págs. 95, 96, par. 178, 179.

recíprocas cuyo objeto es la solución pacífica de los diferendos que pudiesen presentarse entre ellos. Pero no podríamos pensar que, por eso mismo, hayan querido afectar las obligaciones que habían previamente asumido con una finalidad análoga; y ello, visiblemente, para todos los casos en los que sus obligaciones fuesen más amplias que las previstas por el tratado.

Se desprende de ello que, si en caso dado, un diferendo no podía ser presentado ante la Corte en virtud del tratado, pero podía serle sometido en virtud de las declaraciones por las cuales Bélgica y Bulgaria han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, en virtud del artículo 36 de su Estatuto, no podríamos aprovecharnos del tratado para impedir que dichas declaraciones produzcan sus efectos y que el diferendo sea así sometido a la Corte.

Es por ello que conviene examinar antes que nada si las objeciones que el gobierno búlgaro hace valer en contra de la competencia de la Corte, en virtud del tratado, están o no fundadas. En el caso en que lo estén, la Corte procederá al examen de las objeciones que ese gobierno hace valer en virtud de las declaraciones arriba mencionadas. Es únicamente en el caso en que estas objeciones sean unas como otras igualmente reconocidas como fundadas que la Corte rechazará el conocimiento del asunto”<sup>26</sup>.

En conclusión, la denuncia de la cláusula opcional fue una maniobra inútil en tanto no constituye el título de competencia sobre el que se apoya Nicaragua. Nicaragua invoca el artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948 el cual, según la jurisprudencia de la Corte es un título autónomo e independiente a las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Afirmar entonces que la maniobra del 5 de diciembre del 2001 destruyó la competencia de la Corte tan sólo puede fundarse en un manifiesto desconocimiento de la propia jurisprudencia de la Corte. Si la Cancillería hubiese sido diligente, habría debido, en primer lugar, seguir lo previsto en el artículo 56 del Pacto de Bogotá<sup>27</sup> y denunciar el pacto con doce meses de antelación. No

---

26 *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires, CPII Série A/B, n° 77, pág. 76.*

27 Según dicho artículo “El presente tratado regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus

faltaban motivos y oportunidades para denunciar el Pacto de Bogotá, puesto que Nicaragua había afirmado su intención de iniciar una instancia ante la CIJ contra Colombia desde diciembre 1999, unos días antes de instaurar una instancia en contra de Honduras, como fue ampliamente difundido por la prensa nicaragüense.

Colombia deberá entonces presentar dos series de excepciones preliminares. Unas contra la competencia de la Corte en virtud de las declaraciones de aceptación de Colombia y Nicaragua de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Otras contra el Pacto de Bogotá. Pero, en ningún caso, puede menoscabar la competencia que prevé el artículo XXXI del Pacto de Bogotá fundamentándose en las declaraciones de aceptación. Nicaragua, por el contrario, no sólo puede invocar estos dos títulos, sino que además la hipotética incompetencia de la Corte en virtud de las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de Colombia y Nicaragua, no afecta la competencia que tendría la Corte en virtud del Pacto de Bogotá y viceversa.

### SECCIÓN TERCERA. UNA MANIOBRA PELIGROSA QUE DEJA DE MANIFIESTO LA MALA FE DE COLOMBIA

Quedan por analizar los efectos del retiro de la declaración colombiana del 30 de octubre de 1937 por el canciller colombiano el día 5 de diciembre del 2001. Según dicha declaración:

“desde el momento de la presente notificación (Colombia) da por terminada la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte...”.

---

efectos para el denunciante, quedando subsistente para los demás signatarios. La denuncia será dirigida a la Unión Panamericana, que la transmitirá a las otras Partes Contratantes. La denuncia no tendrá efecto alguno sobre procedimientos pendientes iniciados antes de transmitidos el aviso respectivo”.

Según la Cancillería nicaragüense, dicho acto, aunque anterior a la presentación de la solicitud de Nicaragua, no produce efectos respecto a esta última por cuanto no le había sido notificada al momento de presentar la solicitud en cuestión. ¿La aceptación unilateral tomó fin desde el momento en que se entregó la declaración del 5 de diciembre o surte efectos después de la notificación como lo afirma Nicaragua? Para responder se debe acudir, en primer término, a la propia declaración colombiana de 1937. Según esta:

“La República de Colombia reconoce como obligatoria, *ipso facto* y sin acuerdo especial, bajo condición de reciprocidad, con relación a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte Permanente Internacional de Justicia de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto. La presente declaración se aplica a disputas que se lleven a cabo a hechos posteriores a enero 6 de 1932”<sup>28</sup>.

A la luz de las clasificaciones doctrinales, la declaración colombiana de 1937 hace parte de las declaraciones incondicionales que no contienen una estipulación sobre la terminación de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte y que han sido aceptadas por un tiempo indefinido. Se distingue así de las declaraciones que prevén un término, generalmente de 10 años y de las declaraciones que prevén la “terminación por notificación” (*terminable on notice*)<sup>29</sup>. ¿Puede entonces Colombia denunciar su aceptación y darla por terminada por su sola notificación o entrega al secretario general de la ONU a pesar de no haberse reservado ese derecho?

Es previsible que Nicaragua presente dos objeciones:

---

28 Texto en CAICEDO PERDOMO JOSÉ JOAQUÍN y GARZÓN DÍAZ JORGE DARÍO, *Textos y documentos de derecho internacional general*, t. I, Editorial Margabby, Bogotá, 1991, pág. 46.

29 MERRILS J.G., “*The Optional Clause Today*”, *B.Y.I.L.*, vol. L, 1979, págs. 91-94. ODA SHIGERU, “*The International Court of Justice*”, *RCADI*, Tome 244, 1993/VII, págs. 42-43.

1. La denuncia surte efectos después de la notificación que le sea hecha a través del secretario general de las Naciones Unidas. Por cuanto la denuncia del 5 de diciembre no le había sido notificada el 6 de diciembre, día en el que presentó su solicitud ante la CIJ, según se desprende de la jurisprudencia<sup>30</sup>, la Corte adquirió competencia ese mismo día, así los efectos de la denuncia colombiana se den una vez iniciada la instancia ante la Corte.

Esta objeción no tiene sin embargo muchas posibilidades de éxito por cuanto recientemente, la Corte ha afirmado que la declaración produce efectos desde el momento en que es depositada ante el secretario general, sin que sea necesario informar o notificar a los demás estados. En efecto, en el *asunto sobre la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, Nigeria presentó una excepción preliminar alegando que no había tenido la oportunidad de conocer y que de hecho no conocía —el día en que fue introducida la solicitud camerunesa— la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, la cual había sido depositada 11 meses y medio atrás. Consideraba por lo tanto que se trataba de una “acción prematura”, contraria al principio de la buena fe y un abuso de derecho. En este sentido, la Corte ha dicho que el nexo jurisdiccional se establece inmediatamente,

---

30 Es en efecto un principio básico que cuando la modificación o denuncia de la aceptación de jurisdicción obligatoria de la Corte surte efectos después de la presentación de la solicitud, la jurisdicción de la Corte no se ve afectada pues ésta se determina en el momento en que el demandante tiene acceso a la Corte. La competencia de la Corte en virtud de las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria debe analizarse según la vigencia de las declaraciones en el momento en que el Estado demandante deposite su solicitud. *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1953, pág. 122. En otra sentencia de la Corte se puede leer: “c’est une règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé par la Cour, qu’une fois la Cour valablement saisie d’un différend, l’action unilatérale de l’Etat défendeur, dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour”, *Droit de passage sur territoire indien*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1957, pág. 142.

pudiendo el Estado declarante presentar una solicitud el mismo día en que acepta la jurisdicción obligatoria de la Corte<sup>31</sup>. Para llegar a dicha conclusión, la Corte se apoyó en su decisión del *asunto sobre el derecho de paso en territorio indio*, cuando había afirmado que:

“el efecto jurídico de la declaración no depende de la acción o falta de acción ulterior del secretario general. Además ...el artículo 36 no enuncia ningún requisito suplementario, como por ejemplo que la comunicación del secretario general haya sido recibida por las Partes del Estatuto, o que un intervalo deba transcurrir después del depósito de la declaración, antes de que ésta tome efecto”<sup>32</sup>.

Sin embargo, conciente de este precedente, Nigeria alegó que la solución de 1957 debía ser revista a la luz del artículo 78 c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados que consagra que un Estado parte se considerará notificado de la comunicación de otro Estado parte desde que ésta le haya sido comunicada por el depositario del tratado en cuestión. La Corte, tomando en cuenta que el régimen de las declaraciones de aceptación estaban sometidas a un régimen propio y distinto al del régimen de los tratados, afirmó que el derecho de los tratados sólo era aplicable por analogía y que el artículo invocado tenía un alcance limitado al tratar únicamente las condiciones necesarias para que un Estado otorgue su consentimiento<sup>33</sup>.

Estos precedentes son un tanto diferentes a la situación de Colombia, por cuanto en dichos casos la aceptación del Estado demandante que no había sido notificada al Estado demandado y

---

31 *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1998, pág. 275, par. 25.

32 *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1957, pág. 146.

33 *Op. cit. supra.*, págs. 276-277, par. 30-31.



además las declaraciones habían sido hechas con meses de anterioridad a la presentación de la solicitud. Por el contrario, en el presente diferendo, es Colombia que, anticipándose a una demanda en su contra, retira con menos de 24 horas su aceptación, denunciando así la jurisdicción obligatoria de la Corte.

2. Nicaragua puede alegar que sólo puede denunciarse la jurisdicción obligatoria de la Corte si el Estado en cuestión se ha reservado dicho derecho en la propia declaración que se denuncia, lo cual no ocurre tratándose de aceptaciones indefinidas como la que hizo Colombia en 1937.

Se trata de un argumento que ya fue utilizado por Nicaragua en 1984 contra los Estados Unidos. En el *asunto sobre las actividades militares en Nicaragua*, los Estados Unidos afirmaban que habían denunciado su declaración de 1927 mediante una declaración enviada al secretario general 3 días antes de la presentación de la solicitud en su contra, a pesar de que su propia declaración preveía un término de 6 meses de preaviso para que la denuncia fuese efectiva. Nicaragua contestó que la notificación de 1984 carecía de efectos pues el derecho internacional no prevé ninguna posibilidad de denunciar unilateralmente las declaraciones hechas en virtud del artículo 36. 2, si dicho derecho no ha sido expresamente reservado. Según Nicaragua, las declaraciones hechas en virtud del artículo 36. 2. no son todas denunciabiles. Por el contrario las declaraciones que no prevén una cláusula de denuncia o un término —es decir las indefinidas o incondicionales— están indefinidamente en vigor. Para los Estados Unidos, los estados tienen un derecho soberano a presentar, modificar y terminar la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Se trata de un derecho “inherente” y “extraestatutario”, que depende únicamente de la voluntad del Estado en cuestión. De esta forma, las declaraciones indeterminadas, como la de Colombia y Nicaragua, que tienen una duración indefinida, “son denunciabiles sin preaviso”, para lo cual los Estados Unidos

invocaron el principio de reciprocidad, esperando así beneficiar de la denuncia sin preaviso de la declaración nicaragüense.

Las explicaciones dadas por la Corte sobre la terminación de las declaraciones indeterminadas son de gran interés para el caso que nos ocupa. En un primer tiempo, la Corte estableció que las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, aunque unilaterales y facultativas, están sometidas a ciertas restricciones. Por una parte,

“el carácter unilateral de las declaraciones no implica que los estados sean libres de modificar a su gusto la extensión y el tenor de sus compromisos solemnes”<sup>34</sup>,

y como todo acto unilateral, la declaración está sometida al principio de buena fe y al principio *pacta sunt servanda*—sólo que tratándose de actos unilaterales se habla de *pmissio sunt servada*—. Por otra parte, a pesar de lo que algunos han sostenido, la Corte afirmó que la reciprocidad sólo opera sobre la extensión y contenido de los compromisos,

“y no sobre las condiciones formales relativas a su creación, duración o denuncia”<sup>35</sup>,

las cuales están reguladas por el Estatuto de la Corte y por los principios de derecho internacional. En todo caso,

“es claro que la reciprocidad no puede ser invocada por un Estado para irrespetar los términos de su propia declaración, sea cual sea su ámbito de aplicación, límites o condiciones... La vigencia de la declaración de los Estados Unidos durante los seis meses de preaviso es un compromiso positivo. Es claro que Estados Unidos no puede invocar la reciprocidad...

---

34 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, jurisdiction and admissibility, *ICJ Reports* 1984, pág. 418, par. 59.

35 *Ibíd.*, pág. 419, par. 62.

Es al contrario Nicaragua quien puede oponerles la cláusula de preaviso de seis meses —no a causa de la reciprocidad, sino porque constituye un compromiso que hace parte integrante del instrumento en el que figura”<sup>36</sup>.

Finalmente, y es la parte que más nos interesa,

“Además, puesto que los Estados Unidos entendían, el 6 de abril de 1984, modificar su declaración de 1946 con un efecto suficientemente inmediato para obstaculizar la solicitud del 9 de abril de 1984, se necesitaría, para invocar la reciprocidad, que la declaración nicaragüense fuese denunciabile sin preaviso. Sin embargo el derecho de ponerle fin inmediatamente a las declaraciones de duración indeterminada está lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe obliga a aplicar por analogía el trato previsto por el derecho de los tratados, que prescribe un término razonable para el retiro o la denuncia de un tratado que no prevé cláusula de duración. Puesto que Nicaragua no ha manifestado ninguna intención de retirar su propia declaración el punto sobre el término razonable que debería ser respetado no ha de ser profundizado: basta observar que el lapso de tiempo del 6 al 9 de abril no constituye un “término razonable”<sup>37</sup>.

Por ende, incluso si la denuncia no ha de ser notificada para surtir efectos, ello sólo es cierto en la medida en que Colombia hubiese tenido el derecho a denunciar su aceptación indeterminada, lo cual ha sido refutado por la Corte, sobre todo cuando no hay un “término razonable” entre la denuncia y la presentación de la solicitud que se trata justamente de evitar. Ahora, si según la Corte tres días no son un término razonable, ello es aún más cierto cuando dicho término no es ni siquiera de 24 horas. Es pues posible que la denuncia realizada por Colombia el 5 de diciembre de 2001 no surta efectos y deje una imagen dañina de Colombia para el resto del proceso pues no olvidemos que la Cancillería y los autores colombianos han duramente criticado la mala fe de Nicaragua. Pero el problema es que la mala fe de Colombia se hace evidente *in limine litis* y *ab initio*, lo que repito es muy peligroso para un

---

36 Ídem.

37 *Ibíd.*, págs. 419-420, par. 63.

Estado que clama su buena fe en el manejo del diferendo territorial y marítimo, en oposición a la mala fe que atribuye a su contraparte.

En conclusión, por sí mismo, la denuncia de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte realizada el 5 de diciembre del 2001 no afecta la competencia de la Corte. Será tan sólo en la medida en que la cláusula compromisoria contenida en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá sea deficiente.

## TÍTULO SEGUNDO. EL PACTO DE BOGOTÁ COMO TÍTULO DE COMPETENCIA

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o “Pacto de Bogotá” es el título principal de competencia invocado por Nicaragua, en particular la cláusula compromisoria o jurisdiccional prevista en el artículo XXXI. De conformidad con la indivisibilidad de los tratados y las reglas consuetudinarias en materia de interpretación de los tratados, el título de competencia previsto en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá debe ser analizado junto a los demás artículos del tratado en cuestión. En particular, cabe resaltar el artículo VI que contiene una restricción *ratione materiae* a los mecanismos de resolución de conflictos previstos por el pacto y por ende, el recurso a la CIJ. Según dicho artículo:

“tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto”.

En otras palabras, la CIJ deberá declinar su competencia cuando la acción de un Estado parte tenga por *petitum* un diferendo que ha dado lugar a un arreglo<sup>38</sup>. La propia Corte reconoció, en el *asunto relativo a las acciones militares fronterizas*, que:

---

38 GÓMEZ ROBLEDO ALONSO, “Le Traité américain de règlement pacifique et la Cour internationale de justice”, *AFDI* Tome XLI, 1995, pág. 373. LOZANO SIMONELLI ALBERTO, *op. cit. supra.*, pág. 341.

“ciertas disposiciones del tratado restringen por otra parte la extensión del compromiso (*engagement*) asumido”<sup>39</sup>,

entre las cuales se encuentra el artículo VI que acabamos de citar.

He aquí un argumento de peso que debería ser utilizado por los abogados colombianos y que pone en duda la competencia de la Corte. Según algunos, lo que ocurre es que no existe diferendo entre Colombia y Nicaragua, por lo que no solamente la Corte sería incompetente, sino que incluso no podría ejercer su jurisdicción, es decir, sus facultades judiciales internacionales.

Sin embargo, dicho argumento es fácilmente reversible y dependerá de la habilidad de la defensa colombiana el contrarrestar lo que, a nuestros ojos, sería la respuesta evidente del *pool* nicaragüense. Lo que es evidente es que sí existe un diferendo entre Nicaragua y Colombia.

SECCIÓN PRIMERA. EL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS COMO TRATADO QUE SOLUCIONÓ EL DIFERENDO TERRITORIAL COLOMBO-NICARAGÜENSE EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO VI DEL PACTO DE BOGOTÁ

Por cuanto el objeto del litigio ha dado lugar a un arreglo, contenido en el Tratado colombonicaragüense de 1928 y que por ende no existía diferendo sobre la soberanía en el archipiélago de San Andrés en la fecha de celebración del Pacto de Bogotá, es decir el 30 de abril de 1948, la cláusula convencional contenida en el pacto resulta inaplicable. El preámbulo del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, que en derecho internacional indica la intención de las partes, prevé que:

“la República de Nicaragua y la República de Colombia, deseosos de poner término al litigio entre ellos”.

---

39 *Acitivites militaires transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, *CIJ Recueil* 1988, págs. 84-85, par. 35.

Cuando Colombia y Nicaragua ratificaron el Pacto de Bogotá, el Tratado colombonicaragüense de 1928 había terminado con el diferendo territorial objeto de la demanda instaurada por Nicaragua ante la CIJ el 6 de diciembre del 2001<sup>40</sup>.

Ello es aún más claro por cuanto Nicaragua emitió una reserva con el fin de evitar los efectos del artículo VI del Pacto de Bogotá respecto a su diferendo territorial con Honduras el cual daría lugar a un fallo de la CIJ en 1960. ¿Por qué entonces no hizo lo mismo respecto a Colombia? La pasividad de Nicaragua, en contraste con su vigilancia respecto a su diferendo con Honduras, lleva a cualquier observador de buena fe a concluir que para Nicaragua, el diferendo territorial respecto a San Andrés estaba ya solucionado. Como veremos, esto daría lugar a una excepción de inadmisibilidad: la aquiescencia de Nicaragua de la solución del diferendo territorial hace que la acción de justicia instaurada esté precluida (*forclose*), en particular a causa de la tardía oposición al Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS.

Por otra parte, según la Cancillería colombiana, el Acta de canje de ratificaciones según el cual:

“el archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich”,

consagra igualmente la determinación de la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua, de tal manera que todo el diferendo relativo

---

40 Es nuestra opinión que el laudo arbitral del presidente ETIENNE LOUBET del 11 de septiembre 1900 que reconoce la soberanía de Colombia sobre San Andrés, Providencia, Santa Catalina y otras islas, no podría ser invocado en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá, ya que se trata de una *res inter alios acta* para Nicaragua y, ante este Estado, dicho laudo no tiene fuerza *res judicata*. En efecto, dicho arbitraje tuvo lugar entre Colombia y Costa Rica. Ahora, como lo veremos, sin duda la decisión que tome la CIJ en este asunto afecte los intereses costarricenses sin afectar la competencia de la Corte, aunque legitimando la intervención de dicho Estado como tercero.

a San Andrés y Providencia habría recibido una solución definitiva a través del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS<sup>41</sup>.

En otras palabras, la excepción preliminar sería que Nicaragua renunció a la jurisdicción de la Corte, pues al haber ratificado el Pacto de Bogotá sin reservas sobre el tratado con Colombia, acepto la validez del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, haciendo plenamente operativa la restricción a la jurisdicción de la Corte prevista en el artículo VI del pacto. Para ser más exactos la excepción preliminar sería que el diferendo está extinto en virtud de dicho artículo y que Nicaragua no puede presentar de nuevo las pretensiones respecto al diferendo territorial y marítimo con Colombia.

#### SECCIÓN SEGUNDA. UNA EXCEPCIÓN PRELIMINAR FÁCILMENTE REFUTABLE

Hay extinción de un diferendo, cuando toman fin los comportamientos de las partes (pretensiones, protestas, contestaciones) que dieron origen al diferendo. El abandono, ya sea de las pretensiones, de las protestas o de las contestaciones equivale a un desistimiento. Estas actitudes pueden inferirse de la abstención, más o menos prolongada, de las reclamaciones por una de las partes<sup>42</sup>. Ahora, según la tesis colombiana, tanto por la conclusión del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, como por su conducta ulterior, Nicaragua desistió las reclamaciones que son hoy en día sus pretensiones. Pero, para que un laudo arbitral, una decisión

---

41 VÁSQUEZ CARRIZOSA ALFREDO, *Quitasueño, Roncador y Serranía*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bogotá, 1974, págs. 83-84. En el mismo sentido, GAVIRIA LIÉVANO ENRIQUE, *La plataforma continental colombiana y el nuevo derecho del mar*, Temis, Bogotá, 1986, pág. 95. Sin embargo, se limita a reproducir los argumentos oficiales del canciller VÁSQUEZ CARRIZOSA.

42 Sobre la extinción de los diferendos véase DE VISSCHER CHARLES, *Aspects récents du droit procédurale de la Cour internationale de justice*, Editions A. Pedone, Paris, 1966, págs. 51-56.

internacional o un tratado pongan fin a un diferendo, el acto internacional en cuestión debe cubrir “la totalidad de los aspectos del contencioso”<sup>43</sup>. La eliminación parcial del diferendo no equivale a su terminación. Para determinar si el diferendo fue totalmente extinguido o sólo parcialmente, deben tomarse en cuenta los hechos generadores del diferendo y la naturaleza de la demanda nicaragüense. Por otra parte, para que un tratado pueda ponerle fin a un diferendo, es decir, para que surta efectos, dicho negocio internacional debe ser válido. Es evidente que Nicaragua alegará que un tratado absolutamente nulo no surte efectos y por ende no extinguió el diferendo territorial y que en todo caso no se trata de una excepción exclusivamente preliminar.

PRIMERO, LA ACCIÓN INSTAURADA EL 6 DE DICIEMBRE DEL 2001  
CONTRA COLOMBIA NO RECAE SOBRE EL MISMO DIFERENDO QUE DIO  
LUGAR A LA CONCLUSIÓN DEL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS

A) EL *PETITUM* DE LA ACCIÓN NICARAGÜENSE

Según el artículo 38. 2. del Reglamento de la CII, el Estado demandante deberá indicar en su solicitud de introducción de instancia “la naturaleza precisa de la demanda”<sup>44</sup>. Para determinar la naturaleza de la demanda debe leerse la solicitud de Nicaragua y el nombre oficial que el registro de la Corte le ha dado. En efecto,

---

43 Ibid., pág. 52.

44 “*La requête indique autant que possible les moyens de droits sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour; elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose*”. “*The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and ground on which the claim is based*”, *Règlement de la Cour adopté de 14 avril 1978. Rules of the Court adopted on 14 April 1978*, pág. 119.



cada caso recibe un nombre, lo cual no sólo es una cuestión lingüística ya que determina el objeto mismo de la instancia. En la práctica, los estados usualmente se apoyan en el título del caso para infirmar la competencia de la Corte.

Según la solicitud de Nicaragua:

“este diferendo recae sobre un conjunto de cuestiones jurídicas conexas en materia de títulos territoriales y de delimitación marítima”<sup>45</sup>

y más específicamente:

- “la demanda de Nicaragua recae, en primer lugar, sobre los títulos de ciertas islas del Caribe occidental”<sup>46</sup>, a saber San Andrés, Providencia, los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana y Serranilla, los cuales hacían parte de la Federación de América Central según el *uti possidetis* de 1821.
- el diferendo territorial es necesario “en la medida en que constituye una premisa indispensable a una delimitación completa y definitiva de los espacios marítimos pertenecientes a Nicaragua, así como a toda delimitación a la cual podría proceder entre éstos y los espacios marítimos susceptibles de pertenecer a Colombia”<sup>47</sup>.
- las reparaciones debidas al enriquecimiento injusto proveniente de la posesión de Colombia, sin un título legítimo, así que de los obstáculos a los navíos nicaragüenses de pesca por la marina colombiana<sup>48</sup>.

---

45 *Requête de la République du Nicaragua*, 6 décembre 2001, par. 1.

46 *Ibid.*, par. 2.

47 *Ibid.*, par. 3.

48 *Ibid.*, par. 9.

Por otra parte, el título oficial asignado por la Corte es “diferendo territorial y marítimo” (*Différend territorial et maritime, Territorial and maritime dispute*).

Así, la instancia no se limita a la soberanía de Nicaragua sobre las islas y cayos en cuestión, es decir, no se trata tan sólo de un diferendo de atribución. Por el contrario, según la propia solicitud de Nicaragua, éste es un punto previo pero indispensable para la delimitación de los espacios marítimos. Nada impide, entonces, que la Corte reafirme la soberanía colombiana y que, sobre dicha base, realice la delimitación de los espacios marítimos. Entonces, es más que probable que la Corte, si sigue la excepción colombiana de incompetencia, declare tan sólo una incompetencia parcial, afirmando que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS solucionó el diferendo territorial, pero que el punto sobre la delimitación marítima sigue en suspenso. Por ende, la Corte se declararía, sin lugar a dudas, parcialmente competente.

Para evitar que la Corte delimite las áreas marítimas, Colombia debería probar que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS es un tratado de delimitación marítima, lo cual es sencillamente imposible. En este sentido, como lo anota la solicitud nicaragüense,

“el tratado de 1928, al que Nicaragua no reconoce validez, no era, de todas formas, un tratado de delimitación. Tenía por objeto un mutuo reconocimiento de soberanía sobre ciertos territorios continentales e insulares”<sup>49</sup>.

En dicha época la única zona marítima reconocida universalmente era el mar territorial, puesto que la zona contigua estaba aún en *statu nascendi*. Ni la zona económica exclusiva ni la plataforma continental existían en el derecho internacional. La Cancillería nicaragüense ha, con toda la razón, reafirmado este punto:

“En 1928, el mar territorial estaba situado a 3 millas marinas de las costas. Los territorios nicaragüenses de San Andrés y Providencia, situados

---

49 Ibid., par. 4.

aproximadamente a 105 y 123 millas marinas respectivamente del litoral Atlántico de Nicaragua se ubican en lo que, en esa época, constituía mar abierto (alta mar). Por consiguiente, no podía haber un tratado de delimitación en el mar abierto. La pretensión colombiana cae por su propio peso.

En todo caso, en ninguna parte del tratado se menciona la palabra “fronteras”. Por lo que es evidente que la intención jamás hubiese podido ser la de establecer las mismas.

En 1928, no existían los conceptos actuales de zona económica exclusiva ni de plataforma continental, por lo que Nicaragua no podía ceder derechos que no se conocían en aquella época (1928) y que fueron madurando en un proceso de varias décadas...

En síntesis, el Tratado BÁRCENAS MENESES-ESGUERRA, independientemente de la cuestión de su nulidad e invalidez, no puede constituir un tratado de límites. Era jurídica y materialmente imposible constituir un tratado de límites en aquella época”<sup>50</sup>.

Esta posición ya había sido además sostenida por Nicaragua en nota diplomática del 8 de septiembre de 1974, en pleno *boom* del derecho del mar:

“Nicaragua no puede aceptar el criterio sustentado por el ilustrado Gobierno de Colombia en el sentido que el meridiano 82 de Greenwich al que se refieren el decreto legislativo del 5 de abril de 1930 y el Acta de canje de ratificaciones del Tratado ESGUERRA MENESES-BÁRCENAS, fije la línea divisoria de las respectivas áreas o zonas marítimas...

De su contenido no se puede concluir que la zona situada al oriente de dicha línea pertenezca a Colombia en toda su extensión hacia el norte y hacia el sur, porque sus efectos son solamente determinar en forma restrictiva y limitativa hasta dónde llega el archipiélago por el rumbo occidental y no en otra dirección, puesto que constituye una simple *line of allocation*, que no separa territorios ni determina fronteras.

---

50 Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Nicaragua, *Consideraciones sobre un tratado entre terceros estados que pretende lesionar la soberanía de Nicaragua – Tratado de delimitación marítima en el mar Caribe entre Honduras y Colombia (LÓPEZ - RAMÍREZ)*, Managua, 10 de noviembre del 2002. <http://www.cancilleria.gob.ni/diferendo/index.html>.

Por otra parte, en la época en que se firmo el tratado... aún no se había reconocido la existencia de la plataforma continental. Por consiguiente, cualquier interpretación que se pudiera dar a sus disposiciones no sería suficiente para sostener que Nicaragua ha renunciado derechos que aún no se reconocían y que han venido fundamentándose por la evolución del derecho internacional<sup>51</sup>.

Nicaragua puede apoyarse en la jurisprudencia internacional para afirmar que un tratado de 1928 no puede, en ningún caso, ser un tratado de delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, a saber el laudo arbitral de 1989 *sobre la determinación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal*. En dicho caso se trataba de determinar si un tratado de 1960 determinaba o no la zona económica exclusiva. El tribunal arbitral, tras afirmar el principio del derecho intertemporal según el cual el tratado de 1960 debía ser interpretado según el derecho internacional del momento de su conclusión, constató que era materialmente imposible que dicho acuerdo haya tenido por objeto la delimitación de la zona económica exclusiva pues dicho espacio marítimo no existía en derecho internacional<sup>52</sup>, aunque admitió que hubiese podido delimitar el mar territorial, la zona contigua y la plataforma continental. Si ello es el caso tratándose de un tratado de 1960, *a fortiori*, es más *a fortiorisimo*, es el caso tratándose de un tratado de 1928.

Además, si observamos la práctica internacional veremos que cuando las islas de un archipiélago pertenecen a dos o más estados,

---

51 Citado por VÁSQUEZ CARRISOZA, *op. cit. supra.*, pág. 84.

52 “A la lumière de son texte et des principes de droit intertemporel applicables, le Tribunal estime que l'accord de 1960 ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement...Il ne s'agit pas ici de l'évolution du contenu, ni même de l'étendue d'un espace maritime qui aurait existé en droit international lorsque l'Accord de 1960 a été conclu, mais bel et bien de l'inexistence en droit international d'un espace maritime comme la “zone économique exclusive” à la date de la conclusion de l'Accord de 1960”, Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, *RGDIP*, Tome 94/1990/1, págs. 279-280, par. 85.

es común que en vez de indicar isla por isla e islote por islote quién es el soberano, los estados establezcan una línea para separar los grupos de islas pertenecientes a cada uno de ellos. Estas líneas de “delimitación” son muy distintas de las fronteras pues no separan dos territorios o zonas, sino que tienen una función exclusivamente limitativa y no atributiva, indicando hasta dónde pueden encontrarse islas de un Estado<sup>53</sup>. Esta es la naturaleza del meridiano 82. Por un lado, el Acta de canje de ratificaciones del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS prevé expresamente que:

el archipiélago de San Andrés y Providencia, que se menciona en la cláusula primera del tratado referido no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich”.

Por otra parte, en 1930 la única zona que tal frontera hubiese podido separar era la alta mar lo cual no sería razonable al ser una apropiación prohibida de una *res comunis*. Por ende, la única interpretación razonable y posible es que esta línea de delimitación estableció que no existen islas bajo soberanía colombiana más allá del mencionado meridiano.

Es nuestra opinión que si Colombia no se hubiese atado en la década de los setenta a la tesis de la frontera marítima del meridiano 82 —tesis más que cuestionable—, el presente diferendo ante la Corte nunca se hubiese cristalizado.

#### B) LOS HECHOS GENERADORES DEL DIFERENDO OBJETO DE LA INSTANCIA

Según la jurisprudencia de la CPJI,

“las situaciones o los hechos que deben ser tomados en cuenta desde el punto de vista de la jurisdicción obligatoria... son únicamente aquellos que deben ser considerados como generadores del diferendo”<sup>54</sup>.

53 MONTIEL ARGÜELLO ALEJANDRO, “*Frontières et lignes de délimitation*”, *RGDI* Tome 75/1971/2, págs. 461-464.

54 *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie, exception préliminaire*, *CPJI Série A/B*, n° 77, pág. 81.

Lo mismo ocurre tratándose de la jurisdicción creada en virtud de una cláusula jurisdiccional. No basta que el diferendo recaiga sobre hechos o situaciones anteriores al inicio de la instancia para que éstos sean identificados como generadores del diferendo, sino que debe demostrarse que dichos hechos anteriores son la causa del diferendo. No se trata de un juicio o proposición jurídica sino fáctica:

“la anterioridad o la posterioridad de una situación o de un hecho respecto a cierta fecha es una cuestión específica (*question d’espèce*”, *in regard to each specific case*”), tal y como constituye una cuestión específica la cuestión de determinar cuales son las situaciones o hechos que son objeto del diferendo”<sup>55</sup>.

Sin embargo, también debe tomarse en cuenta la voluntad de las partes pues ella es la que determina qué diferendos fueron sometidos a la jurisdicción de la Corte<sup>56</sup>. Debemos pues comparar los hechos generadores del diferendo territorial que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS intentó solucionar y los hechos generadores del diferendo presentado ante la CIJ para ver si son los mismos. Sólo en este último caso puede afirmarse que el diferendo ha sido extinguido.

Los hechos generadores del diferendo territorial, como en casi todos los diferendos de este tipo, son difíciles de identificar en el tiempo. Existieron en efecto varios episodios. De 1826 a 1896 se dio una serie no interrumpida de protestas diplomáticas recíprocas entre Colombia y Nicaragua y sus estados predecesores, comenzando con la nota del 13 de febrero de 1826 con la que Colombia protestó por el proyecto de construcción de un canal interoceánico; la nota del 23 de septiembre de 1836 que protesta por el envío de agentes estatales de la república centroamericana para colonizar y regir sobre las islas; las notas del 2 de marzo de

---

55 *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, *CJJI Série A/B*, n° 74, pág. 24.

56 Ídem.

1837 y del 7 de enero de 1839 en los que Colombia exige que se respeten los límites recíprocamente reconocidos por un tratado de 1825; nota del 31 de mayo de 1844 en el que Colombia afirma su soberanía sobre la Costa de Mosquitos ante el Reino Unido; nota del 1° de julio de 1844 con el que Colombia protesta por el nombramiento de P. WALKER como agente consular ante el rey de los Mosquitos, etc., etc. Desde 1890 Nicaragua ocupó la Costa de Mosquitos y las islas Mangles y el archipiélago de San Andrés, posesión que fue protestada por Colombia mediante numerosas notas diplomáticas. Puede decirse que esta es la etapa de formación o de maduración del diferendo territorial. La cristalización del diferendo se dio en 1913 cuando Nicaragua y Estados Unidos suscribieron un tratado “secreto” por el cual Nicaragua otorgaba a los Estados Unidos el derecho exclusivo y pleno para la construcción, servicio y conservación de un canal interoceánico, así como el arrendamiento por 99 años de las islas Corn o Mangles. Colombia presentó una nota diplomática el 9 de agosto de 1913, la cual fue contestada el 24 de diciembre y que, a su vez, fue contestada por la famosa nota del 5 de noviembre de 1915 en el que Colombia presenta un “memorando sobre las islas Mangles” en las que expone, de forma sistemática y completa, los títulos colombianos sobre el territorio en cuestión. A partir de 1915 la cristalización del diferendo se acelera con los rumores sobre una invasión nicaragüense a San Andrés, para luego ceder las islas a los Estados Unidos. Es a raíz de las actuaciones diplomáticas en torno a este hecho que se iniciaran, en 1919, las negociaciones diplomáticas que darán lugar a la conclusión del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS. En otras palabras, los hechos que dieron origen al diferendo territorial son básicamente el reconocimiento y las relaciones diplomáticas con *Mosquitia*, la concesión de licencias para la explotación de guano en los cayos de Roncador y Quitasueño, así como sobre San Andrés, la ocupación de las islas por autoridades estatales y el ejercicio de actos de soberanía, la cesión del territorio a otro Estado para construir faros, la excavación de un canal. Estos fueron los hechos que dieron origen al diferendo territorial que sería solucionado mediante el tratado de 1928.

Los hechos generadores del diferendo marítimo son claros y delimitados con exactitud en el tiempo<sup>57</sup>. En marzo 1969, la Cancillería colombiana supo que Nicaragua había otorgado concesiones petroleras a compañías americanas para explorar la plataforma continental ubicada en las zonas del archipiélago de San Andrés al oriente del meridiano 82 y sobre el banco de Quitasueño. El 4 de junio de 1969 el embajador colombiano en Managua presentó una nota diplomática de protesta por la concesión, apoyándose en el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS. El 12 de junio de 1969 Nicaragua respondió dicha nota reafirmando que las concesiones habían sido otorgadas en su plataforma continental y presentó su posición sobre la naturaleza del meridiano 82. Bajo la presidencia del presidente LLERAS RESTREPO, Colombia se propuso determinar los límites de su plataforma continental, para lo cual entró en negociaciones con los Estados Unidos respecto a los cayos hoy en contienda ante la CIJ<sup>58</sup>. Iniciadas las negociaciones colomboamericanas, la Cancillería nicaragüense presentó una protesta diplomática al Departamento de Estado de los Estados Unidos de América del Norte el 28 de junio de 1971. En dicho acto se hizo

“formal reserva de los derechos que le pertenecen sobre la plataforma continental en su litoral Atlántico, fundada en las normas de derecho internacional”.

Dicha reclamación sobre la plataforma continental se hizo

“independientemente de toda consideración sobre el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS”<sup>59</sup>.

---

57 LONDOÑO PAREDES JULIO, *Derecho territorial de Colombia*, Imprenta de las Fuerzas Armadas, Bogotá, 1971, págs. 338-339. Textos de notas diplomáticas en MOYANO BONILLA CÉSAR, *El archipiélago de San Andrés y Providencia*, Editorial Temis, 1983, págs. 537-550.

58 LÓPEZ MICHELSEN ALFONSO, *Memoria de relaciones exteriores 1968-1969*, t. I, Imprenta Nacional, Bogotá, 1970, pág. 26.

59 MOYANO BONILLA CÉSAR, *op. cit. supra.*, págs. 555-556.



Es evidente que ni temporalmente (se trata de hechos posteriores a 1928) ni materialmente, los hechos generadores del actual diferendo marítimo no corresponden en nada a los hechos generadores del diferendo territorial que el tratado de 1928 habría extinguido. Lo mismo puede decirse de los hechos generadores del diferendo respecto a la nulidad del tratado. Los hechos generadores del diferendo respecto a la nulidad del tratado solamente fueron alegados por Nicaragua en 1980 y es en todo caso evidente que un tratado no puede, por sí mismo, extinguir el diferendo sobre el tratado que se cristalizó décadas después entre las partes respecto a la nulidad del mismo.

En conclusión, los hechos generadores del diferendo territorial no son los mismos que los hechos generadores del diferendo marítimo ni los del diferendo respecto a la nulidad del tratado, pues sencillamente no se trata del mismo diferendo. En todo caso, es evidente que si hay identidad de diferendo, éste es tan sólo parcial, por lo que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS no pudo extinguir sino parcialmente el diferendo.

Naturalmente, la divisibilidad de la acción nicaragüense será puesta en duda por Colombia: ¿podría la Corte declararse parcialmente competente? Más allá de la cuestión general sobre la competencia parcial de la CIJ —cuestión que nos parece admitida por la propia CIJ en su jurisprudencia<sup>60</sup>—, lo único que debe

---

60 En efecto, en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, la Corte se declaró competente de forma condicionada. A causa de la reserva de la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de los Estados Unidos, la Corte no era competente para aplicar los tratados multilaterales, siendo que Nicaragua se quejaba de la violación de varios principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la OEA. Los jueces, con la única excepción del actual abogado de Colombia, el expresidente STEPHEN SCHWEBEL, se declaró competente, en la medida en que dichos principios eran consuetudinarios y habían sido codificados por dichos tratados multilaterales. Así, al decidir del fondo del asunto, la Corte analizó hasta dónde los tratados citados como costumbre por Nicaragua eran codificaciones y cuándo habían realizado desarrollos progresivos del derecho internacional, admitiendo que en este último caso, la Corte era incompetente. *Military and Paramilitary Actions in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, admissibility, *ICJ Reports* 1984, págs. 424-425, par. 73. En el mismo caso, Nicaragua invocó un tratado de amistad y

interesarnos en el presente artículo es lo siguiente: la Corte no podría delimitar si al mismo tiempo se declara incompetente para decidir sobre la atribución de la soberanía de las islas y los cayos en disputa.

¿Cómo podría la Corte delimitar la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Nicaragua y Colombia sin prejuzgar la cuestión del soberano de las islas? Puesto que la plataforma es la extensión del territorio, difícilmente podría ser la Corte competente para delimitar la zona marítima de una isla cuya soberanía está en disputa, siendo incompetente para determinar la soberanía de la misma. Tanto más cuando la jurisprudencia reciente de la Corte ha considerado que la clásica distinción entre diferendos de atribución y diferendos de delimitación es ineficaz<sup>61</sup>, reafirmando así la indivisibilidad de estas dos cuestiones en los asuntos territoriales. Ello se desprende del *asunto sobre el diferendo fronterizo (Burkina Faso /Malí)*<sup>62</sup>. La distinción doctrinal fue

---

comercio que preveía una cláusula jurisdiccional como título de competencia. Los Estados Unidos alegaron que no había ninguna relación entre un tratado de amistad, colaboración y comercio y una acción de responsabilidad por agresión, injerencia en el ámbito interno, violación del territorio y violación del DIH. La Corte aceptó su competencia en virtud de dicho tratado únicamente en la medida o en lo relacionado con el diferendo respecto a la violación de dicho tratado. *Ibíd.*, pág. 428, par. 83. Lo mismo ocurrió hace algunos años: la Corte se declaró competente para decidir sobre la licitud de los ataques americanos a las instalaciones iraníes con base en un tratado de comercio, amistad y cooperación, en la medida en que los actos imputados a Estados Unidos violasen las disposiciones de dicho tratado. *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, *CIJ Recueil* 1996, par. 21. En el mismo fallo negó que tuviese competencia en aspectos sin ninguna relación con dicho tratado.

- 61 Sobre esta controversia véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ LUIS IGNACIO, "Fecha crítica y contenciosos territoriales: algunos desarrollos en la práctica jurisprudencial reciente", *Anuario IHLADI*, vol. 10, 1993, págs. 390-395.
- 62 "According to this distinction, the former (conflictos de delimitación) refer to delimitation operations affecting what has been described "as a portion of land which is not geographically autonomous" whereas the object of the latter (conflictos de atribución) is the attribution of sovereignty over the whole geographically entity... The effect of any delimitation, no matter how small the dispute are crossed by the mine, is an apportionment of the areas and lying on either side of the line... Moreover, the effect of any judicial decision rendered either in a dispute as to

definitivamente enterrada en el *asunto sobre el diferendo territorial, insular y marítimo (El Salvador / Honduras)* en cuya ocasión, a pesar de que según la doctrina dominante el *uti possidetis juris* sólo es aplicable a cuestiones de delimitación, la Corte lo aplicó a la disputa insular y marítima<sup>63</sup>. Como lo indica el profesor KOHEN, la Corte hizo suyas las críticas de las manifiestas deficiencias del *uti possidetis*: es un principio incapaz de realizar una delimitación clara y definitiva en todos los casos y deberá ser aplicado para atribuir la soberanía de un territorio junto a otras reglas<sup>64</sup>. La Corte constató que la delimitación es tan sólo uno de los posibles efectos del *uti possidetis* y por ende, en contravención de la doctrina que quiere que este principio no sea aplicable a cuestiones de atribución, lo aplicó en ambos tipos de diferendos sin preguntarse si se trataba de un punto sobre atribución o delimitación.

Sin embargo, este argumento, depende de que se acepte la validez del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS y ya que esta es una cuestión que depende del fondo del asunto, la Corte afirmarí que no puede decidir sobre esta excepción en la fase preliminar de la instancia. Incluso aceptando que la distinción doctrinal entre los diferendos de atribución y los de delimitación cayo en desuso, la propia jurisprudencia de la Corte puede ser citada por Nicaragua para

---

*the attribution of territory or in a delimitation dispute, is necessarily to establish a frontier*", *Frontier dispute (Burkina Faso/Mali)*, ICJ Reports 1986, pág. 563, par. 17.

63 La Corte no sólo aplicó el *uti possidetis* para la atribución de la soberanía de las islas, sino que también lo utilizó para determinar la frontera terrestre. *Case Concerning the land, island and maritime dispute (El Salvador / Honduras)*, ICJ Reports 1992, págs. 544, 558, par. 307, 333.

64 Como lo indica el profesor de Ginebra, el problema es que se cree que el *uti possidetis* establece en toda circunstancia una línea fronteriza, lo cual no es cierto. En efecto, en virtud del *uti possidetis*, los estados sucesores del imperio español heredan de los límites administrativos y de las fronteras internacionales donde éstas existían. Si las fronteras internacionales del imperio estaban mal definidas o si no existía una frontera administrativa, los estados sucesores heredan de dichos imperfectos y el *uti possidetis*, junto con las efectividades coloniales y poscoloniales, serán aplicados. KOHEN MARCELO, "L'*uti possidetis* revisitée: l'*arrêt* du 11 septembre 1992 dans l'*affaire El Salvador-Honduras*", *RGDIP* Tome 97/1993/4, pág. 944.

apoyar su pretensión. En el *asunto sobre el diferendo territorial (Libia / Chad)*, la Corte subrayó que la definición del diferendo como uno de atribución o de delimitación era secundario, cada vez que exista un tratado aplicable<sup>65</sup>, como es el caso del diferendo con Colombia. Sin embargo, en la medida en que el diferendo recaiga sobre la nulidad del tratado, su sola existencia no basta para dar por terminado el conflicto.

Este argumento depende igualmente de la identidad del diferendo solucionado por el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS con el diferendo presentado ante la Corte. Si Colombia hace valer la “indivisibilidad de la acción”, ello puede retornarse en su contra pues, ¿por qué la indivisibilidad no implicaría que si la Corte es competente para el diferendo marítimo, debe serlo respecto al diferendo territorial, por cuanto el diferendo solucionado en 1928 no es más que una parte del diferendo presentado ante la Corte? Es más, siendo la Corte competente tanto para decidir sobre la nulidad del tratado, como para realizar la delimitación marítima, si la Corte rechaza la pretensión nicaragüense sobre la nulidad del tratado, dicha decisión no solucionaría el diferendo marítimo. Nada impide que la Corte, aun declarándose incompetente para revisar la solución contenida en el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, parta de dicho tratado para realizar la delimitación marítima. La solución contraria —es decir la incompetencia de la Corte para decidir de todo el diferendo— iría en contra de la buena administración de la justicia, tal y como la propia Corte la ha entendido. En efecto, en el *asunto sobre el*

---

65 “La Cour examinera tout d’abord l’article 3 du traité de 1955... pour décider si une frontière entre les territoires des Parties résulte ou non du traité. Si une frontière en résulte, il est de ce fait répondu aux questions soulevées par les Parties; et une réponse serait ainsi donné tout à la fois à la demande de la Libye tendant à ce que soient déterminées les limites des territoires respectifs des parties et à la demande du Tchad tendant à ce que soit fixé le tracé de la frontière”; “le différend soumis à la Cour, qu’on le qualifie de différend territorial ou de différend frontalier, est réglé de manière concluante par un traité auquel la Libye est partie originelle et le Tchad une partie ayant succédé la France”, *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, CIJ Recueil 1994, pág. 20, 26, par. 38, 52.

*estrecho de Corfú*, Albania alegó que la Corte no era competente para fijar el monto de las indemnizaciones que dicho país debía a Gran Bretaña por los hechos ilícitos internacionales que este último país pedía a la Corte reconocer como generadores de responsabilidad internacional. Según Albania, la Corte era competente únicamente para decidir sobre la responsabilidad internacional que le era imputada. Dijo la Corte que:

“sin embargo si la Corte se limita a afirmar que la reparación es debida, sin fijar el monto, el diferendo no sería finalmente trizado por la Corte. Una parte importante de este diferendo quedaría sin solución”,

y afirmó que no decidir sobre este punto “dejaría subsistir la posibilidad de un nuevo diferendo”, por lo que se reconoció competente para decidir sobre el monto de las indemnizaciones<sup>66</sup>. El mismo principio es aplicable en el caso que nos ocupa. Claro está, en el *asunto sobre el estrecho de Corfú*, la Corte era competente en virtud de la mutua aceptación de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU en el que se sugería someter el diferendo ante la Corte. La Corte tomó en cuenta las declaraciones de los dos estados, es decir, tomó en cuenta la extensión del consentimiento de los estados a la jurisdicción de la Corte. La misma preocupación debe inspirarnos en el asunto que nos ocupa.

Se daría pues un problema de interpretación del Pacto de Bogotá y en particular de su artículo VI: ¿las partes entendieron excluir la totalidad de un diferendo cuando un aspecto del mismo ha sido solucionado por un tratado? Al respecto, uno de los medios para interpretar un tratado es el comportamiento de los estados parte. Al respecto las declaraciones del excanciller DE SOTO a la prensa internacional en San José de Costa Rica colocan a Colombia en una delicadísima posición. En efecto, recordemos que en dicha ocasión el canciller afirmó que Colombia estaba abierta a otros mecanismos de solución pacífica de los diferendos distintos a la CIJ previstos en el Pacto de Bogotá. Ahora, el artículo VI del Pacto

---

66 *Detroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, CIJ Recueil 1949, pág. 26.

excluye *todos* los mecanismos y no sólo la vía jurisdiccional, por lo que la única interpretación posible es que Colombia, según sus propias declaraciones —actos unilaterales vinculantes—, reconoce la aplicabilidad del pacto al diferendo con Nicaragua. Por ende, es la propia interpretación de Colombia que el pacto es aplicable al diferendo y los abogados nicaragüenses sólo tendrán que recordarle a la Corte la aplicación de la doctrina IHLEN a la declaración de DE SOTO. La declaración IHLEN en el *asunto del Groenlandia Oriental* le dio la oportunidad a la CPIJ de explicar los efectos de los actos unilaterales que valen como reconocimiento formal de una situación de hecho o de derecho. Noruega, por medio de su canciller IHLEN, había reconocido la legitimidad de las pretensiones territoriales danesas y había precisado que no existía ninguna dificultad al respecto. Al analizar el alcance y efectos de la declaración del ministro noruego de relaciones exteriores, la CPIJ concluyó que se trataba de un compromiso internacional que Noruega había asumido unilateralmente a favor de Dinamarca y afirmó que el reconocimiento formal por parte de Noruega de las pretensiones danesas le impedían regresar sobre su acto unilateral y negar las consecuencias jurídicas que se desprendían de aquél<sup>67</sup>. Así, la doctrina IHLEN, impide que el Estado cuyas declaraciones reconocen una situación o un pueda luego contestar la existencia o validez de ese derecho o de dicha situación o derecho. Para que dichos efectos tengan lugar no se requiere que la declaración esté contenida en un acto oficial, como una nota diplomática. Como lo reconoció la CIJ en el *asunto sobre los ensayos nucleares*, una simple declaración ante la prensa es suficiente<sup>68</sup>. El hecho de que el

---

67 *Legal Status of Eastern Greenland*, Judgment, P.CIJ Serie A/B, n° 53, págs. 68-73.

68 “With regard to the question of form, it should be observed that this is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law which does not require that they should be couched in written form. Thus the question of form is not decisive”, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, págs. 267-268, par. 45.

canciller, por una errónea confianza respecto a los efectos de la denuncia de la declaración de aceptación de Colombia, haya creído que la vía judicial no era aplicable, no afecta en lo más mínimo nuestra conclusión. Se trataría de una interpretación no razonable y contraria al propio texto del artículo VI que no hace distinciones. Sea dicho de paso, esto nos enseña una valiosa lección: la regla de oro de la diplomacia es la de decir estrictamente lo necesario y Colombia pagará caro la imprudencia del antiguo jefe de la diplomacia colombiana.

SEGUNDO, NICARAGUA NO ESTÁ IMPEDIDA, YA SEA POR LA BUENA FE, EL *ESTOPPEL* O LA *ACQUIESCENCE*, A PRESENTARLE LA ACCIÓN EN CUESTIÓN CONTRA COLOMBIA, SO PRETEXTO DE HABER ACEPTADO, EXPLÍCITA E IMPLÍCITAMENTE, LA SOLUCIÓN CONTENIDA EN EL TRATADO ESGUERRA – BÁRCENAS

En efecto, como lo veremos en las posibles excepciones de inadmisibilidad, la representación alegada por Colombia (aceptación de la solución del diferendo territorial), era inexacta y Colombia lo sabía. Por otra parte, se trata de una representación obtenida ilícitamente. Además, el argumento según el cual Nicaragua no puede alegar la existencia de un diferendo que ha sido revivido 50 años después, no afecta los títulos de competencia de la Corte en el presente caso, sino la acción judicial de Nicaragua. Incluso si fuese correcto, dicho argumento no desvirtúa la existencia de un diferendo<sup>69</sup>.

TERCERO, EN CUANTO EL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS ES UN TRATADO NULO, NO PUEDE TENER LOS EFECTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO VI DEL PACTO DE BOGOTÁ

Los abogados nicaragüenses le preguntarán a la Corte: ¿puede un tratado viciado de una nulidad absoluta haber extinguido un

---

69 Véase *infra*, págs. 56-60.

diferendo territorial en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá? A la luz del derecho de los tratados codificado por la Convención de Viena, los tratados absolutamente nulos carecen de efectos jurídicos, lo cual comporta un derecho para las partes a exigirse recíprocamente la reposición del *statu quo ante*<sup>70</sup>. La nulidad del tratado no es una cuestión que pueda ser solucionada por la propia existencia de dicho tratado. Ello sería absurdo.

Según la jurisprudencia de la Corte, si la Corte es competente en virtud de un tratado, un Estado parte a dicho tratado no puede excluir su competencia por su sola declaración unilateral en el sentido que ese tratado no está en vigor. Ello significaría que la cláusula jurisdiccional, la cual está sometida al régimen del derecho de los tratados, podría ser excluida por una declaración unilateral.

“Aceptar dicha proposición abriría la vía a una situación en la que se podría quitarle todo valor práctico a las cláusulas jurisdiccionales al permitir a una parte a ponerle fin a un tratado o a suspender su aplicación y luego declarar que, puesto que dicho tratado está terminado o suspendido, su cláusula jurisdiccional es nula y no podría ser invocada para contestar la validez de la extinción o suspensión, siendo que precisamente uno de los objetivos de dicha cláusula es permitir una decisión judicial sobre esta materia”<sup>71</sup>.

Cierto, la situación es aquí distinta pues no es la nulidad del tratado que contiene la cláusula jurisdiccional (el Pacto de Bogotá) que es invocada, sino un tratado que, por su sola existencia (ESGUERRA-BÁRCENAS), excluye la cláusula jurisdiccional por las propias disposiciones de esta cláusula. En nuestro caso es la sola declaración de nulidad de Nicaragua que busca obtener la competencia de la Corte. Podríamos dar vueltas por mucho tiempo

---

70 Sobre este punto, AUST ANTHONY, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 258-259; DUPUY PIERRE-MARIE, *Droit international public*, 3ª edición, Dalloz, Paris, 1995, págs. 222-225; GUTIÉRREZ ESPADA CESÁREO, *Derecho internacional publico*, Editorial Trotta, Barcelona, 1995, págs. 476-477.

71 *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, judgment, *ICJ Reports* 1972, págs. 63-64, par. 30.



sobre la enseñanza del *asunto sobre la apelación al Concejo de la OACI*, pero en definitiva, la pregunta es: ¿la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS es una cuestión para la cual tiene competencia la Corte en virtud del Pacto de Bogotá? Para ello, según el Pacto de Bogotá, debe saberse si: ¿se trata de un diferendo posterior a la entrada en vigor del pacto respecto a Colombia y Nicaragua? La respuesta es claramente sí, ya que el diferendo surgió en 1979, así los hechos alegados sean anteriores a la entrada en vigor del pacto. Segundo, ¿existe aún el diferendo? Una vez más, la respuesta es positiva: cada parte sostiene tesis jurídicas diferentes e irreconciliables sobre la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS.

CUARTO, NO SE TRATA DE UNA EXCEPCIÓN EXCLUSIVAMENTE PRELIMINAR POR LO QUE DEBE SER ADJUNTADA A LA DECISIÓN DE FONDO

Las excepciones preliminares, como su propio nombre lo indica, deben ser exclusivamente preliminares. Esto significa que la excepción debe poder ser examinada sin abordar las pretensiones de fondo de las partes. Sin embargo, algunas excepciones preliminares contienen igualmente ciertas cuestiones de fondo, así sólo sea de forma parcial. Si la Corte constata que la excepción no tiene ese carácter exclusivamente preliminar, en vez de desestimarla, la guarda y la adjunta al fondo del asunto —como se desprende de la práctica de la CPII<sup>72</sup> y de la CIJ<sup>73</sup>—, de tal manera que dicha

---

72 La CPII ordenó la adjunción de la excepción preliminar al fondo en el *affaire de l'administration du prince Von Pless*, CPII Série A/B n° 52, pág. 11; *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte húngaro-tchécoslovaque (Université Peter Pazmany)*, CPII Série A/B n° 61, pág. 208; *affaire Pajzs, Csaky, Esterhazy*, CPII Série A/B n° 66, pág. 4; *affaire Losinger*, CPII Série A/B n° 67, pág. 15 y sobre todo, en lo que se considera como el “*leading case*”, en la *affaire sur le chemin de fer Panvezys-Saddutiskis*, CPII Série A/B n° 75, pág. 33.

73 *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, CIJ Recueil 1956, pág. 73, *Droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1957, pág. 125., *Barcelona Traction Light and Power Company*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1964, pág. 6.; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, ICJ Reports 1986, págs. 29-31, par. 37-41.

excepción será decidida al principio mismo de la sentencia de fondo, pudiendo entonces declararse incompetente por medio de la sentencia de fondo. Se trata de la *jonction des exceptions préliminaires au fond* o *junction to the merits*. Como lo indica el juez ABI-SAAB, la adjunción no neutraliza los efectos de la excepción preliminar sino que los aplaza. Sin embargo, la finalidad misma de las excepciones preliminares se ve gravemente afectada ya que, en la práctica, los estados que presentan estas excepciones los hacen para evitar que la Corte conozca los argumentos de fondo y sin duda la percepción del diferendo en su totalidad tiene injerencia en la decisión de los jueces sobre la admisión o no de las excepciones en la decisión de fondo<sup>74</sup>.

En la época de la CPIJ, la adjunción al fondo era decidida cuando la decisión positiva o negativa sobre la excepción preliminar, ponía en riesgo la decisión de cuestiones que dependen del fondo del asunto, sobre todo si al decidir sobre dicha excepción prejuzgaba la solución sobre el fondo. Hacerlo es contrario a la “buena administración de la justicia”, ya que llevaría a la Corte a pronunciarse de forma definitiva sobre el diferendo únicamente con base en datos preliminares y sin haber sometido las partes a un debate exhaustivo sobre el fondo.

Al respecto, ¿la nulidad o validez del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS es una cuestión preliminar? Sin duda, de la vigencia de dicho tratado depende la competencia de la Corte para decidir el diferendo territorial, no en virtud de sus propias disposiciones, sino en virtud de otro tratado internacional, a saber el Pacto de Bogotá. En realidad, el punto que aquí nos interesa debe analizarse teniendo en cuenta el papel de los tratados sobre límites en los diferendos territoriales. En efecto, como resulta del *asunto sobre el diferendo territorial (Libia y Chad)*, es común que una parte presente el diferendo como siendo un diferendo territorial, esto es,

---

74 ABI-SAAB GEORGES, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de justice*, Editions A. Pedone, Paris, 1967, pág. 196-197.

un diferendo sobre la atribución de la soberanía de un territorio, mientras que otro presenta el litigio como un diferendo fronterizo, esto es, sobre la existencia o no de fronteras delimitadas. Nicaragua solicita tanto la atribución como la delimitación, mientras que Colombia afirma que la existencia de una solución definitiva en ambas cuestiones. Como lo indica el “*profesorzazo*” MARCELO KOHEN, tratándose de diferendos territoriales, lo primero que hace el juez internacional es buscar si existe o no un tratado. El tratado es una *lex specialis* y como tal hace innecesario que el juez se apoye en el derecho internacional general, es decir el derecho internacional consuetudinario sobre los modos de adquisición del territorio estatal<sup>75</sup>. En el diferendo colombo-nicaragüense, ambas partes aceptan la existencia de un tratado. Por ende, podría creerse, como lo afirma Colombia, que no existe diferendo ya que éste se encuentra solucionado. Sin embargo, la sola existencia de un tratado no basta, ya que puede haber un diferendo sobre la interpretación de dicho tratado. Tratándose del diferendo marítimo, Nicaragua niega que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS haya establecido una frontera, mientras que Colombia sí. Por otra parte, la sola existencia de un tratado no resuelve definitivamente el conflicto si un Estado niega la validez del tratado. En ambos casos, visto el papel que juega el tratado en la resolución del diferendo de fondo, esto es, en la atribución y delimitación de las islas en cuestión y de las zonas marítimas, todos los argumentos respecto a la naturaleza del tratado y a su validez, son innegablemente argumentos de fondo. Si la Corte le diera razón a Colombia y afirmara que existe un tratado, estaría prejuzgando sobre la existencia de una delimitación marítima y sobre su validez, siendo ambas pretensiones de fondo de Nicaragua.

---

75 KOHEN MARCELO, “*Le règlement des différends territoriaux à la lumière de l’arrêt de la CIJ dans l’affaire Libye/Tchad*”, *RGDIP* Tome 99/1995/2, págs. 303-309.

SECCIÓN TERCERA. SOBRE LA EXISTENCIA DEL DIFERENDO JURÍDICO  
ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA

Según el Dr. CAVELIER, el diferendo colombo-nicaragüense existió de 1825 a 1928 por lo que Colombia debe alegar la inexistencia de un diferendo o disputa como una excepción preliminar autónoma y distinta a la exclusión de los asuntos regidos por tratado vigente previsto en el artículo VI del Pacto de Bogotá<sup>76</sup>. No es lo mismo decir que un diferendo, que existió en el pasado, ha sido extinguido, a decir que no existe diferendo. En todo caso la existencia de un diferendo actual es una condición inherente al ejercicio de la jurisdicción contenciosa por parte de la CIJ, al punto que su inexistencia debe ser declarada de oficio por la Corte<sup>77</sup>.

Según la clásica definición de la CPIJ,

“un diferendo es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”<sup>78</sup>.

Aunque no sea errónea, esta definición es imprecisa, pues una oposición de tesis jurídicas puede permanecer durante mucho tiempo en un estado simplemente teórico (por ejemplo, cuando dos estados tienen distintas interpretaciones sobre sus competencias internacionales consuetudinarias) sin que surja un diferendo. Por otra parte, la simple oposición de intereses no basta para que surja un diferendo, ya que puede ser latente. Según lo entendió la CIJ:

---

76 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, pág. 11.

77 Ello se desprende claramente de la jurisprudencia reciente de la Corte. “*In the view of the Chamber, the provision of the Special Agreement that it determine “...la situación jurídica insular” confers upon the Chamber jurisdiction in respect of all the islands of the Gulf. In the exercise of that jurisdiction, however, a judicial determination is only required in respect of such islands as are in dispute between the Parties*”, *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *ICJ Reports*, 1992, pág. 544, par. 325.

78 *Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPIJ Série A, n° 2, pág. 11.

“no basta tampoco que los intereses de las partes estén en conflicto. Debe demostrarse que la reclamación de una parte choca con la oposición manifiesta de la otra”<sup>79</sup>.

Se requiere entonces que haya actitudes y pretensiones antitéticas entre las partes. Esto no significa que la existencia de protestas formales recíprocas sean necesarias para que exista un diferendo. Por el contrario, de conformidad con el antiformalismo del derecho internacional,

“para la Corte, cuando una parte de un tratado protesta contra la decisión o un comportamiento adoptados por otra parte y pretende que esta decisión o este comportamiento constituyen una violación de este tratado, el simple hecho de que la parte acusada no presente ninguna argumentación para justificar su conducta en virtud del derecho internacional no impide que las actitudes opuestas de las partes den nacimiento a un diferendo”<sup>80</sup>.

Basta que la pretensión emitida por un Estado a través de una nota diplomática en la que se sostiene una posición jurídica precisa choca abiertamente con la actitud contraria del otro Estado. La resistencia puede incluso tomar la forma de la inercia, en cuyo caso el silencio del otro Estado equivale a un rechazo.

Por otra parte, y este es un punto importante,

“la existencia de un diferendo internacional debe ser establecido objetivamente. El simple hecho de que la existencia del diferendo sea contestada no prueba que este diferendo no exista”<sup>81</sup>.

*A contrario sensu,*

---

79 *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1962, pág. 328.

80 *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, advisory opinion, *ICJ Reports*, pág. 28, par. 38.

81 *Interprétation des traités de paix (première phase)*, avis consultatif, *CJ Recueil* 1950, pág. 74.

“la simple afirmación no basta para probar la existencia de un diferendo, así como el simple hecho de que la existencia de un diferendo sea refutada no prueba que este diferendo no exista”<sup>82</sup>.

Un clarísimo ejemplo de ello se encuentra en el *asunto sobre el derecho de asilo* por parte de Colombia. Colombia introdujo una solicitud de interpretación del fallo proferido por la Corte en su diferendo con Perú el mismo día en que la Corte dictó dicha sentencia. La Corte rechazó dicha solicitud al declarar la inexistencia de un diferendo respecto a la interpretación del fallo:

“El artículo 60 del Estatuto prevé que la interpretación sólo podrá ser solicitada “en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo”. Obviamente, no se puede considerar como una contestación en los términos de este artículo el solo hecho que una parte declara el fallo oscuro, mientras que la otra lo declara perfectamente claro... Esta condición evidentemente no existe en el presente caso. No sólo la existencia de una contestación no ha sido llevada al conocimiento de la Corte, sino que además se desprende de la fecha en la que la solicitud de interpretación del Gobierno de Colombia fue introducida que dicha contestación no pudo ni siquiera manifestarse de cualquier forma que sea”<sup>83</sup>.

Es tan sólo excepcionalmente que la existencia de un diferendo es dejada en las manos de la libre apreciación de las partes. Cuando la Corte ha adoptado este criterio subjetivo lo ha hecho como la interpretación correcta de una cláusula compromisoria y no en virtud del derecho internacional general<sup>84</sup>.

En realidad esta excepción preliminar ha sido rara vez admitida por la Corte. Generalmente, la Corte se contenta con que se le

---

82 *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, idem.

83 *Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie / Pérou)*, arrêt du 27 novembre 1950, *CJ Recueil* 1950, pág. 403.

84 “La comparaison entre les diverses clauses juridictionnelles de la Convention de Genève démontre ...que la Cour peut être saisie, au titre de l'article 23, aussitôt que l'une des parties estime qu'il y a divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22”, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, compétence, *CPJ Série A*, n° 6, pág. 14.

demuestre la actitud opuesta de las partes para reconocer la existencia de un diferendo<sup>85</sup>. En su aviso consultivo de 1950, la Corte, tras haber examinado la correspondencia diplomática entre las partes, se limitó a constatar que:

“los puntos de vista de las dos partes, en cuanto a la ejecución o no-ejecución de ciertas obligaciones”, estaban “claramente opuestas” y concluyó que “diferendos internacionales (se habían) producido”<sup>86</sup>.

En el *asunto del Timor Oriental*, la Corte resaltó que:

“con el fin de verificar la existencia de un diferendo jurídico en el presente caso... es claro que las partes están en desacuerdo, tanto en cuanto a los hechos como en derecho, sobre el punto de saber si la conducta de Australia... viola una obligación debida por Australia a Portugal en virtud del derecho internacional”<sup>87</sup>.

En el *asunto Lockerbie*, la Corte constató que existía un diferendo pues Libia reclamaba la aplicación de las cláusulas de extradición de la Convención de Montreal de 1971 mientras que los Estados Unidos alegaban que no había diferendo ya que no era ese tratado que era aplicable, por lo que no podía existir diferendo respecto a dicho tratado<sup>88</sup>. La contradicción de tesis era evidente, así resulte al final que dicho tratado no era aplicable.

---

85 *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1962, pág. 328; *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1963, pág. 27; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, *ICJ Reports* 1996, pág. 615, par. 29.

86 *Interprétation des traités de paix (première phase)*, avis consultatif, *CJ Recueil* 1950, pág. 74

87 *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1995, pág. 100, par. 22.

88 *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1998, par. 24-28.

No pueden existir dudas sobre la existencia de un diferendo insular. En el *asunto sobre el diferendo territorial, insular y marítimo (El Salvador / Honduras)* la Corte estableció en primer lugar que:

“una parte no puede sustraer tal o tal isla del examen de la Sala al negar pura y sencillamente que la otra parte pueda tener reivindicaciones sobre dicha isla”,

y precisó que

“la existencia de un diferendo sobre una isla puede, en la presente instancia, deducirse del hecho que ésta ha sido objeto de reivindicaciones precisas y argumentadas”<sup>89</sup>.

La acción nicaragüense satisface plenamente este requisito por cuanto existen reivindicaciones precisas y argumentadas sobre el banco de Quitasueño y sobre el archipiélago de San Andrés. Otra cosa es que dicho diferendo no sea actual, es decir, que haya sido extinguido. En efecto, a Nicaragua le corresponde demostrar la existencia del diferendo insular, el cual es claro. Colombia deberá alegar y probar la extinción del diferendo. Pero, *prima facie*, es claro que existía un diferendo insular en la fecha en que Nicaragua introdujo su solicitud.

Igualmente, no puede haber dudas sobre la existencia de un diferendo respecto a la validez del Tratado ESGUERRA—BÁRCENAS por cuanto Nicaragua y Colombia tienen posiciones jurídicas opuestas, antitéticas e irreconciliables. Lo mismo ocurre respecto al diferendo marítimo. Desde 1969 existen pretensiones nicaragüenses sobre la plataforma continental, las cuales han sido rechazadas por Colombia y que ha dado lugar, independientemente de la validez del tratado, a un diferendo sobre la interpretación del

---

89 *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *ICJ Reports*, 1992, pág. 555, par. 326.



tratado. Estos diferendos no sólo son evidentes a la luz de la jurisprudencia de la Corte, sino que además no existe duda sobre la actualidad de dicho diferendo. Las manifestaciones de fuerza de la marina colombiana en la zona marítima en disputa y las protestas nicaragüenses por la detención de pescadores nacionales por Colombia —en particular desde que se inició la instancia ante la Corte— no hace más que reafirmar lo que la correspondencia diplomática deja entrever sobre la existencia del diferendo presentado ante la Corte por Nicaragua.

TÍTULO TERCERO. LA INCOMPETENCIA *RATIONE MATERIAE* DE LA  
CORTE SI LA INSTANCIA NO HA SIDO INICIADA POR NOTIFICACIÓN  
DE UN COMPROMISO EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 36. 1.  
DEL ESTATUTO

Según el doctor LOZANO SIMONELLI, aunque la CIJ pueda conocer sobre divergencias respecto a la aplicación o interpretación de un tratado, no puede revisarlos y

“ello no permite por ningún motivo que prosperen tesis o argumentos contrarios a su intangibilidad”.

Los tratados fronterizos son tratados intangibles y perpetuos, según la doctrina oficial y académica colombiana, y no pueden ser modificados por una decisión judicial internacional, sino únicamente por el mutuo y libre consentimiento de las partes<sup>90</sup>. Sólo los estados parte de un tratado fronterizo pueden modificarlo o extinguirlo de común acuerdo y por ende la Corte requiere del común acuerdo de las partes. La competencia *ratione materiae* de la Corte, tratándose de los casos que le son sometidos por vía unilateral (es decir, por solicitud), está prevista por el numeral 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, lo que no impide que las

---

90 LOZANO SIMONELLI ALBERTO, *op. cit. supra.*, págs. 272-273.

partes someten otras cuestiones a la Corte. Pero, para ello, se requiere que sea a través del compromiso previsto por numeral 1 del mismo artículo<sup>91</sup>.

Según la posición de GERMÁN CAVELIER, la demanda nicaragüense es “inepta” pues el diferendo sólo podía ser presentado por vía de compromiso y en ningún caso a través de una solicitud unilateral. Según él, el artículo 36. 1. únicamente es aplicable si hay un compromiso entre las partes<sup>92</sup>. Por ende, tratándose de solicitudes unilaterales, sólo el artículo 36. 2. sería aplicable. Pero,

“de acuerdo con esta norma la Corte sólo puede interpretar un tratado pero no decidir si es válido o no”<sup>93</sup>,

por lo que según su propio Estatuto la Corte sería incompetente *ratione materiae* para decidir sobre la nulidad del tratado ESGUERRA-BÁRCENAS. Tratándose de disputas marítimas, CAVELIER exige igualmente un compromiso<sup>94</sup> y niega que la declaratoria de nulidad de un tratado, la atribución de soberanía sobre unas islas y la delimitación de un espacio marítimo, hagan parte de la competencia *ratione materiae* de la Corte prevista en el artículo 36. 2. del Estatuto.

---

91 Ibid., pág. 342.

92 “El artículo 36, parágrafo 1 del Estatuto de la Corte, extiende la competencia de aquella a “todos los litigios” que las partes le sometan. Cualquiera de esos litigios deben ser sometidos a la Corte conjuntamente por las partes. Es decir, deben celebrar previamente un compromiso... Pero sin compromiso el párrafo 1 del Estatuto del artículo 36 no es aplicable”; “La solicitud de Nicaragua no puede basarse en el parágrafo 1 del artículo 36 del Estatuto de la Corte, pues la solicitud según esta norma ha debido presentarse conjuntamente por las “partes” y no sólo por una de ellas”, CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, págs. 11, 12.

93 Ibid., pág. 13.

94 Ibid., pág. 14.

SECCIÓN PRIMERA. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA AFECTAR LA SUPUESTA “INTANGIBILIDAD” DE LOS TRATADOS TERRITORIALES

La idea según la cual el juez internacional es incompetente para afectar la “intangibilidad” de los tratados fronterizos sin el acuerdo de las partes se basa en la propia práctica colombiana y en particular en los debates parlamentarios sobre el artículo 2 del Protocolo de Rio de Janeiro según el cual:

“el tratado de límites de 3 marzo 1922, ratificado el 23 de enero de 1928, constituye uno de los vínculos jurídicos que unen a Colombia y el Perú, y no podrá ser modificado o afectado sino por mutuo consentimiento de las partes o por decisión de la justicia internacional, en los términos que más adelante establece el artículo 7”.

Los parlamentarios que se oponían a la ratificación del protocolo, alegaban que se habría la puerta para que un tratado de límites fuera modificado sin la participación del Congreso. En otras palabras, la CPJ podía modificar el tratado de 1922 en violación a la repartición del *treaty making power* de Colombia. Según ellos, ello no era posible ya que sólo un nuevo acuerdo mutuo podía operar una modificación del territorio nacional<sup>95</sup>. GERMÁN CAVELIER sostiene la misma posición:

“La solicitud de Nicaragua pretende que la Corte tenga jurisdicción para violar el derecho interno de Colombia en cuanto se refiere a un tratado de

---

95 “Mas en lo que se refiere a tratados de límites, la posibilidad aun cuando vagamente expresada de someterlos a juicio de organismos internacionales, no tiene antecedentes en la historia diplomática. Los tratados de límites, como su nombre y su género lo expresan claramente, fijan y estabilizan, el territorio de las naciones que los negocian; marcan y señalan sus fronteras cuyas variaciones no pueden hacerse sino en virtud de otros tratados, potestad soberana de la nación. La sombra siquiera de un compromiso internacional que adquiere Colombia de alterar o revisar sus límites por la decisión de un organismo internacional, así sea el más alto, respetable e imparcial, es en grado máximo peligrosa porque ninguna nación debe contraer compromisos que no puede cumplir”, Informe de mayoría de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado. Segundo debate del Protocolo (15 de diciembre de 1934), citado por LOZANO SIMONELLI ALBERTO, *ibíd.*, pág. 209.

límites vigente y en plena ejecución... Según la Constitución colombiana, sus límites reconocidos por instrumento internacional aprobado por el Congreso y debidamente ratificado, sólo pueden ser modificados por acuerdo entre las partes. Los límites de Colombia no pueden ser modificados por la Corte Internacional de Justicia, la cual carece de competencia para juzgar sobre un tratado de límites perfeccionado y vigente en forma contraria a la Constitución interna de cada una de las partes”<sup>96</sup>.

Según, el Dr. LOZANO SIMONELLI, el compromiso es necesario por el objeto mismo de la solicitud nicaragüense: la incompetencia de la Corte para modificar un tratado de límites sin el consentimiento colombiano, es decir, sin que se le haya dado competencia para ello por común acuerdo (compromiso) emana de la “intangibilidad” de los tratados territoriales. En este sentido los parlamentarios resaltaron que:

“no cabe duda de que Colombia considera las primeras (las disposiciones del tratado de límites LOZANO-SALOMÓN entre Colombia y Perú) como intangibles, a no ser por consentimiento mutuo de las partes”<sup>97</sup>.

La idea de que tratándose de la revisión de tratados territoriales la Corte sólo es competente por vía de compromiso, podría incluso apoyarse en el texto de la Constitución de Colombia, ya que según su artículo 101 son límites de Colombia:

“los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por laudos territoriales”.

Por una parte, se trata de laudos sobre la atribución o delimitación de un territorio y no sobre la revisión de un tratado de límites. Tratándose de dichos tratados, sólo la voluntad normativa de las

---

96 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, págs. 16-17.

97 Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, que estudió para segundo debate el proyecto de ley “por el cual se aprueba el Protocolo de Amistad y Cooperación entre la República de Colombia y la República de Perú”, citado por LOZANO SIMONELLI ALBERTO, *ibíd.*, pág. 231. Véanse igualmente págs. 270-271.

partes podría realizar la revisión o modificación. Por otra parte, se habla de “laudos arbitrales”, los cuales implican, por su propia naturaleza, que el diferendo es llevado de común acuerdo entre las partes. Evidentemente Colombia, como lo hizo Honduras en el *asunto sobre el diferendo fronterizo territorial, insular y marítimo (El Salvador / Honduras)*, la Constitución no debe ser alegada en contra del derecho internacional. Sino que,

“la posición constitucional es presentada porque se le considera importante para determinar si es verosímil la intención de conferirle a la Corte el poder en cuestión (la delimitación del golfo de Fonseca)”<sup>98</sup>.

Ya que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS es la expresión de la competencia exclusiva de Colombia y Nicaragua en materia territorial, la Corte es incompetente, sin el consentimiento expreso de ambos estados, para revisar la solución contenida en dicho tratado que goza de la “intangibilidad” de los tratados sobre límites y que sólo puede ser modificado por común acuerdo. Hay pues una incompetencia *ratione materiae* debido al inadecuado acceso a la Corte (*saisine inadéquate*), ya que sólo un compromiso le habría otorgado competencia a la Corte.

Este argumento (muy nacionalista) se hace más admisible en derecho internacional si tomamos en cuenta que según la CPIJ:

“sería incompatible con su estatuto y con su posición de Corte de Justicia el rendir una decisión cuya validez estuviese subordinada a la aprobación ulterior de las partes”<sup>99</sup>.

Según CAVELIER, ello significa que tanto para Colombia como para Nicaragua, el diferendo presentado ante la Corte hace parte

---

98 *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras: Nicaragua intervening)*, CIJ Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, pág. 584, par. 377.

99 *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, CPII Série A/B, n° 46, 161.

del ámbito interno de los estados, por lo que la Corte carece de competencia para juzgar sobre un tratado de límites en violación de la Constitución de ambos países. Para los dos países los límites sólo pueden ser establecidos o modificados por un tratado y no por sentencia de la Corte<sup>100</sup>. De ser correcta esta tesis, Colombia podría apoyarse en la decisión de la CIJ en el *asunto del Camerún septentrional* en el que reconoce que incluso si se le demuestra su competencia respecto al diferendo, no está obligada a ejercer dicha competencia si ello sería contrario a la integridad de la función judicial internacional, reconociendo así que existen:

“limitaciones inherentes al ejercicio de la función judicial que la Corte, como tribunal, debe siempre tener en cuenta”<sup>101</sup>.

Si los dos estados parte involucrados en la instancia reconocen que las cuestiones territoriales exigen la participación del legislador y que deben necesariamente vehicularse mediante un tratado, podría alegarse que el objeto del litigio hace parte de esas limitaciones inherentes al ejercicio de la función judicial internacional ante los ojos de Colombia y Nicaragua.

Esta posición es inadmisibles. Se basa, en primer lugar, en la inexistente y exagerada noción de “intangibilidad” de los tratados territoriales y busca deducir la incompetencia de la Corte de esta errónea noción. Por otra parte, la jurisprudencia deja en claro que si la CIJ reconociese la soberanía nicaragüense sobre San Andrés y Providencia, ninguna modificación territorial sería realizada. Nicaragua presentara evidentemente dos objeciones si una excepción del tipo aquí discutida fuera defendida por Colombia:

---

100 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, págs. 17-18.

101 *Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1963, pág. 29.

1. LOS TRATADOS TERRITORIALES NO SON “INTANGIBLES” SINO PERMANENTES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PREVÉ JUSTAMENTE QUE LAS MODIFICACIONES TERRITORIALES DEBEN SER REALIZADAS, EN DEFECTO DE ACUERDO MUTUO DE LAS PARTES, POR EL JUEZ INTERNACIONAL

La teoría de la “intangibilidad” de los tratados territoriales es una vieja tradición colombiana.

Según la Corte Constitucional, la cual no hace más que reflejar la creencia predominante en Colombia, los tratados de límites tienen un valor normativo superior al de los demás tratados, al punto que les ha graciosamente concedido un valor constitucional, al lado de los tratados humanitarios. Se trata de tratados “inmutables” sin el común acuerdo de las partes.

“Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la Corte establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: ...y, de otro lado, igualmente gozan de un estatus particular los tratados de límites...

Este privilegio constitucional no es casual, pues también el derecho internacional confiere una especial fuerza a los compromisos derivados de estos convenios, no sólo por su trascendencia en la delimitación misma de uno de los elementos constitutivos de los estados... Por ello la doctrina y la jurisprudencia internacionales han señalado que una vez establecido un límite por medio de un tratado, no sólo ese convenio goza de una estabilidad especial y permanencia sino que incluso “las vicisitudes que puedan sufrir los tratados no afectan las fronteras”. Así, los convenios sobre límites, a pesar de que en general se celebran sin plazo de duración, no admiten nunca la cláusula *rebus sic stantibus*, tal y como lo ha señalado la doctrina y lo han reconocido el artículo 62 de Viena I y Viena II. Igualmente, y recogiendo la práctica y jurisprudencias constitucionales en la materia, la Convención de Viena de 1978 sobre sucesión de estados en materia de tratados establece que ni siquiera una sucesión de estados, esto es, la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones de un territorio, llega a afectar un tratado sobre fronteras. En tercer término, la jurisprudencia internacional ha llegado incluso a concluir que ni siquiera la eventual terminación de un tratado afecta la frontera que ésta ha establecido”<sup>102</sup>.

102 República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400/98 del 10 de agosto de 1998, Revisión constitucional de la “Convención de Viena sobre derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales”, pág. 70; § 42.

A la luz de la “generosa” interpretación de la Corte, incluso si el tratado de límites es absolutamente nulo, la frontera se mantiene ya que la nulidad absoluta es una de las causas de terminación del tratado. O sea que Nicaragua, incluso demostrando la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS no lograría nada ya que de todas formas la frontera marítima (meridiano 82) y la soberanía sobre San Andrés se mantienen. La Corte afirma que no hace más que seguir la jurisprudencia y el derecho internacional positivo. La verdad es que se trata de una construcción fundada en confusiones y que se basa en una lectura parcial y escogida de la jurisprudencia de la Corte.

No debe confundirse la estabilidad de las fronteras con la “inmutabilidad” o permanencia de las fronteras. La estabilidad implica, como lo resalta la CIJ en el *asunto sobre el templo de Preah Vihear*, que un Estado no puede unilateralmente modificar o rectificar una frontera común<sup>103</sup>. En el derecho de los tratados ello implica, como lo indica la doctrina, que un tratado sobre límites no es denunciabile. Por el contrario, según lo pretendió alguna vez un expresidente colombiano, la “inmutabilidad” de las fronteras significa que son “eternas”. En realidad, la idea misma de “inmutabilidad” es equívoca y es un abuso de lenguaje y en todo caso esa “inmutabilidad” no existe en derecho internacional. Por el contrario, como lo indica el profesor KOHEN,

“quien dice carácter definitivo no dice inmutabilidad de las fronteras. Sería inconcebible interpretar este principio en el sentido que una frontera, una vez establecida, queda fijada por la eternidad”<sup>104</sup>.

---

103 “*In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality. This is impossible if the line so established can, at any moment, and on the basis of a continuously available process, be called in question, and its rectification claimed whenever any inaccuracy by reference to a clause in the parent treaty is discovered. Such a process could continue indefinitely, and finality would never be reached so long as possible errors remained to be discovered. Such a frontier, so far from being stable, would be completely precarious*”, *Case Concerning the Temple of Preah Vihear*, merits, *ICJ Reports* 1962, pág. 34.

104 KOHEN MARCELO, “*Le règlement des différends territoriaux d’après l’arrêt de la CIJ dans l’affaire Libye/Tchad*”, *RGDIP* Tome 99/1995/2, pág. 332.



Tampoco debe confundirse la “inmutabilidad” o permanencia de las fronteras con la integridad territorial consagrada en los artículos 10 del Pacto de la SDN, 2. 2. de la Carta de la ONU, 17 de la Carta de la OEA y 2. 7. de la Carta de la OUA, así como en las resoluciones 2625 de 1970 y 3314 de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos textos consagran que el principio de la integridad territorial y el de la inviolabilidad de las fronteras, son el corolario necesario de la prohibición universal del recurso a la fuerza. Según estos textos está prohibido recurrir a la fuerza para poner en duda las fronteras de un Estado. Pero, como lo indica un autor,

“no se puede ir más allá y extender, por una transposición insensata y voluntaria, el ámbito de aplicación de los principios sobre la integridad territorial y la intangibilidad de las fronteras y confundirlas... si las fronteras son inviolables, no son inmutables y su intangibilidad no es, de ninguna forma, una regla de *jus cogens*”<sup>105</sup>.

El derecho internacional no consagra el principio de la “intangibilidad de las fronteras”. Por el contrario, el derecho internacional prevé una serie de reglas e instituciones que legitiman y autorizan la modificación de las fronteras existentes, en tanto ello sea hecho de forma pacífica y según el propio derecho internacional. En este sentido, el profesor KOHEN corrige que la permanencia de las fronteras significa que,

“cuando los estados determinan una frontera, ésta no podrá conocer ninguna modificación fuera de los medios autorizados por el derecho internacional”<sup>106</sup>.

La práctica internacional va en este sentido. El título original de la frontera puede ser contestado, ya sea por que el instrumento convencional es nulo —como lo han hecho Afganistán respecto al

---

105 BARDONNET DANIEL, “*Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé*”, *RCADI* Tome 153, 1976/V, pág. 68.

106 KOHEN MARCELO, *op. cit. supra.*, pág. 322.

tratado de 1893 contra Pakistán, China respecto al tratado de 1913 contra India y Somalia respecto al tratado de 1897 contra Etiopía—o porque el título jurisdiccional es nulo, es decir, por la sentencia arbitral que concedió un territorio a una de las partes es nulo.

Cualesquiera que sean los motivos jurídicos invocados para rechazar la solución convencional a un diferendo territorial o para reclamar la revisión de las fronteras, los estados no pueden recurrir a la fuerza, invocar el *rebus sic stantibus*, denunciar el tratado territorial ni la sucesión de estados<sup>107</sup>. Por el contrario, alegar la nulidad del negocio jurídico es un medio legítimo, en tanto se cumplan las condiciones jurídicas para su operabilidad. Hablar de la “intangibilidad” de las fronteras como un argumento en contra de un arreglo judicial sobre la nulidad de un tratado territorial no tiene sentido pues, como lo indica el profesor BARDONNET,

“la revisión de las fronteras se articula necesariamente con los mecanismos de solución pacífica de los diferendos, los estados interesados están obligados a recurrir a los medios que le ofrece el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>108</sup>.

Es lo propio de un Estado respetuoso del derecho internacional de recurrir a la CIJ para obtener —tengo razón o no— la revisión de un arreglo territorial logrado mediante un tratado que considera como nulo.

La Corte Constitucional se basa en esta jurisprudencia para afirmar, como un axioma general, que la terminación de un tratado no afecta la frontera que ha sido establecida. Según ella, la CIJ dijo:

“No obstante estas disposiciones se debe considerar, a juicio del Tribunal, que el tratado ha establecido una frontera permanente. Nada indica en el tratado de 1955 que la frontera establecida sea provisional o transitoria; la

---

107 Véase *infra*. pág. 35.

108 BARDONNET DANIEL, *op. cit. supra.*, pág. 107.

frontera presenta por el contrario todas las marcas de ser definitiva. El establecimiento de esta frontera es un hecho que, desde el principio, ha tenido una existencia jurídica propia, independiente de la suerte del tratado de 1955. Una vez convenida, la frontera permanece, pues cualquier otro enfoque privaría de efectos al principio fundamental de la estabilidad de las fronteras, cuya importancia ha sido subrayada repetidamente por el Tribunal”<sup>109</sup>.

Sin embargo lo que la Corte dijo, es que el establecimiento de una frontera es un hecho pues una vez la frontera establecida, el tratado es ejecutado y la frontera tiene una existencia fáctica independiente, mientras que el tratado será una prueba. Es por ello que la Corte, en el párrafo siguiente (no citado por la Corte Constitucional), explica que:

“Una frontera establecida por un tratado adquiere así una permanencia que el tratado mismo no conoce necesariamente. Un tratado puede cesar de estar en vigor sin que la perennidad de la frontera se vea afectada. En la especie, las partes no han ejercido la facultad de ponerle fin al tratado. Por otra parte, que esta facultad sea ejercida o no, la frontera se mantiene. Ello no quiere decir que los dos estados no puedan, por común acuerdo, modificar la frontera. Dicho resultado puede naturalmente ser obtenido por consentimiento mutuo, pero, cuando la frontera es objeto de un acuerdo, su permanencia no depende de la supervivencia del tratado por el cual dicha frontera fue convenida”<sup>110</sup>.

La Corte consagró que el establecimiento de la frontera, una vez el tratado ejecutado, es una cuestión de hecho, por lo que, naturalmente, la posterior caducidad del tratado no afecta dicha frontera que adquirió, como hecho jurídico, una existencia independiente, regulada y protegida, de ahí en adelante, por el derecho internacional general. El artículo 62. 2.a) de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados<sup>111</sup> y el artículo

---

109 Corte Constitucional, *op. cit. supra.*, pág. 70, § 42. Citando la *CIJ*.

110 *Affaire du différend territorial (Jamahiriya Arabe Libyenne/Tchad)*, *CIJ Recueil* 1994, pág. 37, par 73.

111 “Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) si el tratado establece una frontera”.

11 de la Convención de Viena de 1978 sobre la sucesión de estados en materia de tratados<sup>112</sup> tampoco consagran el régimen alegado por la Corte Constitucional y la doctrina colombiana. El principio de razón de estas disposiciones no se encuentra en el valor normativo, jerárquicamente superior, que tendrían los tratados “locales” o “reales” a causa de su objeto. Por el contrario, como lo indicamos hace años, el régimen de fronteras se mantiene, a pesar de la sucesión de estados y del cambio fundamental de circunstancias, porque es la frontera o territorio el que se mantiene. No es el tratado, como negocio jurídico, sino la frontera fijada y demarcada la que existe por sí misma y el tratado valdrá como título jurídico en caso de dudas y de contestación de la frontera tal cual existe<sup>113</sup>. El territorio es, ante los ojos del derecho internacional, un hecho jurídico, una realidad. Lo que enseñan estos artículos es que un Estado no puede, por la sola sucesión de estados o por el cambio fundamental de circunstancias, repudiar o modificar unilateralmente el arreglo fronterizo y territorial contenido en el tratado. Pero, nada impide que el Estado sucesor, como cualquier otro Estado, conteste la validez del régimen territorial o fronterizo por las vías consagradas por el derecho internacional para ese fin. Ello se desprende del artículo 14 de la Convención de Viena de 1978 según el cual:

“nada de lo dispuesto en la presente Convención se entenderá de manera que prejuzgue de modo alguno ninguna cuestión relativa a la validez de un tratado”.

En otras palabras, la permanencia de las fronteras no produce ningún efecto sobre la validez del tratado fronterizo o territorial. Por otra parte, la Comisión de Derecho Internacional, al comentar

---

112 “Una sucesión de estados no afectará de por sí: a) una frontera establecida por un tratado; ni b) a las obligaciones y derechos establecidos por un tratado y que se refieren al régimen de fronteras”.

113 CAICEDO DEMOULIN JOSÉ JOAQUÍN, “La sucesión de estados”, *Revista Temas Jurídicos* n° 10, 1997, págs. 133-134.

el alcance del artículo 11 de la Convención de Viena de 1978, explicó que:

“Dicha disposición no influye en nada sobre cualquier otro motivo que podría ser invocado para reclamar la revisión o el rechazo de un arreglo fronterizo, ya sea que se trate de la autodeterminación o de la nulidad o de la extinción... En resumen, el simple advenimiento de la sucesión de estados no tiene por efecto de consagrar una frontera existente si ésta era contestada”<sup>114</sup>

En el caso en particular, lo que ocurrió es que el artículo 11 del tratado de 1955 preveía, por una parte, una duración de 20 años y por otra parte consagraba un derecho a denunciar el tratado. Léase bien, no es el tratado de 1955 que es permanente y estable o, como dice la doctrina colombiana “inmutable”, sino la frontera. Por el contrario, la Corte admite que el tratado puede tomar fin y que incluso las partes podían denunciar el tratado. En este punto debe distinguirse el tratado como título y el tratado como instrumento. El derecho internacional<sup>115</sup>, como el derecho romano, distingue tratándose de cuestiones territoriales, el *negotium* del *instrumentum*. El negocio es el acto jurídico que transfiere un territorio o establece las fronteras. Es la causa o fuente. Por el contrario el instrumento es lo que contiene el título, es la prueba formal y tangible de la voluntad común de las partes de atribuir la soberanía o establecer una frontera. Es el documento invocado por las partes para demostrar la existencia de un derecho. El negocio, una vez ejecutado, consagra una situación territorial oponible *erga omnes*, ya que la perfección del título se realizó con la conclusión y ejecución del tratado. Es en este sentido que la doctrina

---

114 A.CDI 1974, vol. III, pág. 34, par. 17.

115 Ello se desprende directamente de la jurisprudencia de la Corte: “la notion de titre peut également et plus généralement viser aussi bien tout moyen de preuve susceptible d’établir l’existence d’un droit que la source même de ce droit”, *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, CIJ Recueil 1986, par. 18.

internacionalista ha entendido el pasaje de la CIJ: la ejecución del tratado agota o acaba con el *negotium* de ahí que la frontera sea independiente a la extinción del tratado<sup>116</sup>.

Por otra parte, debe resaltarse que esta decisión se refiere únicamente a la extinción del tratado y no a su nulidad. En este sentido, los comentaristas son unánimes: la constatación ulterior de la nulidad del tratado hace que la frontera no haya nunca existido<sup>117</sup>. La Corte no fue tan lejos como para admitir que la frontera existe aun si el tratado hubiese sido aceptado por error, dolo o peor aún, por coerción. En tales casos la validez del tratado se ve afectada y los tratados nulos no producen efectos<sup>118</sup>. La razón es evidente: si el negocio es nulo, la fuente, la causa de la atribución o traspaso de la soberanía o del establecimiento de la frontera es nulo. En este sentido, en el *caso sobre la isla Palma*, se reconoció que un tratado de cesión no pudo transferir un territorio por violación del principio “*nemo plus iuris transferre quam ipse habeat*”<sup>119</sup>. En otras palabras, en este caso, no pudo haber *negotium* por cuanto nadie puede disponer de lo ajeno. Lo mismo ocurre con el error, el dolo o la coerción, esto es, con la nulidad del tratado.

---

116 DISTEFANO GIOVANNI, “*La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l’ordre international*”, *RGDIP* Tome 99/1995/2, págs. 336-342.

117 KOHEN MARCELO, *op. cit. supra.*, págs. 324-325.

118 KOSKENNIEMI MARTIL, “*L’affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad). Arrêt de la Cour internationale de justice du 3 février 1994*”, *AFDI* Tome XL, 1994, pág. 459.

119 “*The title alleged by the United States of America ...is that of cession, brought about by the Treaty of Paris, which cession transferred all rights of sovereignty which Spain may have possessed in the region indicated ...It is evident that Spain could not transfer more rights than she herself possessed. It is evident that whatever may be the right construction of a treaty, it cannot be interpreted as disposing of the rights of independent third Powers*”, *The Island of Palmas Case (United States of America and the Netherlands)*, P.C.A. (1928), R.I.A.A., Vol. 2, pág. 842.

2. SI LA CORTE ACOGE LAS PRETENSIONES NICARAGÜENSES NO HABRÍA, JURÍDICAMENTE, MODIFICACIÓN ALGUNA DEL TERRITORIO COLOMBIANO, YA QUE NADIE PUEDE DISPONER DE LO AJENO

Si la Corte acoge todas las pretensiones nicaragüenses, reconociendo su soberanía sobre las islas y cayos hoy bajo bandera colombiana, no habrá operado, jurídicamente, una modificación del asiento territorial de Colombia ya que, a los ojos del derecho internacional, no le habría quitado a Colombia lo que pertenece. En efecto, para modificar el territorio de un Estado, el requisito esencial es que dicho territorio pertenezca al Estado en cuestión. Podríamos invocar en este sentido el *laudo arbitral sobre la delimitación de la frontera marítima entre Senegal y Guinea Bissau*. Según Guinea Bissau el tratado de 1960 entre Francia y Portugal (los predecesores respectivos de Senegal y Guinea Bissau) era nulo por la violación de la soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales, la cual, a su juicio, era una regla de *jus cogens*. Según dicho Estado, esta regla impide que los estados coloniales puedan disponer de los recursos de los pueblos sometidos a colonización mediante un tratado de delimitación de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva (en otras palabras: el petróleo y los recursos pesqueros). Con justa razón el tribunal refuto dicha tesis:

“la aplicación del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales supone que los recursos de los que se trata se encuentran en el territorio del Estado que invoca el principio... Desde la perspectiva de la lógica, Guinea Bissau no puede sostener que la norma que determinó cuál era su territorio marítimo (el acuerdo de 1960) le ha quitado parte del territorio marítimo que “le pertenecía”. Esta afirmación sola tiene sentido si había una norma jurídica anterior que le atribuía dicho territorio, lo cual no ha sido demostrado en el presente arbitraje. El que pretenda haber sido desposeído de una parte de su territorio o de sus recursos naturales debe primero demostrar que le pertenecían”<sup>120</sup>.

---

120 *Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, *RGDIP* Tome 94/1990/1, pág. 232, par. 39.

Lo mismo ocurre en el caso colombiano: pretender que la Corte no puede modificar el territorio nacional, máxime cuando la instancia no ha sido introducida por acuerdo mutuo (compromiso), es un argumento prejuicioso, ya que supone que el territorio pretendido por Nicaragua ha sido y es propio. Si la Corte atribuye las islas y cayos disputados a Nicaragua, ello significa que, a la luz del derecho internacional y no de las constituciones colombianas, el territorio era nicaragüense, por lo que no hubo ninguna desposesión. Nicaragua pretende una sentencia declarativa, esto es,

“que está destinada a hacer reconocer una situación de derecho de una vez por todas y con efecto obligatorio entre las partes, de tal manera que la situación jurídica así establecida no pueda más ser disputada”<sup>121</sup>.

Por ende, incluso aceptando que la Corte pudiese estar sometida en el ejercicio de la función judicial internacional a la competencia exclusiva del Congreso colombiano en el *treaty making power* de Colombia en cuestiones territoriales, dicha competencia no se vería afectada ya que no la tenía respecto a las islas y zona marítima disputadas.

Sin duda, sobre todo tratándose de delimitaciones marítimas, el Estado territorial tiene una competencia exclusiva, pero la validez y oponibilidad de su delimitación está sometida al respeto del derecho internacional aplicable<sup>122</sup>. Ello explica que los tratados territoriales tengan efectos *erga omnes*. Como lo ha subrayado la doctrina, no se trata de una excepción al principio del *res inter alios acta*, sino de una consecuencia lógica del carácter exclusivo

---

121 *Arrêts n° 7 et 8 (interprétation)*, *CPJ Série A*, n° 13, pág. 20.

122 “*La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international, elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l’Etat riverain telle qu’elle s’exprime dans son droit interne. S’il est vrai que l’acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l’Etat riverain a seule qualité pour y procéder; en revanche la validité de la délimitation à l’égard des Etats tiers relève du droit international*”, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, *CIJ Recueil* 1951, pág. 134.



de las competencias que poseen los estados parte para negociar y concluir un acuerdo sobre sus respectivos territorios<sup>123</sup>.

Además, como lo indicamos anteriormente, aunque la declaración de aceptación prevista en el artículo 36. 2. del Estatuto de la Corte sea un acto unilateral, da origen a relaciones convencionales. La sola declaración de un Estado no basta. Se requiere que el Estado demandado haya también emitido una declaración de aceptación en los mismos términos. Ya que, como lo vimos, la denuncia colombiana del 5 de diciembre no produce efectos, Colombia no puede decir que se ve obligada a aceptar que la Corte revise la solución territorial contenida en el tratado de 1928 sin su consentimiento. Desde el día en que Colombia aceptó la jurisdicción obligatoria —y al no haber presentado reservas sobre este tipo de diferendos—, hizo saber a todos los demás estados parte del Estatuto que no habían excluido de la jurisdicción de la Corte los diferendos territoriales y marítimos, por lo que la Corte les está abierta para dicho tipo de diferendos. Lo mismo ocurre respecto a la cláusula compromisoria contenida en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá.

SECCIÓN SEGUNDA. LA CORTE ES COMPETENTE EN MATERIAS DE  
ATRIBUCIÓN Y DELIMITACIÓN CUANDO LA INSTANCIA HA SIDO  
INTRODUCIDA UNILATERALMENTE POR MEDIO DE UNA SOLICITUD  
(*REQUÊTE O APPLICATION*)

El argumento según el cual la Corte es incompetente porque la introducción de la causa nicaragüense (*saisine*) debía realizarse a través de la notificación de un compromiso entre Colombia y Nicaragua en el que los dos estados aceptan la jurisdicción de la Corte para el diferendo objeto de la solicitud nicaragüense y no a través de una solicitud unilateral, es sencillamente aberrante.

---

123 DUPUY PIERRE-MARIE, *Droit international public*, 3ª edición, Dalloz, París, 1995, pág. 32, § 48.

Para el Dr. CAVELIER (sin embargo, el Dr. LOZANO sostiene la misma tesis), es el propio Estatuto de la Corte el que exige un compromiso cuando la Corte no es competente en virtud de las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte:

“el artículo 36, parágrafo 1, del Estatuto de la Corte, extiende la competencia de aquélla a “todos los litigios” que las partes le sometan. Cualquiera de esos litigios debe ser sometido a la Corte conjuntamente por las partes. Es decir, las partes deben celebrar previamente un “compromiso” determinado la materia del diferendo que le someten a la Corte”<sup>124</sup>.

Ambas tesis son manifiestamente contrarias al Estatuto de la CIJ y a la práctica que este órgano y su predecesor han seguido por casi 80 años. Para que no persista la más mínima duda, como dijo “Jack el destripador”: “vayamos por partes”. Iremos pues de lo general a lo particular y por ende empezaremos con el argumento según el cual, a falta de competencia en virtud de las declaraciones previstas en el artículo 36. 2. del Estatuto, la Corte sólo sería competente en virtud de un compromiso y estudiaremos la tesis según la cual son los diferendos territoriales los que deben necesariamente ser llevados a la Corte mediante un compromiso. Luego demostraremos que la Corte es competente *ratione materiae*.

1. LA INSTANCIA HA SIDO VÁLIDAMENTE INICIADA POR NICARAGUA AL HABER INCOADO LA ACCIÓN MEDIANTE UNA SOLICITUD UNILATERAL

La tesis de la obligatoriedad del compromiso parece tener origen, según nosotros, en una mala interpretación del Estatuto de la CIJ, en particular del artículo 36. 1. según el cual:

“La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.

---

124 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, págs. 11-12.

La expresión “los litigios que las partes le sometán” se refiere a las partes del Estatuto de la Corte y a las partes del diferendo en particular aunque debemos aceptar que la interpretación tradicional y unánime entre los internacionalistas es que se hace referencia a la competencia facultativa de la Corte la cual es otorgada por vía de compromiso. Sin embargo, la disposición que se comenta no se limita a prever la competencia facultativa por vía de compromiso, ya que igualmente consagra, como lo indicamos antes, la competencia obligatoria de la Corte prevista en otros tratados: “todos los asuntos especialmente previstos...”. Se trata, ni más ni menos, que de las cláusulas “compromisorias” o jurisdiccionales y de los tratados de solución pacífica de los diferendos<sup>125</sup>. La doctrina que criticamos sencillamente borra esta importantísima (y hoy abrumadoramente mayoritaria) fuente de competencia de la CIJ. La posición que criticamos actúa como si sólo existieron dos formas de acceder a la Corte: el compromiso y las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria. Sin embargo, existen igualmente las “cláusulas compromisorias” o “jurisdiccionales” y el artículo XXXI del Pacto de Bogotá invocado por Nicaragua como título de competencia de la Corte contiene justamente dicha cláusula. Como lo indicó la Corte en el *asunto Amiatelos*, el Estado que no puede invocar las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, debe invocar ya sea un compromiso o “las disposiciones de un tratado”<sup>126</sup>, como lo hizo Nicaragua respecto al Pacto de Bogotá.

---

125 “*La disposition de l'article 36, § 1 du Statut, selon laquelle la compétence de la Cour s'étendait "à tous les cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur", réservait tous les cas ... de différends susceptibles d'être portés devant la Cour par application d'une "clause compromissoire" introduites dans des conventions bilatérales ... ou dans des traités multilatéraux*”, ROUSSEAU CHARLES, *Droit international public. Tome V: Les relations conflictuelles*, Sirey, Paris, 1983, pág. 410, § 390.

126 “*La Grèce n'a pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour aux termes de l'article 36, paragraphe 2 du Statut et partant, elle ne peut qu'invoquer la compétence de la Cour aux termes de l'article 36, paragraphe 1, en vertu d'un compromis ou des dispositions d'un traité*”, *Affaire Amiatelos (Grèce c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1952, pág. 39.

De hecho, la posición de los autores colombianos que aquí se critica confunde dos cosas: el título de competencia de la Corte en el *asunto Nicaragua c. Colombia* y el medio de acceso o *moyen de saisine*. La *saisine* o acceso a la Corte no crea por sí misma la competencia de la Corte sino que le da la ocasión a la Corte de ejercer sus poderes jurisdiccionales<sup>127</sup>. Los medios para que los estados parte del Estatuto accedan a la Corte no están previstos en el artículo 36 sino en el artículo 40. 1. del Estatuto según el cual:

“Los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia de las partes”.

Existen pues únicamente dos medios, a saber: la notificación del compromiso y la solicitud unilateral, a pesar de que existen tres títulos ordinarios (es decir, distintos al *forum prorogatum*) de competencia, a saber: el compromiso, las cláusulas jurisdiccionales y las declaraciones de aceptación de jurisdicción. El instrumento de acceso o *moyen de saisine* se limita a poner en movimiento el mecanismo judicial respecto a un diferendo específico, es decir a iniciar la instancia, a establecer entre las partes, por un lado, y entre las partes y la Corte, del otro, una relación jurídica procesal en cuyo ámbito la Corte ejerce sus poderes jurisdiccionales.

Para que el acceso a la Corte o *saisine* sea válido, se requieren únicamente dos condiciones: la existencia de un acto introductivo de instancia (solicitud o notificación del compromiso) y la existencia de un título de competencia válido *prima facie*. Se satisface esta condición por la invocación, en el acto introductivo de instancia, de una cláusula compromisoria o declaración de aceptación, o por el acto mismo de acceso o *saisine* cuando se da notificación de un compromiso, que sirve a la vez de acto

---

127 Sobre la distinción entre títulos de competencia y medios de acceso a la CJ véase ABI-SAAB GEORGES, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 1967, pág. 49.

introdutivo de instancia y de título de competencia<sup>128</sup>. El Estado puede igualmente no invocar ningún título de competencia, en cuyo caso el acto introductivo toma la forma de una invitación o proposición al Estado demandando para presentarse ante la Corte. La Corte tan sólo notifica la solicitud a la otra parte, dándole la oportunidad de someterse a la Corte. Si el Estado invitado contesta la competencia de la Corte o sencillamente guarda silencio y no se presenta, la Corte ordenará la radiación del asunto dándole fin a la instancia mediante una ordenanza<sup>129</sup>. Por el contrario, si no objeta la competencia de la Corte y presenta una contramemoria, habrá consentimiento tácito: es el *forum prorogatum*.

Es pues tan sólo el desconocimiento del Estatuto el que puede llevar a creer que los artículos 36 y 40 sólo consagran dos títulos de competencia (el compromiso y las declaraciones de aceptación). La realidad es que sólo existen dos medios para introducir una instancia contenciosa ante la CIJ (la notificación del compromiso y la solicitud unilateral)<sup>130</sup> pero tres títulos de competencia ordinarios (compromiso, cláusula compromisoria o jurisdiccional y declaraciones unilaterales) y uno extraordinario (el *forum prorogatum*). Para ser más exactos debe subrayarse que de hecho sólo existe una fuente de competencia: el consentimiento de los estados, aunque éste se puede expresar de las cuatro formas arriba indicadas. En tanto exista el consentimiento de los estados demandante y demandado, ya sea porque se concluyó un compromiso o porque los dos estados son parte de un tratado que

---

128 *Ibid.*, pág. 50.

129 *Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage (Etats-Unis d'Amérique c. Hongrie)*, ordonnance du 12 juillet 1954, *CIJ Recueil* 1954, pág. 101; *affaire de l'incident aérien du 10 mars 1953*, ordonnance du 14 mars 1956, *CIJ Recueil* 1956, pág. 8; *affaire de l'Antarctique (Royaume-Uni c. Argentine)*, ordonnance du 16 mars 1956, *CIJ Recueil* 1956, pág. 14; *affaire de l'incident aérien du 7 novembre 1954*, ordonnance du 7 octobre 1959, *CIJ Recueil* 1959, pág. 278.

130 En este sentido ROUSSEAU CHARLES, *op. cit. supra.*, pág. 429, § 411 y pág. 452, § 439.

contiene una cláusula compromisoria o jurisdiccional o porque ambos han hecho las “mismas” declaraciones de aceptación, los estados en cuestión se benefician del principio fundamental según el cual tienen absoluta libertad en cuanto al medio de acceso (*moyen de saisine*): la existencia de un compromiso no excluye la posibilidad de invocar una cláusula compromisoria y las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria. Por el contrario, se suman y es usual que los estados que presentan una solicitud invoquen tanto una cláusula compromisoria como las declaraciones de aceptación, tal y como lo hizo Nicaragua. En las palabras de la CPJ,

“la multiplicidad de obligaciones asumidas a favor de la jurisdicción obligatoria da fe de la voluntad entre los contratantes de abrir nuevas vías de acceso a la Corte en vez de cerrar las antiguas o de neutralizarlas mutuamente para llegar a la falta de competencia de la Corte”<sup>131</sup>.

Por otra parte, no existe ningún requisito de admisibilidad formal que imponga una forma específica al acto introductivo de instancia según el título de competencia que se invoca. Este principio fue claramente establecido por la CPJ cuando afirmó que:

“la aceptación; por un Estado, de la jurisdicción de la Corte en un caso particular, no está, según el Estatuto, sometido al respeto de ciertas formas, como por ejemplo, el establecimiento de un compromiso formal previo”<sup>132</sup>.

Durante la elaboración del reglamento de 1936 los jueces de la CPJ reafirmaron que era contrario a la jurisprudencia de la Corte la cual admite claramente,

“la posibilidad que su competencia se base en un acuerdo entre las partes por fuera de todo acto formal”,

---

131 *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires, CPJ Série A/B, n° 77, pág. 76.*

132 *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), exceptions préliminaires, CPJ Série A, n° 15, pág. 23.*

es decir, por fuera del compromiso y se concluyó que era inoportuno todo requisito

“que haga aun más difícil para los estados presentar sus diferendos ante la Corte”<sup>133</sup>.

El argumento adelantado por los autores colombianos arriba citados fue igualmente sostenido por algunos estados ante la CIJ. En el *asunto sobre el estrecho de Corfú*, Albania alegaba que Gran Bretaña no podía introducir el diferendo ante la CIJ por “vía directa”, es decir, mediante una solicitud y que la solicitud era inadmisibile ya que:

“el gobierno del Reino Unido introdujo la solicitud en violación de las disposiciones del artículo 40, parágrafo 1 y del artículo 36, parágrafo 1 del Estatuto de la Corte”.

La Corte, que calificó esta excepción como “excepción de inadmisibilidad fundada en un vicio de forma de la solicitud” y no como una excepción de incompetencia como lo hacen los autores colombianos citados, rechazó dicho argumento apoyándose en la decisión de la CPJI. Las palabras de la Corte son de suma importancia para nuestro estudio por cuanto desvirtúan explícitamente la tesis de los autores precitados:

“La tesis albanesa... reposa esencialmente sobre el postulado que la vía de la solicitud sólo tendría lugar en el ámbito de la jurisdicción obligatoria, la vía del compromiso siendo la única abierta en caso contrario.

Se trata de una pura afirmación sin ningún fundamento en uno u otro de los textos invocados. El artículo 32, parágrafo 2 del Reglamento, no exige imperativamente sino “en cuanto sea posible” la mención, en la solicitud, de la disposición por la cual el solicitante pretende establecer la competencia de la Corte, y parece implicar, por sí mismo y por las consideraciones que inspiraron su redacción, que la vía de la solicitud no está exclusivamente reservada al ámbito de la jurisdicción obligatoria”<sup>134</sup>.

---

133 CPJI *Série D*, págs. 65-69.

134 *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, CIJ *Recueil* 1947-1948, pág. 27.

La Corte concluyó que:

“no puede tener por irregular una vía que no está excluida por ningún texto”<sup>135</sup>.

Como lo indica el profesor ABI-SAAB,

“estamos obligados a concluir, a la luz de la jurisprudencia en la materia, que no existen fórmulas obligatorias en cuanto al acto introductivo de instancia según el título de competencia”<sup>136</sup>.

Es cierto que casi la mitad de las controversias sometidas a la Corte en relación con los contenciosos sobre delimitación territorial y marítima han utilizado la vía del compromiso: *plataforma continental (Túnez y Libia)*; *plataforma continental (Libia y Malta)*; *delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine (Estados Unidos y Canadá)*; *controversia fronteriza (Burkina Faso y Malí)*; *controversia territorial (Libia y Chad)*; *controversia fronteriza, insular y marítima (El Salvador y Honduras)*. Es igualmente cierto que la Corte ha declarado que:

“para que ésta esté habilitada a trazar líneas de delimitación marítima... debe haber recibido mandato en este sentido, ya sea en términos expresos o en virtud de una interpretación legítima del compromiso”<sup>137</sup>.

Sin embargo, esto traduce tan sólo una tendencia<sup>138</sup>, impulsada por la Corte a través de su Reglamento de 1979, a la “arbitralización” del proceso contencioso de la Corte<sup>139</sup>. En efecto,

---

135 *Ibíd.*, pág. 28.

136 ABI-SAAB GEORGES, *op.cit. supra.*, pág. 112.

137 *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *ICJ Reports*, 1992, pág. 582, par. 373.

138 En este sentido, RIQUELME CORTADO ROSA MARÍA, *La intervención de terceros estados en el proceso internacional*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 30.

139 ABI-SAAB GEORGES, “*De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes*”, *RGDIP* Tome 1992/2, págs. 289-290.



el compromiso abre una serie de ventajas a los estados que no poseen cuando por el contrario acuden unilateralmente a la Corte<sup>140</sup>. Pero la práctica reciente demuestra, por el contrario, que la Corte sí es competente para juzgar casos sobre delimitación marítima y territorial introducidos unilateralmente por una de las partes mediante una solicitud. El precedente más claro e innegable en este sentido es el *asunto sobre la delimitación de la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*. En ese caso, Dinamarca introdujo la instancia sobre delimitación marítima por una solicitud e invocó las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de Dinamarca y de Noruega (es decir, el artículo 36. 2. del Estatuto)<sup>141</sup>, lo que no impidió que la Corte tomara una decisión de fondo. Por otra parte, el *dictum* de la Corte en el *asunto sobre el diferendo territorial, insular y marítimo (El Salvador / Honduras)* según el cual la Corte debe haber recibido un mandato de las partes para delimitar zonas marítimas, no es una regla general inherente a la competencia general de la Corte. Todo compromiso otorga por su propia naturaleza tan sólo una competencia especial *ratione materiae* a la Corte. Se trata de una regla aplicable exclusivamente a la jurisdicción de la Corte por vía de compromiso, el cual es un tratado y por ende una *lex specialis*, en el que las partes delimitan la jurisdicción de la Corte respecto a un asunto determinado. En ese mismo asunto la Corte afirmó:

“Para determinar el sentido ordinario que se debe atribuir a los términos de un tratado, lo apropiado es comparar sus términos a los que son generalmente

---

140 Primeramente monetarios, ya que sólo los estados que acuden a la Corte por vía de compromiso pueden aprovechar del fondo social instituido por la Asamblea General de las Naciones Unidas para costear el litigio ante la Corte; segundo, sólo a través de un compromiso pueden los estados parte solicitar que sea una sala especial y no el pleno de la Corte la que juzgue. Ello le da celeridad y reduce los riesgos judiciales, pues es más fácil convencer a 3 de 5 jueces que a 8 de 15; tercero, el compromiso permite restringir el campo de acción de la Corte, al someterle unas preguntas específicas, previamente negociadas por las partes. Ello es siempre un atractivo adicional para los estados celosos de su soberanía.

141 *Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, *cu Recueil* 1993, pág. 41, par. 1.

o usualmente utilizados para expresar la idea que se quiso una delimitación. Cada vez que en el pasado la Corte se ha visto conferida por un compromiso la misión de delimitar, el compromiso establecía claramente lo que se le pedía: la formulación de principios o reglas que permitieran a las partes entenderse sobre una delimitación, la aplicación precisa de estos principios o reglas (véanse *asuntos de la plataforma continental del mar del Norte, asuntos de la plataforma continental (Túnez / Libia) y de la plataforma continental (Libia / Malta)* o el trazado propiamente dicho de la línea de delimitación (*asunto sobre la delimitación de la frontera marítima en la región del golfo de Maine*)”<sup>142</sup>

2. LA CORTE ES COMPETENTE *RATIONE MATERIAE* PARA DECIDIR SOBRE LA NULIDAD DEL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS ASÍ COMO SOBRE LAS DEMÁS PRETENSIONES NICARAGÜENSES

Recordemos que según los doctores LOZANO SIMONELLI y CAVELIER, la Corte sería incompetente por cuanto su Estatuto no prevé expresamente que tenga competencia para anular un tratado. Lo mismo puede decirse de las demás pretensiones nicaragüenses que no están previstas por el artículo 36. 2. del Estatuto, por lo que al no haber sido iniciada la instancia mediante un acuerdo entre las partes otorgándole competencia en estas materias, la Corte deberá declinar su competencia.

En el *asunto sobre la compañía de electricidad de Sofía y Bulgaria*, Bulgaria presentó este tipo de excepción preliminar, alegando que el diferendo no entraba en ninguna de las categorías enumeradas por el artículo 36. 2. La CPJI, quien rechazó el carácter exclusivamente preliminar de dicha excepción, señaló que se trata de una

“disposición general que enumera los diferendos de orden jurídico para los cuales la Corte es competente”<sup>143</sup>.

142 *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *ICJ Reports*, 1992, pág. 586, par. 380.

143 *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie, exceptions préliminaires*, *CPJI Série A/B*, n° 77, pág. 82.

Esto nos lleva a distinguir la competencia general de la CIJ de la competencia especial de la CIJ.

La competencia general está determinada por la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte y el Reglamento. La competencia general *ratione materiae* de la Corte está determinada por los artículos 36, 38 y 65 del Estatuto. El artículo 36. 1. prevé que:

“la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos... en los tratados y convenciones vigentes”.

El artículo 36. 2. consagra la competencia de la Corte en:

“todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que... constituiría la violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

La delimitación de la competencia especial *ratione materiae* tiene que ver con los casos en los que el consentimiento de los estados es otorgado en límites más estrechos o amplios que los previstos por el artículo 36. 2., sobre todo tratándose de las cláusulas compromisorias contenidas en los tratados y de las declaraciones de aceptación, aunque también se da cuando el consentimiento de las partes versa sobre un diferendo específico (por compromiso). Esta restricción a la competencia *ratione materiae* de la Corte tiene por origen la libertad de los estados para someterse a la jurisdicción de la Corte y el poder de restringir la competencia de ésta. Naturalmente, en la medida en que existan limitaciones a la competencia general de la Corte y que ésta afirme su competencia especial, el estudio de la competencia general se hace superfluo.

a) *La Corte tiene competencia general ratione materiae para conocer del asunto sobre el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*

Ya que tanto la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de Nicaragua como la de Colombia no prevén ninguna reserva *ratione materiae*, no existe, en lo que concierne este título de competencia, ninguna competencia especial. Estamos pues ante la competencia general *ratione materiae* prevista en el artículo 36. 2. del Estatuto.

Al respecto, el argumento de los doctores CAVELIER<sup>144</sup> y LOZANO SIMONELLI es que la Corte no es competente *ratione materiae* en virtud del numeral a) del artículo 36. 2., ya que esta disposición tan sólo le otorga competencia a la Corte para interpretar tratados y no para anularlos como lo pide Nicaragua en su solicitud. Se trata de un argumento textualista que aunque sea muy común en la práctica jurídica interna es totalmente ajeno al derecho internacional cuya principal característica es su antiformalismo. El hecho de que el artículo 36. 2. sólo prevé los diferendos relativos a la interpretación de los tratados no significa que, por una especie de abusivo argumento a contrario o *ad excludendum*, los diferendos sobre la aplicación, violación y nulidad de los tratados están excluidos.

La tesis según la cual los diferendos relativos a la nulidad de los tratados no hacen parte de la competencia general *ratione materiae* de la Corte es contraria a la jurisprudencia de la CIJ. En el *asunto relativo a la jurisdicción del Concejo de la OACI*, la Corte debía determinar si dicho órgano tenía competencia para decidir sobre la violación de un tratado supuestamente terminado en virtud de la *exceptio non adimpleti contractus*, siendo que según el artículo 84

---

144 “No se trata de interpretación pues la solicitud pretende que la Corte declare inválido un tratado perfeccionado y existente que no puede ser invalidado o terminado por Nicaragua por el procedimiento de proceso ante la Corte, sino solamente de la manera prescrita en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, o en el derecho consuetudinario”, CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, pág. 18.

de la Convención de Chicago de 1944 tiene competencia sobre la aplicación o interpretación de dicho tratado. Según India, el Concejo era incompetente ya que no podía decidir sobre la extinción de un tratado y que para decidir si el tratado en cuestión estaba efectivamente terminado debía aplicar la Convención de Viena de 1969 y el derecho de los tratados, es decir un *corpus juris* exterior al tratado:

“el asunto sometido al Concejo por Pakistán tiene por objeto una cuestión relativa a la extinción o a la suspensión de los tratados y no respecto a su interpretación o aplicación, siendo que sólo la interpretación y la aplicación entran dentro de la competencia del Concejo según las cláusulas jurisdiccionales aplicables”<sup>145</sup>.

La Corte afirmó que para responder debía primero saber si el tratado había sido o no extinguido o suspendido, punto que hace parte de la competencia del Concejo y que se trataba de una cuestión de fondo, aunque admitió que la calificación entre la interpretación y la vigencia del tratado puede ser una cuestión previa, por lo que no dio ninguna respuesta definitiva<sup>146</sup>. Sin embargo, esta decisión sólo puede entenderse si se tiene en cuenta que la competencia especial de la Corte en este diferendo era extremadamente reducida: la CIJ actuaba como jurisdicción de apelación del Concejo de la OACI y sólo podía estatuir sobre la decisión de competencia de dicho órgano y no sobre el fondo del asunto que le fue presentado por Pakistán contra India<sup>147</sup>. Ya que el argumento en cuestión implicaba prejuzgar sobre la extinción o suspensión del tratado, la Corte no podía decidir. Sin embargo, no olvidemos que, como lo indicamos anteriormente, la Corte dijo que la declaración unilateral de extinción del tratado por parte de India no menoscababa en lo más

---

145 *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICJ. Council (India v. Pakistan)*, judgment, *ICJ Reports* 1972, pág. 62, par. 29.

146 *Ibid.*, págs. 65-66, par. 34.

147 *Ibid.*, págs. 51-52, par. 11.

mínimo la competencia. Como lo indicó el juez DE CASTRO, admitir la tesis India lleva, ni más ni menos, a admitir que el Estado defensor pueda

“artificialmente transvertir o simplemente bautizar como diferendo sobre la extinción de un tratado, un diferendo sobre la existencia de la violación de un tratado... Podemos concluir con convicción que el artículo 84... otorga competencia al Concejo para todas las cuestiones relativas a la violación de las obligaciones que nacen de la Convención o del Acuerdo, puesto que tiene competencia para decidir sobre todo desacuerdo a propósito de la interpretación o de la aplicación de la Convención y del Acuerdo de tránsito”<sup>148</sup>.

En el *asunto sobre el personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, la Corte destacó que la cláusula compromisoria o jurisdiccional contenida en los tratados de Viena de 1961 y de 1963 le daban competencia para decidir sobre las violaciones de dichos tratados alegados por los Estados Unidos. Según la Corte:

“por su propia naturaleza, todas las pretensiones se relacionan con la interpretación o la aplicación de una y otra de las dos convenciones”<sup>149</sup>.

Lo interesante es que dichas cláusulas, como en casi todos los casos, sólo prevén la competencia de la Corte sobre diferendos relativos a la interpretación o aplicación de dichos tratados y no sobre su violación y subsiguiente responsabilidad. Desde el momento en que un título de competencia le permite juzgar sobre la interpretación de un tratado, es igualmente competente para decidir sobre la aplicación o ejecución del tratado, sobre su violación y necesariamente sobre su validez. No existe pues la exclusión defendida por los autores citados. Ello es lógico y evidente en la medida en que la solución restrictiva sería una

---

148 *Opinion individuelle du juge DE CASTRO*, *ibid.*, págs. 133-134.

149 *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis d'Amérique à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. République Islamique d'Iran)*, *CJ Recueil* 1980, pág. 25, par. 46.

interpretación absurda de la cláusula compromisoria contraria al principio del efecto útil que la jurisprudencia internacional les ha tradicionalmente reconocido. Significaría que un Estado parte de dicho tratado puede declarar unilateralmente la nulidad de un tratado multilateral y que por cuanto alega que se trata de un problema de nulidad y no de interpretación o aplicación del tratado, la Corte sería incompetente, siendo que la CIJ en el *asunto relativo a la jurisdicción del Concejo de la OACI* refutó vehementemente dicha posibilidad.

Debe resaltarse que siempre que la Corte se ha enfrentado al problema de su competencia para decidir de la extinción, violación o nulidad de un tratado, ha sido en instancias introducidas en virtud de una cláusula compromisoria que, por naturaleza, hacen parte de la competencia especial *ratione materiae* de la Corte. Tratándose de instancias introducidas con base en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, ese problema sencillamente no se presenta ya que las materias previstas en los literales a), c) y d) son cuestiones de derecho internacional que entran dentro del literal b)<sup>150</sup>.

En todo caso creemos que es absurdo afirmar que la CIJ, la corte de cortes en derecho internacional, no tiene competencia general *ratione materiae* sobre diferendos relativos a la nulidad de los tratados. Creemos que toda duda al respecto sólo surge tratándose de la competencia especial de la Corte en virtud de las cláusulas compromisorias o jurisdiccionales particulares y que incluso en dichos casos, la Corte es competente para decidir sobre la nulidad del tratado. Por el contrario, el principio general es que:

“la Corte es siempre competente desde el momento en que éstas (las partes) aceptan su jurisdicción, pues no hay ningún diferendo que los estados admitidos a actuar ante la Corte no le puedan someter”<sup>151</sup>.

---

150 COLLIER JOHN, LOWE VAUGHAN, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 140.

151 *Droits des minorités en Haute-Silésie (Ecoles minoritaires)*, *CPJ Série A*, n° 15, pág. 22.

Ello fue claramente reiterado por la CPIJ en otro asunto:

“Como la Corte lo dijo en su sentencia 12... el artículo 36 del Estatuto consagra el principio según el cual la jurisdicción de la Corte depende de la voluntad de las partes; la Corte es entonces siempre competente desde en el momento en que éstas aceptan su jurisdicción, pues no hay ningún diferendo que los estados admitidos a actuar ante la Corte no puedan someterle, salvo los casos excepcionales en los que un diferendo haría parte de la competencia exclusiva de otro órgano”<sup>152</sup>.

Por otra parte, existe efectivamente un problema de interpretación del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS ya que, con justa razón, Nicaragua alega que no se ha establecido una delimitación marítima de la ZEE y de la plataforma continental, mientras que Colombia ha obstinadamente afirmado durante tres décadas que el meridiano 82 es una frontera marítima. Esta parte del diferendo es innegablemente una disputa relativa a la interpretación del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, por lo que una vez más, se reafirma la competencia de la Corte para decidir del diferendo marítimo. Cada vez que los tribunales internacionales se han enfrentado a una oposición de tesis de este tipo, han dicho que se trataba de un diferendo relativo a la interpretación de un tratado, como lo hizo el tribunal arbitral que decidió *el laudo arbitral sobre la delimitación de la frontera marítima entre Senegal y Guinea Bissau*, así como la CIJ en el *asunto sobre el diferendo territorial (Libia c. Chad)*.

Mientras que el Dr. LOZANO no toma en cuenta el numeral b) del artículo 36. 2. del Estatuto según el cual la Corte es competente sobre “cualquier cuestión de derecho internacional”, el Dr. CAVELIER considera que “tal cuestión no se halla invocada ni sustentada en la solicitud”.

Pero, la declaración de nulidad absoluta de un tratado territorial y el regreso al *statu quo* antes, es decir la atribución de los territorios

---

152 *Usine de Chorzow*, fond, *CPIJ Série A*, n° 17, págs. 37-38.



—así coincida o no con la que preveía del tratado anulado—, así como la delimitación marítima subsiguiente, son cuestiones de derecho internacional en el sentido del literal b del artículo 36. 2., que al no haber sido reservadas por Colombia y Nicaragua, hace innegablemente parte de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Afirmar, como lo hace el Dr. CAVELIER, que Nicaragua no ha sustentado ninguna cuestión de derecho internacional en su solicitud<sup>153</sup> es simplemente aberrante pues difícilmente pueden encontrarse cuestiones que sean más internacionales que la nulidad de un tratado internacional y las cuestiones territoriales.

Tercero, Nicaragua solicita a la Corte que reconozca la responsabilidad internacional de Colombia por los actos que realizó contra la libertad de pesca de los buques nicaragüenses en las zonas que la Corte reconocerá como siendo nicaragüenses. ¿Cómo no reconocer, con un simple vistazo, que se trata de una cuestión que entra dentro del numeral c) del artículo 36. 2. del Estatuto?

En conclusión, si el canciller DE SOTO hubiese sido verdaderamente diligente y Colombia hubiese estado realmente preparada para el diferendo, no habría necesitado denunciar la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Le hubiese bastado, como hizo Canadá respecto a su legislación pesquera, emitir una reserva a dicha declaración afirmando que Colombia no reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte tratándose de cuestiones territoriales y marítimas. Pero ya es demasiado tarde para creer que con argumentos manifiestamente erróneos e infundados respecto a la incompetencia general *ratione materiae* de la Corte, pueden obtenerse los resultados que una simple reserva a la declaración de aceptación de Colombia hubiese logrado “sin sudor ni lágrimas”.

---

153 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, pág. 18.

b) *La Corte tiene competencia ratione materiae especial para conocer del asunto sobre el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*

La competencia especial *ratione materiae* está regida por las limitaciones especiales previstas por las declaraciones de aceptación de los estados involucrados o por los propios términos de la cláusula compromisoria o jurisdiccional. En el *asunto Nicaragua c. Colombia*, las únicas limitaciones *ratione materiae* susceptibles de restringir la competencia general de la Corte deben encontrarse en el Pacto de Bogotá. Ya analizamos una, a saber los diferendos solucionados antes de la conclusión del pacto por un tratado, por un laudo arbitral o por sentencia (artículo VI). La propia cláusula convencional (artículo XXXI) prevé un catálogo de materias sobre las cuales la CIJ es competente. En realidad, no hace más que reproducir los numerales del artículo 36. 2. del Estatuto, por lo que debe concluirse que dicha cláusula reconoce la competencia general *ratione materiae* de la Corte. Los artículos V y VII del pacto prevén dos limitaciones a todos los mecanismos de solución pacífica de los diferendos previstos en el pacto. Según el artículo V,

“dichos procedimientos no podrán aplicarse a las materias que por su esencia son de la jurisdicción interna de los estados”,

pero reconoce que si el diferendo recae sobre la calificación de una materia como parte del ámbito reservado de los estados, la CIJ será competente para decidir “a solicitud de cualquiera de ellas”. El artículo VII prevé una limitación a la acción de protección diplomática bastante oscura pues afirma que ninguna jurisdicción internacional podrá conocer de dichas acciones

“cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo”.

Una disposición bastante importante es el artículo XXXIV:

“si la Corte se declara incompetente para conocer de la controversia por motivos señalados en los artículos 5, 6 y 7 de este tratado, se declarara terminada la controversia”.

En otras palabras, la decisión de incompetencia de la Corte hace que el diferendo, así no reciba una solución de fondo definitiva, desaparezca del mundo jurídico. Esta curiosa disposición hace que una decisión preliminar tenga efectos de cosa juzgada respecto al fondo —en la práctica— perennizando el *statu quo* entre las partes. Ello no impide que las partes decidan negociar o llevar la cuestión ante un tribunal arbitral, pero elimina toda iniciativa unilateral ya que el Estado demandado podrá, con base en la decisión de incompetencia, alegar la inexistencia del diferendo.

Ahora, ¿estas limitaciones afectan la competencia de la Corte para conocer del diferendo que le ha sido presentado por Nicaragua?

Habiendo ya estudiado los efectos del artículo VI, nos limitaremos a las restricciones previstas en los artículos V y VII. De plano, el artículo VII no afecta en lo más mínimo la competencia general que el artículo XXXI reconoce ya que la acción nicaragüense no es una acción de protección diplomática de uno de sus nacionales. En cuanto a la exclusión de las cuestiones que hacen parte del ámbito reservado de los estados —la cual de todos modos es una limitación inherente a toda jurisdicción internacional salvo acuerdo de las partes y que por ende es superflua—, ya hemos dicho que la atribución de un territorio, la delimitación marítima, la nulidad de un tratado internacional y el reconocimiento de la responsabilidad internacional, son cuestiones de derecho internacional. En este sentido, poco o nada importa lo que pretenda la Constitución colombiana, pues lo único que cuenta es la práctica internacional. En efecto, determinar si una cuestión hace parte de la competencia exclusiva de un Estado, no se hace a partir de lo que crea el derecho interno del Estado respectivo sino del derecho internacional. De hecho, la competencia exclusiva de los estados o ámbito reservado es una cuestión relativa: no existen cuestiones que, por su propia naturaleza o esencia, sean del ámbito reservado de los estados. Basta que el derecho internacional tenga una regla

aplicable al punto o materia en cuestión, para que se convierta en una cuestión de derecho internacional<sup>154</sup>.

Al respecto, basta recordar que desde la edad media, los estados han celebrado tratados, arbitrajes y conciliaciones respecto a cuestiones fronterizas. El régimen territorial, la soberanía de un Estado sobre unas islas, no puede —ni es ser regulada por la legislación interna de un Estado. En cuanto a las delimitaciones marítimas, si bien un Estado puede unilateralmente delimitar sus zonas marítimas y de hecho lo hacen, la validez de dicha delimitación y su oponibilidad dependen del respeto de las reglas pertinentes del derecho internacional. Si dos delimitaciones unilaterales chocan entre sí y dan origen a un diferendo internacional es tan sólo el derecho internacional que es aplicable. Tanto más cuando, como lo alega Nicaragua, Colombia no tenía competencia o legitimidad para delimitar zonas marítimas que no son suyas. En cuanto a los tratados, es evidente que toda cuestión relativa a su interpretación, aplicación y vigencia, son, según la propia CIJ, cuestiones que “entran por su propia naturaleza dentro de las atribuciones de la Corte”<sup>155</sup>.

Finalmente, el Pacto de Bogotá, el cual es el título principal de competencia invocado por Nicaragua, establece expresamente en el artículo XXXI que las partes pueden acudir a la CIJ sin ningún acuerdo especial y como lo ha constatado la doctrina:

“es casi evidente que el asunto será llevado ante la Corte por una solicitud en donde se indicará el objeto del diferendo y la competencia de la Corte será obligatoria... En otras palabras, una de las partes del diferendo tiene el

---

154 El *Case Law* en esta materia es la decisión de la CPIJ según la cual: “*les mots “compétence exclusive” semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d’un Etat ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ses décisions. La question de savoir si rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d’un Etat est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux*”, *Décrets de nationalité promulgué à Tunis et au Maroc*, CPIJ Série B, n° 4, pág. 24.

155 *Traité de Paix (Première phase)*, *opinion consultative*, CIJ Recueil 1950, pág. 70.

derecho... de exigir de forma unilateral que el otro Estado se someta a la jurisdicción obligatoria de la Corte internacional de La Haya<sup>156</sup>.

Por otra parte, cuando en 1948 algunos estados invocaron su preferencia por la creación de un tribunal internacional interamericano, la mayoría le dio preferencia a la CIJ sosteniendo que la Corte podría resolver todo tipo de diferendos que pudiesen surgir entre estados americanos<sup>157</sup>.

#### TÍTULO CUARTO. LA NULIDAD DEL CONSENTIMIENTO NICARAGÜENSE PARA SOMETERSE A LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Según los doctores LOZANO SIMONELLI y CAVELIER si, como dice Nicaragua, el tratado de 1928 es nulo por la ocupación americana, entonces deben serlo todos los tratados y actos internacionales realizados por Nicaragua en dicha época. Por lo tanto, tanto la aceptación de jurisdicción obligatoria de la Corte, como el Pacto de Bogotá, serían nulos y por ende la Corte carecería de competencia:

“El fundamento de la demanda de Nicaragua está en haber aceptado la jurisdicción de la Corte por nota del 24 de septiembre de 1929, la cual ha sido tenida por válida por la Corte.

Pero Nicaragua en su demanda afirma que el tratado de 1928 con Colombia es inválido por haber sido celebrado y ratificado en 1930 en un período en el cual Nicaragua mantenía tropas americanas en su suelo. La invalidez radica, según Nicaragua, en que personas que representaban a ese país en esa época estaban bajo la influencia de los norteamericanos y obraba en contra de los intereses nicaragüenses.

---

156 GÓMEZ ROBLEDO ALONSO, “*Le Traité américain de règlement pacifique et la Cour internationale de justice*”, *AFDI* Tome XLI, 1995, pág. 372.

157 CAICEDO CASTILLA JOSÉ JOAQUÍN, *La obra del Comité Jurídico Interamericano*, CIJ, Río de Janeiro, 1966, pág. 28.

Si esto es así, según la propia demanda de Nicaragua, su aceptación de la jurisdicción de la Corte es igualmente inválida, por haber sido en el mismo período objetado, por lo cual la Corte carece de competencia para juzgar y sentenciar sobre dicha demanda<sup>158</sup>.

Es nuestro sentimiento que esta excepción preliminar no tiene ninguna posibilidad de éxito. Por una parte, la Corte reafirmará su jurisprudencia relativa al consentimiento de los estados a la jurisdicción de la Corte que en el caso de Nicaragua ha sido varias veces admitida. Por otra parte, la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS no afecta en nada los demás actos internacionales realizados por Nicaragua en la época en cuestión. Puesto que cada tratado y acto unilateral es un acto jurídico independiente, Colombia deberá demostrar la nulidad que alega y al hacerlo favorece y facilita las pretensiones nicaragüenses. Por lo tanto, además de improcedente, esta excepción preliminar puede ser muy dañina para Colombia.

SECCIÓN PRIMERA. A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE,  
NO CABE LA MENOR DUDA SOBRE EL CONSENTIMIENTO  
DE NICARAGUA A LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE

La única cuestión pertinente para determinar si un Estado ha aceptado o no la jurisdicción obligatoria de la Corte es la de saber si la redacción empleada en la declaración de dicho Estado demuestra claramente la intención de reconocer la jurisdicción de la Corte. Al respecto, la aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de Nicaragua no deja subsistir la menor duda. Por otra parte, la propia actitud del Estado en cuestión puede igualmente ser utilizada como medio de interpretación, es decir, su práctica. Al respecto, Nicaragua puede fácilmente invocar en su favor la decisión de la Corte en el *asunto sobre el templo Preah Vihear*. En dicha ocasión, Tailandia

---

158 CAVELIER GERMÁN, *op. cit. supra.*, pág. 20.

alegaba que su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte estaba viciada por un error fundamental respecto al Estatuto de la Corte y que por ende la Corte no era competente. La Corte, teniendo en cuenta que Tailandia había aceptado en tres ocasiones la jurisdicción obligatoria de la Corte, refuto la tesis tailandesa y afirmó:

“Cuando un país ha manifestado tan claramente como lo hizo Tailandia en 1950, e incluso por su actitud constante durante varios años, la intención de someterse a la jurisdicción obligatoria... la Corte no podría admitir que esta intención haya fallado o haya sido anulada por un vicio cualquiera que sea que afectase el consentimiento otorgado, a menos que pueda demostrarse que ese vicio era tan fundamental que acarreó la nulidad del instrumento, al no haberse conformado a una prescripción jurídica fundamental”<sup>159</sup>.

La actitud de Nicaragua ante la CIJ permite deducir, sin la más mínima sombra de duda, que ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, así como la jurisdicción que le otorga la cláusula jurisdiccional contenida en el artículo XXXI del Pacto de Bogotá. En efecto, Nicaragua, a diferencia de Colombia, tiene una amplísima experiencia judicial internacional y son pocos los estados que gozan de una experiencia como la de Nicaragua ante la CIJ. Se ha presentado ante la Corte en 5 ocasiones (6 contando el caso colombiano), llegando incluso a humillar a los Estados Unidos en uno de los fallos más importantes de la jurisprudencia de la Corte. En estos casos ya ha invocado su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte, así como el Pacto de Bogotá. Por ende, a la luz de lo que dijo la Corte respecto a Tailandia en 1961, la aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de Nicaragua es innegable y ha sido establecida desde mucho tiempo atrás.

Por otra parte, en lo que concierne la posible nulidad del Pacto de Bogotá respecto a Nicaragua, los abogados nicaragüenses no tendrán ningún problema en infirmar la tesis colombiana. Les

---

159 *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1961*, pág. 34.

bastará apoyarse en la decisión de la CIJ en el *asunto relativo a la apelación sobre la competencia del Concejo de la OACI*. En dicho asunto Pakistán afirmaba que India no podía beneficiarse de la cláusula compromisoria o jurisdiccional de un tratado que, según India, estaba extinto o suspendido, sin al mismo tiempo desmentir su posición sobre la extinción de dicho tratado.

“Es ésta, según la Corte, una posición inaceptable. Las partes deben ser libres de invocar las cláusulas jurisdiccionales, en tanto sean aplicables, sin correr el riesgo, al hacerlo, de desvirtuar sus tesis de fondo, ya que esta tesis sólo podría ser declarada fundada o infundada por una decisión judicial si la cláusula que confiere competencia a un tribunal para juzgar de esta cuestión puede ser invocada como una base independiente de jurisdicción”<sup>160</sup>.

#### SECCIÓN SEGUNDA. LA NULIDAD DEL TRATADO ESGUERRA-BÁRCENAS NO AFECTA VALIDEZ DE LA DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA Y DEL PACTO DE BOGOTÁ

Nicaragua ha alegado que el tratado fue concluido por presiones americanas, es decir, por coacción y está demasiado bien asesorada como para afirmar, como lo interpretan algunos, que es la sola presencia norteamericana la que hace nulo el tratado. Naturalmente, Nicaragua debe demostrar que los Estados Unidos ejercieron ciertos actos de coerción que llevaron a y que buscaban la conclusión del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS. Si buscan demostrarlo por la sola presencia de las tropas americanas, la Corte negará la coerción y no reconocerá la nulidad del tratado. Si por el contrario demuestra la nulidad del tratado por coacción, esto no afecta en lo más mínimo la validez de los demás tratados y actos unilaterales internacionales realizados en esa época por Nicaragua. En otras palabras, no se puede inferir todos los demás actos internacionales deben ser nulos del hecho que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS sea nulo por la

---

160 *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO. Council (India v. Pakistan)*, Judgment, *ICJ Reports* 1972, pág. 54, par. 16.



coacción que ejerció un Estado ocupante. Es sencillamente absurdo pues, así haya habido presencia militar norteamericana, no puede deducirse de este hecho la apropiación sistemática y generalizada del *jus tractus* nicaragüense por los Estados Unidos.

Al respecto, existen evidencias de sobra que demuestran que los Estados Unidos estaban interesados en apropiarse de algún territorio en dicha zona del Caribe y Colombia era conciente de ello, tanto más que debió negociar los cayos de Quitasueño, Serrana y Serranilla reivindicados por los Estados Unidos paralelamente a las negociaciones con Nicaragua respecto a San Andrés y no cabe duda que el arreglo definitivo del diferendo colombo-americano dependía de un arreglo previo respecto al archipiélago sanandresano.

Por otra parte, Colombia tildó a Nicaragua, en esa misma época, de protectorado *de facto* de los Estados Unidos, ver de Estado fantoche cuando se rumoreaba una posible invasión de Nicaragua a San Andrés en nombre de los Estados Unidos. Según la diplomacia colombiana, los Estados Unidos estaban utilizando a su “protectorado *de facto*” para que Nicaragua les transfiriera luego el uso, ver la soberanía, de lo que pudiese “quitarle” a Colombia. Durante las negociaciones, Colombia protestó repetidamente por la injerencia americana, con la complicidad de Nicaragua.

Por el contrario, no existe evidencia alguna de que los Estados Unidos hayan estado interesados en obtener que Nicaragua aceptase la jurisdicción obligatoria de la CPIJ. En otras palabras, la posición que aquí se discute realiza una generalización ingenua y abusiva. Además, si Colombia quiere alegar la nulidad del consentimiento nicaragüense de la jurisdicción de la Corte, debe probarla y no puede quedarse cruzada de brazos mientras Nicaragua demuestra la causal de nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS y esperar ingenuamente que la nulidad de la declaración de aceptación nicaragüense y su ratificación del Pacto de Bogotá queden establecidas. Peor aun, mientras que Nicaragua debe demostrar la nulidad en la etapa de fondo, Colombia debe demostrar dicha nulidad en la etapa incidental consagrada a las excepciones

preliminares. La Corte no puede exigirle a Nicaragua que demuestre la nulidad del tratado en la etapa incidental que versa sobre excepciones preliminares sin prejuzgar la solución de fondo. Por el contrario, en cuanto a la nulidad que alegaría Colombia, no sólo podrá sino que deberá exigirle a Colombia que demuestre la nulidad alegada en esta etapa incidental. Corre el riesgo de que la Corte no admita la nulidad alegada por Colombia y ofrecerle a Nicaragua y a la Corte elementos probatorios que sustenten el caso de Nicaragua.

## SEGUNDA PARTE. LAS EXCEPCIONES DE INADMISIBILIDAD

A través de las excepciones de inadmisibilidad, la parte demandada busca que el juez competente no conozca de un asunto al hacer falta alguna de las condiciones de admisibilidad. Estas condiciones pueden ser materiales o formales y se trata, *lato sensu*, de las condiciones a las cuales está sometida el ejercicio de la función judicial de la Corte respecto a un asunto en concreto<sup>161</sup>. Para entender las condiciones de admisibilidad, es necesario distinguir la instancia, el derecho de acción y la pretensión. La instancia es el procedimiento desarrollado ante la Corte en ejercicio del derecho de acción que tienen todo Estado parte al Estatuto y que busca hacer valer la pretensión. Las condiciones formales recaen sobre la instancia mientras que las materiales recaen sobre la acción<sup>162</sup>. La validez de la instancia depende —como lo vimos al analizar la excepción relativa a la indebida introducción de la instancia por Nicaragua por una solicitud unilateral en vez de la notificación de un compromiso— de la invocación de un título de competencia

---

161 “*La question préalable à résoudre n’est pas seulement de savoir si la Cour puise dans la nature et dans l’objet de la contestation portée devant elle le pouvoir d’en connaître, mais encore de vérifier si les conditions auxquelles est subordonnée l’exercice de ce pouvoir se trouvent réunies dans l’espèce*”, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJ Série A, n° 2, pág. 10.

162 *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPJ Série A, n° 6, pág. 19.

*prima facie* y de un medio de introducción de la instancia: se trata de los requisitos formales de la admisibilidad. Las condiciones materiales recaen por el contrario sobre el derecho de acción: se trata de las condiciones de existencia misma del derecho de acción del demandante y de las condiciones de ejercicio de dicho derecho como lo son por ejemplo: el interés y la calidad para actuar ante la Corte.

Sin duda lo que más ha chocado, ver irritado, al Gobierno colombiano es lo que aparece como una maniobra de mala fe, sobre todo por el lapso de tiempo que ha pasado entre la ratificación y entrada en vigor del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS y las reclamaciones nicaragüenses. El silencio nicaragüense durante 50 años en lo que relativo al diferendo territorial constituye un argumento esencial sobre el fondo del asunto. Pero no es en ese registro que nos interesa la actitud pasiva de Nicaragua, ya que este artículo se limita a las cuestiones relativas a la competencia de la CIJ.

Al respecto, los defensores colombianos podrán, con justa razón, presentar dos tipos de argumentos. El primero, dirigido exclusivamente contra la acción de Nicaragua, a saber la prescripción extintiva o liberatoria de la acción. La segunda, aunque muy ligada a la primera, podría centrarse en la preclusión de la acción, excepción que no se limitaría al solo lapso de tiempo, sino que alegraría además otras actitudes de Nicaragua. Por último, el caso nicaragüense depende, en lo que concierne la nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, del comportamiento de un tercero el cual no es parte de la instancia.

Debe subrayarse que la excepción de preclusión no afecta la competencia de la CIJ sino la admisibilidad de la solicitud<sup>163</sup>. Sería un gravísimo error el presentar la preclusión como una excepción de incompetencia ya que la Corte afirmaría, como lo hizo en el *asunto sobre la apelación de la jurisdicción del Concejo de la OACI*, que:

---

163 CAVELIER GERMÁN considera que se trata, por el contrario, de una excepción de incompetencia, *op. cit. supra.*, pág. 21.

“la competencia de la Corte es una cuestión necesariamente previa e independiente, una cuestión de derecho objetivo, que no puede estar sometida por consideraciones de preclusión (*preclusive considerations, considérations de préclusion*) que puedan ser formuladas en contra de una o de ambas partes”<sup>164</sup>.

El fundamento de esta decisión nos parece ser igualmente aplicable a la excepción de prescripción. Al no poder afectar los títulos de competencia, la prescripción no afecta la existencia del diferendo. En efecto, en el *asunto sobre el diferendo territorial, insular y marítimo (El Salvador / Honduras)*, Honduras alegaba que no podía existir un diferendo sobre la isla de El Tigre cuando El Salvador alegaba hechos que se habían producido en 1833 y cuya soberanía había sido reconocida en 1854. Según Honduras la tardía reivindicación de Honduras hizo que no existiera diferendo, tanto más cuando dicha reivindicación era infundada. La Corte desestimó dicho argumento:

“para reconocer, en el sentido de esta afirmación, que no existe diferendo, la Sala debería primero determinar que la reivindicación de El Salvador carece totalmente de fundamento y difícilmente podría verse en esta operación otra cosa que la determinación de un diferendo”<sup>165</sup>.

La prescripción no afecta la existencia o actualidad del diferendo sino la acción judicial de Nicaragua.

#### TÍTULO PRIMERO. LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA DE LA ACCIÓN INTENTADA POR NICARAGUA

A pesar del carácter informal del derecho internacional y de la inexistencia expresa o positiva de la prescripción extintiva en

---

164 *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO. Council, Judgment, ICJ Reports* 1972, pág. 54, par. 16.

165 *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, *ICJ Reports*, 1992, pág. 556, par. 329.

derecho internacional, el Instituto de Derecho Internacional<sup>166</sup>, así como la doctrina<sup>167</sup>, admitieron que esta institución de derecho interno podía ser aplicable en las relaciones interestatales. En la jurisprudencia de la Corte el paso del tiempo ha sido tomado en cuenta sobre todo para desestimar las pretensiones de una parte. Así, en el *asunto sobre el templo de Preah Vihear*, la Corte afirmó que el silencio de Tailandia durante varios años, equivalía a una aquiescencia a las pretensiones de Camboya, como lo exige el principio “*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset se potuisset*”<sup>168</sup>. Es tan sólo en su jurisprudencia reciente que la CIJ admitió expresamente la posibilidad de la prescripción liberatoria en derecho internacional en el *asunto relativo a ciertas tierras de fosfato en Nauru*.

#### SECCIÓN PRIMERA. LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

En el *asunto relativo a ciertas tierras de fosfato en Nauru*, Australia invocaba una excepción preliminar según la cual la acción intentada por Nauru se había extinguido ya que, siendo que había adquirido su independencia en 1967, no comunicó sus reivindicaciones sino en 1988, o sea 21 años después, lo que debía llevar a la Corte a declarar la inadmisibilidad de la solicitud por no haber sido presentada en un “lapso de tiempo razonable”.

---

166 POLITIS N. y DE VISSCHER Ch., “La prescription libératoire en droit international public”, *AIDI*, Vol. 32, 1925, pág. 1. ss. “*art. 1: Des considérations pratiques d’ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenue pas la jurisprudence arbitrale, doivent faire ranger la prescription libératoire des obligations entre Etats parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*”, *Résolution* *IDI*, *ibid.*, pág. 559.

167 PINTO ROGER, “*La prescription en DROIT international*”, *RCADI*, Tome 87, 1955-I, págs. 387-455.

168 *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, merits, *ICJ Reports* 1962, pág. 23.

La Corte rechazó la excepción pero admitió que la prescripción liberatoria era una institución del derecho internacional, aunque ningún término exacto y determinado podía ser establecido, por lo que le correspondía al juez, en función de las circunstancias del caso, determinar los efectos del paso del tiempo en la admisibilidad de una solicitud<sup>169</sup>. La Corte constató que las primeras reclamaciones de Nauru fueron presentadas en 1974 y que Nauru sólo guardó silencio o congeló sus pretensiones durante 9 años, lo que no podía considerarse, en derecho internacional, como un lapso de tiempo suficiente para que opere la extinción liberatoria.

Cabe resaltar que lo único que se toma en cuenta es el “retardo” (*retard, delay*) de la parte actora en presentar el diferendo a la Corte y que el lapso de tiempo no sea razonable a la luz de las circunstancias. Por otra parte, la prescripción liberatoria en derecho internacional afecta tan sólo la acción judicial y no el derecho sobre el cual recae dicha acción<sup>170</sup>.

Se trata, en el diferendo que nos ocupa, de la más seria excepción preliminar que pueda ser presentada ante la Corte. Oficialmente, por lo menos tal y como aparece en los archivos diplomáticos colombianos, las reclamaciones territoriales nicaragüenses y la invocación de la nulidad del tratado, fueron emitidas en 1980. Sin embargo, como nos hemos obligado a analizar y a imaginar las posibles contestaciones nicaragüenses, encontramos, a pesar de la seriedad de la presente excepción preliminar, varios motivos que permitirían a Nicaragua desestimarla.

---

169 “La Cour reconnaît que, même en l’absence d’une disposition conventionnelle applicable, le retard d’un Etat demandeur une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n’impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l’écoulement du temps rend une requête irrecevable”, *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, *CJ Recueil* 1992, págs. 243-254, par. 32.

170 CONFORTI BENEDETTO, “L’arrêt de la Cour internationale de justice dans l’affaire de certaines terres à phosphates à Nauru” (*Nauru c. Australie*), *AFDI*, Tome XXXVIII, 1992, pág. 464.

La primera forma —y la más fácil—, sería demostrar que Nicaragua tuvo ciertos comportamientos susceptibles de interrumpir la prescripción. El problema es que no conocemos ningún acto en este sentido. Claro está que uno de los puntos inconclusos del *asunto de Nauru*, fue la naturaleza de los actos del Estado demandante susceptibles de interrumpir la prescripción liberatoria. ¿Debe tratarse de actos oficiales como una nota diplomática o puede tratarse de actos informales, como declaraciones o charlas de los mandatarios de los estados en cuestión? Puede ser entonces que exista evidencia de actos informales de Nicaragua pero, en todo caso, no creemos que los abogados de Nicaragua utilicen esta primera vía.

Una segunda vía para desvirtuar la excepción preliminar tiene que ver con la naturaleza misma de la prescripción liberatoria en derecho internacional. En efecto, por sus propias características, algunos han afirmado que la prescripción liberatoria es una renuncia tácita y

“de ser así, entre las circunstancias que deben ser tomadas en cuenta, no hay solamente el paso del tiempo sino igualmente la naturaleza del derecho contra el cual se invoca la prescripción”<sup>171</sup>.

Los derechos inalienables o los derechos “fundamentales” de los estados no podrían ser el objeto de una prescripción extintiva. Este argumento del profesor CONFORTI nos parece ser correcto. El *jus cogens* no puede ser objeto de una prescripción extintiva puesto que el propio Estado contra el cual se invoca la prescripción al no entrar éste en su *jus dispositivum*. Si un Estado no puede renunciar a un derecho por tratado, vemos mal cómo podría hacerlo por su pasividad. En nuestro sentido, este argumento presenta verdaderas posibilidades de éxito Nicaragua.

---

171 CONFORTI BENEDETTO, *op. cit. supra.*, pág. 464.

## SECCIÓN SEGUNDA. LA NO-PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NICARAGÜENSE

Como se dijo, la prescripción tiene por objeto la acción y no el derecho sobre el que porta la acción. La acción nicaragüense tiene un doble objeto: busca el reconocimiento de una soberanía territorial y la delimitación marítima.

1. LA ACCIÓN RESPECTO AL DIFERENDO MARÍTIMO  
FUE PRESENTADA EN UN TIEMPO RAZONABLE

En lo que concierne el diferendo marítimo, no nos cabe la menor duda que no hay prescripción de la acción. Los reclamos nicaragüenses en lo que concierne la plataforma continental y la zona económica exclusiva datan de 1969 y fueron numerosas veces presentados hasta el 12 de septiembre de 1995, fecha que es invocada en la solicitud de Nicaragua como fecha de cristalización del diferendo<sup>172</sup>. Ello es aun más claro si tomamos en cuenta lo que hemos dicho sobre la imposibilidad de presentar el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS como un tratado de delimitación marítima.

Por ende, la prescripción liberatoria de la acción sólo podría recaer sobre el diferendo territorial.

2. LA NULIDAD DE LA SOLUCIÓN AL DIFERENDO TERRITORIAL ES  
IMPRESCRIPCIÓN Y EXIGE EL RETORNO AL *STATU QUO* ANTES

Nicaragua no alegó la nulidad del tratado y por lo tanto la invalidez de la solución del diferendo territorial por 50 años. Aquí entran en

---

172 Según la solicitud nicaragüense, la última tentativa de negociación se llevó a cabo 1995 durante la IX reunión del Grupo de Río en Quito, durante la cual, el 12 de septiembre, la canciller colombiana declaró que Colombia jamás discutiría sobre el diferendo con Nicaragua respecto a las islas del Caribe y luego las fuerzas navales colombianas realizaron ejercicios militares tendientes a demostrar que se ejercían actos de soberanía en las zonas disputadas. El 6 de agosto de 1996, la canciller reafirmó que “no había nada que discutir” respecto a San Andrés, *op. cit. supra.*, par. 6.



juego tanto las circunstancias a las que se refiere la Corte en su fallo y la naturaleza del derecho. En lo que concierne las circunstancias, es previsible que Nicaragua afirme que, debido a la ocupación americana y a la connivencia colombiana, no tuvo la oportunidad de protestar durante el tiempo en cuestión, lo que nos parece ser muy difícil de probar. Respecto a la naturaleza del derecho, las cosas son mucho más claras para Nicaragua.

En efecto, la prescripción que podría ser alegada recaería sobre la acción de Nicaragua en lo que concierne el diferendo territorial solucionado por el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS. La acción sobre la solución del diferendo territorial no podría verse afectada por el solo paso del tiempo, teniendo en cuenta que la nulidad absoluta alegada por Nicaragua, no es saneable por el paso del tiempo, ni por la aquiescencia que se infiere de su comportamiento. Colombia ni siquiera podría alegar que una vez liberada de la coacción por parte de los Estados Unidos que alega Nicaragua, éste habría debido objetar pero al permanecer callado aceptó la solución al diferendo territorial. Dicha solución fue expresamente rechazada por la Convención de Viena de 1969, en donde la nulidad por coacción es un problema de orden público y la nulidad misma aparece como una sanción específica del derecho internacional a un hecho ilícito grave<sup>173</sup>. En otras palabras, la Convención de Viena no admite que la nulidad pueda ser borrada por la aquiescencia posterior, como resulta expresamente del artículo 45. Puesto que se trata de una nulidad irrenunciable, insaneable e indivisible, difícilmente podría el mismo sistema jurídico permitir la prescripción liberatoria de la acción judicial que busca justamente regresar al *statu quo ante*. Creemos, aplicando la tesis del profesor CONFORTI, que la acción de nulidad en contra de un tratado absolutamente nulo es imprescriptible.

---

173 REUTER PAUL, *Introduction au droit des traités*, Armand Collin, Paris, 1972, pág. 495, n° 257; TENEKIDES GEORGES, "Les effets de la contrainte sur les traités à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969", *AFDI*, Tome XX, 1974, pág. 95.

Sin embargo, la defensa nicaragüense depende enteramente de la aplicación de la Convención de Viena de 1969 en tanto que instrumento codificador del derecho consuetudinario de los tratados, ya que tratándose de un tratado de 1928, el Tratado ESGUERRA—BÁRCENAS no está regulado por la Convención. Al respecto, cabe indicar que las soluciones retenidas por la Convención en lo concerniente a la nulidad de los tratados, especialmente en lo que concierne la nulidad absoluta por coacción prevista por los artículos 51 y 52, pertenecen más al desarrollo progresivo del derecho de los tratados que al derecho consuetudinario<sup>174</sup>. Ello sin embargo no significa que en 1928 no existieran precedentes sobre la nulidad de los tratados por los motivos invocados por Nicaragua —asumiendo que la situación presentada por Nicaragua pueda ser calificada de coacción—<sup>175</sup> y sobre todo que no existiera en el derecho internacional americano reglas particulares al respecto. Pero, se trata aquí, según nosotros, de una cuestión de fondo que deberá ser adjuntada a la decisión de fondo por parte de la Corte, el cual deberá no solamente determinar si el tratado en cuestión era nulo o no, sino que además deberá determinar cuál era el derecho aplicable a dicha cuestión en 1928 a la luz, ante todo, del derecho internacional americano. Se trata de un típico debate de fondo que no podrá ser decidido por la Corte en el estadio incidental de las excepciones preliminares.

## TÍTULO SEGUNDO. LA PRECLUSIÓN DE LA ACCIÓN NICARAGÜENSE

Aun suponiendo que el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS no haya puesto fin al diferendo territorial y que por ende no produce los

---

174 En este sentido, AGO ROBERTO, “*Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*”, *RCADI*, Tome 134, 1971/III, pág. 319.

175 Dichos precedentes, así como la posición de la doctrina de la época en que fue concluido en Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS pueden encontrarse en TOMSIC IVÁN, *La reconstruction du droit international en matière de traités*, Editions A. Pedone, 1931, págs. 53-66.

efectos limitativos de la jurisdicción de la Corte previstos en el artículo VI del Pacto de Bogotá, parece evidente para cualquiera que el prolongado silencio de Nicaragua, conlleva la aquiescencia de su parte de dicha solución. En efecto, no fue sino 50 años después, es decir en 1980, que Nicaragua presentó las reclamaciones a Colombia que hoy forman la *causa petendi* de su acción ante la CIJ. Hay pues preclusión de la acción ya que, por su aquiescencia, Nicaragua aceptó la solución contenida en el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS y no protestó en su debido tiempo<sup>176</sup>.

#### SECCIÓN PRIMERA. LA PRECLUSIÓN EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

Consideramos que la defensa colombiana debería entonces alegar que Nicaragua está impedida a recurrir al Pacto de Bogotá respecto al diferendo sobre San Andrés, en virtud de varios principios particulares que desarrollan el principio de la buena fe: *non concedit venire contra factum proprium*, *allegans contraria non audiendus est* y el *estoppel*, que encontramos en varios sistemas jurídicos bajo distintas formas y que tienen el mismo objeto: evitar que un Estado que, por sus actos o hechos, ha creado una cierta representación sobre una situación de hecho o de derecho ante otro Estado, pretenda luego negar dicha representación o apariencia<sup>177</sup>. El silencio, la ausencia de protestas, la oposición tardía son actitudes pasivas que han llevado a los jueces internacionales a afirmar que un Estado está impedido de elevar sus pretensiones<sup>178</sup>. Al respecto,

---

176 Según el presidente BASDEVANT, la preclusión (*forclusion*) es una “*déchéance qui met obstacle à ce qu’un droit puisse être invoqué parce qu’il ne l’a pas été en temps voulu, ou parce que son titulaire y a renoncé expressément ou tacitement*”, *op. cit. supra.*, pág. 291.

177 Sobre la aplicación de estos principios en los diferendos territoriales véase LUCHINI LAURENT, “*Aspects juridiques de la frontière sino-indienne*”, *AFDI* Tome IX, 1963, págs. 297-299.

178 BARALE JEAN, “*L’acquiescement dans la jurisprudence internationale*”, *AFDI* Tome XI, 1965, págs. 397-400.

la definición más acabada es la de la Comisión de conciliación italoamericana en el *asunto Flegenheimer* de 1958:

“Encontramos en la jurisprudencia internacional decisiones basadas en la máxima *non concedit venire contra factum proprium*, que corresponde a la institución anglosajona del *estoppel*; permite a un Estado defensor oponerse a la admisibilidad de una acción contra él por el nacional de la pretendida víctima, cuando éste no ha indicado su verdadera nacionalidad, o la ha disimulado, o ha invocado otra... o cuando el Estado de la nacionalidad ha hecho comunicaciones erróneas a otro Estado y lo ha llevado así a determinar una línea de conducta”<sup>179</sup>.

Esta definición, sin embargo, se limita al cuadro de la oponibilidad de la nacionalidad. La CIJ dio una definición genérica del *estoppel* que debe tenerse en cuenta. En el *asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua*, los Estados Unidos mantenían que durante 40 años, Nicaragua les hizo creer, por su comportamiento, que no había aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. Por ende, Nicaragua estaba impedida en virtud del *estoppel* a invocar la cláusula opcional como base de competencia. La Corte, tras negar que hubiese *estoppel* en contra de Nicaragua, aprovechó para dar una definición clásica del *estoppel by representation*<sup>180</sup>, la cual exige como condiciones: el comportamiento de un Estado que lleva otros estados a crear una impresión o representación de una situación jurídica, la modificación, con base a dicha representación y la existencia de un perjuicio o detrimento de sus intereses a causa de dicha modificación de comportamiento por parte del Estado que cree en la falsa representación.

---

179 *Affaire Flegenheimer*, Commission de conciliation italo-américaine, *ASDI* 1961, pág. 215.

180 “*Estoppel may be inferred from the conduct, declarations and the like made by a State which not only clearly and consistently evinced acceptance but that State of a particular regime, but also has caused another State or States, in reliance on such conduct, detrimentally to change of position or suffer some prejudice*”, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, jurisdiction and admissibility, *ICJ Reports* 1984, pág. 415, par. 51.

En un registro similar, la CIJ, en el *asunto relativo a la sentencia del rey de España del 23 de diciembre de 1906*, rechazó a Nicaragua la posibilidad de alegar la nulidad del laudo arbitral, a causa de su propio comportamiento. Por un lado, aun aceptando la caducidad del tratado por el cual se había instaurado el arbitraje, Nicaragua había participado en la designación del árbitro único y no se opuso a la validez de su designación<sup>181</sup>. Por otro lado, la actitud nicaragüense posterior, reafirma el reconocimiento del laudo y no puede regresar a una actitud opuesta tras largos años de silencio, por cuanto, una vez conocido el texto del laudo, Nicaragua no emitió ninguna reserva o protesta sobre su validez durante muchos años<sup>182</sup>.

En el *asunto Minquiers et Ecréhous*, la CIJ subrayó la ausencia de reservas por parte de Francia, en 1870, a una declaración británica afirmando que las islas Minquiers eran una dependencia de las islas de la Mancha. La Corte resaltó igualmente que no es sino 18 años después, es decir en 1888, que Francia reivindicó por primera vez la soberanía sobre este grupo de islas<sup>183</sup>.

---

181 “the Court considers that, having regard to the fact that the designation of the King of Spain as arbitrator was freely agreed to by Nicaragua, that no objection was taken by Nicaragua to the jurisdiction of King of Spain as arbitrator either on the ground of the irregularity in his designation as arbitrator or on the ground that the GÓMEZ - BONILLA Treaty had lapsed even before the King of Spain had signified his acceptance of the office of arbitrator, and that Nicaragua fully participated in the arbitral proceedings before the King, it is no longer open to Nicaragua to rely on either on these contentions as furnishing a ground for nullity of the Award”, *Arbitral award made by the King of Spain*, ICJ Reports 1960, pág. 209.

182 “In the judgment of the Court, Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award. Nicaragua’s failure to raise any question with regard to the validity of the Award for several years after the full terms of the Award had become known to it further confirms the conclusion at which the Court has arrived”, *ibid.*, pág. 213.

183 *Souveraineté sur les Minquiers et les Ecrehous*, arrêt du 17 novembre 1954, CIJ Recueil 1954, pág. 71.

SECCIÓN SEGUNDA. LAS EXCEPCIONES DE NO RECIBIR  
Y DE CONTRA *ESTOPPEL* DE NICARAGUA

El derecho internacional consagra que la invocación de la buena fe, de los principios *non concedit venire contra factum proprium* y *allegans contraria non audiendus est*, de la aquiescencia y del *estoppel*, puede ser objeto, con relación a la parte a la cual se le invocan dichos principios, de excepciones de no-recibir<sup>184</sup>. Esto resulta claramente de la jurisprudencia de la CIJ. En el *asunto sobre el templo Préah Vihear*, la Corte, aunque reconoció que en los hechos, Tailandia estaba precluida a negar su aceptación de la carta de delimitación por su propio comportamiento, especificó que ello se debía a que ninguna de las partes pudo demostrar que la representación a la que dio lugar con sus hechos, estaba fundada en un error<sup>185</sup>. En otras palabras, la preclusión no es absoluta y puede ser desmentida por el Estado contra el cual se invoca.

Entre otras causas, la defensa nicaragüense alegaría, visiblemente, dos excepciones: Colombia tenía conocimiento o hubiese debido tenerlo, de la inexactitud de la representación o de la irregularidad de la representación que le fue hecha por la conducta de Nicaragua; la representación de aceptación de la solución del diferendo territorial por parte de Nicaragua se debió a la ocupación y a la coerción de los Estados Unidos.

---

184 Sobre este punto véase MARTÍN ANTOINE, *L'estoppel en droit international public*, Editions A. Pedone, Paris, 1979, págs. 321-330.

185 “Even if there were any doubt as to Siam’s acceptance of the map of 1908 and hence of the frontier indicated thereon, the Court would consider, in the light of the subsequent course of events, that Thailand is now precluded by her conduct from asserting that she did not accept it. She has, for fifty years, enjoyed such benefits as the Treaty of 1904 conferred on her; if only the benefit of a stable frontier. France, and through her Cambodia, relied on Thailand’s acceptance of the map. Since neither side can plead error, it is immaterial whether or not this reliance was based on a belief that the map was correct. It is not now open to Thailand, while continuing to claim and enjoy the benefits of the settlement, to deny that she was ever consenting party to it”, *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, merits, *ICJ Reports* 1962, pág. 32. Subrayamos.

En cuanto al primer punto, cabe resaltar que la jurisprudencia internacional, que la parte que recurre al, al *estoppel* o a la aquiescencia, no puede pretender haber actuado, o haberse abstenido de actuar, basándose en la buena fe de una declaración, de un acto o de un comportamiento de su adversario, si sabía que la representación dada por dicho acto o hecho, era falsa. En este sentido, en el *asunto Flegenheimer*, la Comisión de conciliación italoamericana estimó que Italia no podía basarse en la teoría de la “nacionalidad aparente” (la cual a su vez se basaba en el principio *non concedit venire contra factum proprio*) según la cual Flegenheimer había utilizado su pasaporte alemán ante las autoridades italianas y que por ende no podía entonces alegar su nacionalidad americana para invocar las garantías a “los nacionales de las Naciones Unidas” previstas en el tratado de paz de 1947. Según la Comisión, Italia sabía muy bien que Flegenheimer era un *ebrei exgermanici* y que había perdido su nacionalidad alemana por decisión del Tercer Reich<sup>186</sup>. En el mismo sentido, Bélgica en el *asunto Barcelona Traction (segunda fase)*, desestimó la excepción preliminar española<sup>187</sup> según la cual, en virtud del *estoppel*, Bélgica no podía reintroducir una acción a la cual había previamente desistido ante la misma CIJ:

“Todos estos argumentos se apegan a reglas que, en sí mismas, suponen que la buena fe del que las alega no ha sido sorprendida”,

---

186 *Affaire Flegenheimer, op. cit. supra.*, pág. 215.

187 “A... contention, having the character of a plea of estoppel, was advanced by the Respondent Government... This was to the effect that, independently of the existence of any understanding, the Applicant Government by its conduct misled the Respondent about the import of the discontinuance, but for which the Respondent would not have agreed to it. Accordingly, it is contended, the Applicant is now estopped or precluded from denying that by, or in consequence of, the discontinuance, it renounced all further action”, *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Second Phase)*, preliminary objections, ICJ Reports 1964, pág. 24.

posición que no era la de España ya que sabía muy bien que el desistimiento de la acción respondió a una arreglo diplomático que se vislumbraba entre las partes<sup>188</sup>. La Corte rechazó la excepción preliminar española al considerar que los requisitos para que se diera el *estoppel* no habían sido reunidos por España. En el *asunto del templo de Preah Vihear* la Corte afirmó además que:

“Es una regla de derecho bien establecida que una parte no puede invocar un error como vicio del consentimiento si contribuyó a este error por su propia conducta, si estaba en medida de evitarlo o si las circunstancias eran tales que fue advertida de la posibilidad de un error”<sup>189</sup>.

Los propios archivos colombianos demuestran que, cuando se negoció y concluyó el Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, el Gobierno colombiano sabía que Nicaragua no era más que un “Estado fantoche” bajo el dominio americano y que sólo llegando a una solución definitiva respecto a San Andrés, podría arreglar las controversias que surgieron con los Estados Unidos respecto a los cayos de Quitasueño, Serrana y Serranilla.

La doctrina colombiana, al refutar toda posible nulidad del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS por ser “un pacto secreto”, deja de manifiesto la injerencia norteamericana durante la negociación y conclusión del tratado así como las protestas colombianas<sup>190</sup>. En

---

188 *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (nouvelle requête 1962)*, CIJ *Mémoires*, Vol. I, Observations et conclusions du Gouvernement belge, pág. 45.

189 *Case concerning the Temple of Preah Vihear, merits, ICJ Reports 1962*, pág. 26.

190 “En febrero 1924, la prensa nicaragüense informaba que el presidente MARTÍNEZ y el canciller ULTRERCHÓ habían sostenido una entrevista con el ministro de Estados Unidos, señor RAMEY, a fin de informarle al Departamento de Estado sobre el diferendo entre Colombia y Nicaragua, MANUEL ESGUERRA protestó por la indebida intromisión de Estados Unidos en asuntos de exclusiva competencia de nuestros dos países... No obstante, el 3 de enero de 1925, el entonces ministro de Relaciones Exteriores... solicita los buenos oficios del “tío Sam”. En 1927, don MANUEL ESGUERRA regresa al Salvador y emprende nuevamente negociaciones con Nicaragua. Las conversaciones las inicia con el ministro nicaragüense CARLOS EDUARDO PAZ. Pero ellas se suspenden transitoriamente. El presidente ADOLFO DÍAZ le expresa al plenipotenciario colombiano que consultará el tratado con el



otras palabras, Colombia sabía muy bien que sólo se concluiría un tratado con la aceptación paralela de los Estados Unidos y sabía, además, los propios archivos diplomáticos colombianos dejan en claro que, según las propias declaraciones colombianas, Nicaragua era un protectorado *de facto* de los Estados Unidos. Cuando Colombia decidió instalar un faro en Roncador en 1915, la firma americana que debía enviar los materiales fue embargada por el Gobierno de los Estados Unidos en 1917, dando así inicio al diferendo respecto a los cayos con dicho país. En la misma época, los Estados Unidos estaban interesados en “arrendar” San Andrés por 95 años con usos militares. Al mismo tiempo, circularon rumores sobre una invasión nicaragüense en San Andrés. La Embajada de Colombia en Washington protestó. Según los archivos diplomáticos colombianos:

“Nada indica que los Estados Unidos le presten su cooperación a Nicaragua para apoderarse del archipiélago de San Andrés, pero siendo aquella república centroamericana un verdadero protectorado de los Estados Unidos, puede suponerse que si éstos tienen interés en adquirir el dominio de esas islas colombianas es natural que consideren que su adquisición más fácil es por medio de Nicaragua que directamente por Colombia”<sup>191</sup>.

En otros comunicados de la misma fuente se indica que:

“Si hasta ahora este gobierno no me ha hecho insinuaciones sobre nuestras islas, temo que sea porque esté aguardando resultado litigio Nicaragua con nosotros. Temo también que nota Nicaragua encamínese únicamente a justificar ocupación de hecho, para cederles luego a Estados Unidos, con el mismo título de las Mangles”<sup>192</sup>.

---

gobierno norteamericano, “ya que este país tiene interés en el área”, GAVIRIA LIÉVANO ENRIQUE, *op. cit. supra.*, pág. 91.

191 Nota enviada a la Cancillería por el embajador de Colombia en Washington el 20 de agosto de 1917, Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, citado por MOYANO BONILLA CÉSAR, *El archipiélago de San Andrés y Providencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 494.

192 Cable enviado a la Cancillería por el embajador de Colombia en Washington el 8 de septiembre de 1917, ídem.

“Dadas las corrientes de opinión que predominan en este país sobre el dominio de las islas del mar Caribe, sin excepción, de las cuales se hacen eco de buena fe algunos diplomáticos de América meridional, considerando ese dominio fatalmente destinado a los Estados Unidos, he llegado a considerar como cosa posible que de ese “destino manifiesto” no escapen nuestras islas de San Andrés y Providencia y los cayos vecinos, cuando llegue la hora de que tales vaticinios se realicen”<sup>193</sup>.

Luego Colombia envió la nota del 24 de junio de 1918, que daba respuesta a las reivindicaciones territoriales nicaragüenses del 20 de marzo de 1917, en la que se invocan los títulos colombianos. En 1919, los Estados Unidos reconocen la soberanía colombiana sobre San Andrés pero reivindican los cayos de Quitasueño y Serrana y es el mismo año que se abren las negociaciones colombonicaragüenses sobre la soberanía en San Andrés y Providencia. Basta reproducir el siguiente pasaje de la historia diplomática colombiana narrada por el canciller RIVAS para convencerse de que Colombia sabía que Nicaragua no era más que un intermediario de los Estados Unidos:

“El Caribe ha sido esencial en la defensa de los Estados Unidos, de ahí que ya en 1913... el ministro americano en Bogotá, señor DUBOIS, bajo la presidencia de Mr. TAFT, hubiera sugerido a Colombia la negociación de estaciones de abastecimiento de carbón para la flota americana en las islas de San Andrés y Providencia. Colombia se negó a conceder derecho de ocupación alguno de estas islas y entonces los Estados Unidos le propusieron la compra del archipiélago. Nuestro ministro en Washington, señor JULIO BETANCOURT, rechazó la propuesta. Los Estados Unidos, viendo que no llegaban a entendimiento con nosotros al respecto, propiciaron que Nicaragua alegara títulos sobre las islas, con la esperanza de llegar con Nicaragua a entendimiento amistoso”<sup>194</sup>.

---

193 Nota enviada a la Cancillería por el embajador de Colombia en Washington el 10 de septiembre de 1917, ídem.

194 RIVAS RAIMUNDO, *Historia diplomática de Colombia (1810-1934)*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Imprenta Nacional, 1961, pág. 683.

Por otra parte, el propio canciller VÁSQUEZ CARRISOZA emite “dudas” sobre el párrafo 2 del artículo 1 del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS respecto a los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana, los cuales están excluidos del tratado por estar en litigio entre Colombia y Estados Unidos, siendo que Colombia afirmaba su soberanía “secular” sobre dichos cayos, sobre todo por que algunos días posteriores a la conclusión del tratado, OLAYA HERRERA envía una nota diplomática ofreciendo el *statu quo* sobre dicho diferendo (cambio de notas OLAYA-KELLOG de 1928)<sup>195</sup>.

“No cabe duda, en todo caso, de que existe una conexidad inmediata y directa entre la estipulación contenida en el párrafo 2 del artículo 1, del tratado de 1928 y la explícita declaración del ministro OLAYA HERRERA en su nota al secretario de Estado”<sup>196</sup>.

A la luz de lo que demuestran documentos de fácil acceso, Nicaragua tiene elementos de hecho para bloquear la preclusión que los agentes colombianos podrían presentar.

Por otra parte, la posición nicaragüense siempre ha sido que estaba impedida de ejercer plenamente su soberanía a causa de la ocupación de los Estados Unidos. De ser así, resultaría en efecto imposible pedirle a Nicaragua que hubiese tenido una actitud respecto al diferendo territorial, que hubiese desmentido la representación creada por la imposición de los Estados Unidos.

En todo caso, una vez más, no se trataría de una excepción exclusivamente preliminar e incluso aceptando la preclusión ésta sólo sería parcial ya que en lo que concierne el diferendo marítimo, Nicaragua siempre ha mantenido que el meridiano 82 no es una frontera marítima y que Colombia desconoce su zona económica exclusiva y le ha impedido ejercer los derechos soberanos funcionales a que tiene derecho sobre dicha zona.

---

195 “Podría cuestionarse el origen de estas notas y su necesidad inmediata, del propio modo que las memorias de los ministerios correspondientes en los años anteriores a 1928 no dan idea de la existencia de un litigio entre Estados Unidos y Colombia”, *op. cit. supra.*, pág. 45.

196 Ídem.

TÍTULO TERCERO. LOS ESTADOS UNIDOS COMO PARTE  
INDISPENSABLE: LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ORO  
MONETARIO

Los Estados Unidos están presentes en el diferendo instaurado ante la Corte por Nicaragua de dos formas. Primero, aunque no lo haya dicho en su solicitud, la nulidad alegada se debe a los actos de un tercer Estado respecto a la instancia, a saber los Estados Unidos.

Por otra parte, Nicaragua igualmente reclama la soberanía sobre los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana y Serranilla<sup>197</sup>, siendo que la soberanía sobre dichos cayos dio lugar a un diferendo y a un arreglo convencional entre Colombia y Estados Unidos.

Así, la CIJ para decidir sobre el fondo del asunto, deberá analizar las actuaciones de un tercer Estado respecto a la instancia. A causa de la naturaleza consensual de la jurisdicción internacional, un problema salta a la vista: ¿debe la Corte declinar su competencia por la ausencia de una tercera parte en el proceso? Para que sea así, la defensa colombiana deberá demostrar la aplicación del “principio del oro monetario”, es decir, que los Estados Unidos son una parte indispensable. Una breve explicación sobre este principio procesal de derecho internacional es necesaria.

SECCIÓN PRIMERA. EL PRINCIPIO DEL ORO MONETARIO

Apoyándose en la decisión de la CPII en el *asunto de Corelia Oriental*<sup>198</sup>, la CIJ determinó, en el *asunto del oro monetario de Roma*, el principio general según el cual la Corte es incompetente para decidir sobre la responsabilidad de un Estado que no sea parte de la instancia sin su consentimiento, cuando el examen de esta

---

197 *Requête de la République du Nicaragua, op. cit. supra.*, par. 2.

198 *Statut de la Carélie Orientale*, avis consultatif, CPII Série B, n° 5. En este caso la Corte se declaró incompetente.

responsabilidad sea el propio objeto de la decisión que se le pide tomar. En 1943, tres estados aliados confiscaron el oro del Banco Nacional de Albania depositado en Roma. Albania reclamó el oro considerándose como el propietario, así como Italia pues era detentadora de la mayoría de las acciones del banco, mientras que el Reino Unido reclamaba el dinero como satisfacción del fallo de 1949 de la CIJ en el *asunto sobre el estrecho de Corfú*<sup>199</sup> en el que se había reconocido la responsabilidad internacional de Albania. Por medio de un decreto del 13 de enero de 1945, Albania confiscó los haberes del Banco Nacional de Albania. Italia presentó excepciones preliminares, alegando que Albania no había aceptado la jurisdicción de la Corte y que no era parte de la instancia.

El principio enunciado por la Corte en 1954 era muy simple: la Corte no puede decidir sobre el fondo de un asunto en el cual el “objeto mismo” de la decisión solicitada está constituido por los intereses de un tercer Estado que no es parte de la instancia. No basta entonces que los intereses de un tercer Estado se puedan ver afectados por la decisión de la Corte. Se requiere que dichos intereses sean el objeto mismo de la decisión. Como en el ordenamiento interno, un tribunal como la CIJ no puede pronunciarse contra un tercero que no es parte del proceso. No fue sino 45 años más tarde, en el *asunto del Timor Oriental*, que la Corte admitió, tras numerosos rechazos, la aplicación del principio de la parte indispensable. En ese último caso, Portugal pedía que la Corte reconociera la responsabilidad de Australia por ratificar y ejecutar un tratado de delimitación marítima con Indonesia, siendo que Indonesia había anexado por la fuerza el territorio del Timor Oriental, que estaba bajo tutela de Portugal. En otras palabras, Australia era responsable por concluir y ejecutar un tratado sobre un territorio bajo la administración internacional de Portugal con un tercer Estado que ocupaba ilícitamente el territorio objeto del

---

199 *Detroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, CIJ Recueil 1949, págs. 15; *Detroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fixation du montant des réparations, CIJ Recueil 1949, pág. 124.

tratado. Australia invocó el principio de la parte indispensable o “principio del oro monetario” como excepción preliminar. La Corte declaró:

“el fallo que solicita Portugal tendría efectos equivalentes a los de una decisión declarando que la entrada de Indonesia y su presencia en Timor Oriental son ilícitas y que por lo tanto Indonesia no tenía capacidad para concluir tratados relativos a los recursos naturales de la plataforma continental del Timor Oriental. Los derechos y obligaciones de Indonesia constituirían por lo tanto el objeto mismo de dicho fallo, pronunciado en ausencia del consentimiento de dicho Estado. Una sentencia de esta naturaleza iría directamente en contra del “principio de derecho internacional bien establecido e incorporado en el Estatuto, a saber que la Corte no puede ejercer su jurisdicción respecto a un Estado sin el consentimiento de éste último”<sup>200</sup>.

El alcance de esta jurisprudencia debe leerse a la luz de un fallo anterior de la Corte. En el *asunto sobre Nauru*, Nauru imputaba la responsabilidad internacional de Australia, afirmando que no había rehabilitado las tierras que contenían fosfato en Nauru que había explotado cuando era la potencia administradora de Nauru. Australia presentó una excepción de inadmisibilidad alegando que había recibido el mandato sobre Nauru de la Sociedad de las Naciones y luego de las Naciones Unidas, junto con el Reino Unido y con Nueva Zelanda. Se trataba de una administración conjunta e indivisible que sólo daría lugar a una responsabilidad conjunta e indivisible. Según Australia, si la Corte declaraba la violación del acuerdo de tutela por parte de Australia, prejuzgaba necesariamente la responsabilidad de sus socios, los cuales eran unos terceros estados respecto a la instancia iniciada por Nauru. La Corte rechazó la excepción australiana, explicando el alcance de la jurisprudencia del oro monetario. La Corte explicó que en 1954, la determinación de la responsabilidad de Albania era una

---

200 *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, exceptions préliminaires, *CIJ Recueil* 1995, pág. 105, par. 34.

“condición previa” para poder decidir las pretensiones italianas. En el caso de Nauru, la imputación de la responsabilidad previa de Nueva Zelanda y del Reino Unido no era una condición previa para establecer la responsabilidad de Australia. Explicó que:

“los intereses de Nueva Zelanda y del Reino Unido no constituyen el objeto mismo de la decisión de fondo que pretende la solicitud de Nauru por lo que la situación es distinta de la que la Corte conoció en el *asunto del oro monetario*. En efecto, en este último asunto, la determinación de la responsabilidad de Albania era una condición previa para poder decidir sobre las pretensiones de Italia. En el presente caso, la determinación de la responsabilidad de Nueva Zelanda y del Reino Unido no es una condición previa a la determinación de la responsabilidad de Australia, único objeto de la demanda de Nauru”<sup>201</sup>.

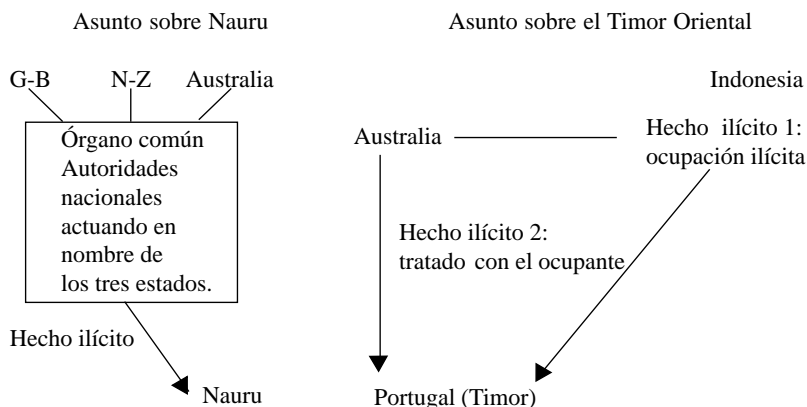
El principio de la parte indispensable no es absoluto y autónomo por cuanto depende de las pretensiones de la parte actora y de la naturaleza de la responsabilidad invocada. Así, en el caso de Nauru, se imputaba una responsabilidad de Australia por un órgano común, es decir, por un hecho ilícito propio y directo<sup>202</sup>, mientras que en el caso del Timor, la responsabilidad australiana, el hecho reprochado como origen de la responsabilidad, era un hecho cuya ilicitud dependía del hecho ilícito previo de una tercera parte<sup>203</sup>:

---

201 *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt, *CIJ Recueil* 1992, pág. 261, par. 55.

202 Esta responsabilidad conjunta pero propia y directa resulta claramente de la práctica internacional. En este sentido, en el caso anglochino *shipping Co. v. United-States*: “*The Allied Powers, of course, was not a body politic. It was an association of sovereign States. Any action taken by the Supreme Commander for the Allied Powers was taken on behalf of the association of course; but it was also taken on behalf of each one of the Allied Powers. Any action taken by him was taken by him as the agent of the United States of America, as the agent of Great-Britain, and as the agent of China and of Russia... The Supreme Commander was acting as the agent for each of them*”, *Anglo-Chinese Shipping Company Ltd. v. United-States*, United States Court of Claims (11 January, 1955), *ILR* Vol. 22 (1955), pág. 986.

203 En otras palabras, es por haber concluido un tratado con un Estado cuyo *jus tractum* era ilícito en sí respecto al objeto del tratado, que Australia podía ser responsable. Por participar, con dicho tratado, a la violación de la soberanía



En otras palabras, el principio del oro monetario es aplicable si el pronunciamiento judicial que se solicita sobre la situación jurídica del tercer Estado es una condición *sine qua non* para pronunciarse sobre los derechos de las partes del proceso: es necesario que la Corte se pronuncie sobre la situación del tercer Estado para resolver el diferendo que le fue sometido. De ahí que se hable de un “nexo lógico” entre la determinación de los derechos y obligaciones del tercero y de las partes de la instancia<sup>204</sup>. A *contrario sensu*, la Corte será competente si los intereses del tercero se ven tan sólo “afectados” sin que dichos intereses sean el objeto mismo de la acción iniciada por el demandante. En lo que concierne los intereses de los terceros que se vean “tocados” o “afectados” por la decisión, es aplicable la relatividad de la cosa juzgada prevista en el artículo 59 del Estatuto de la Corte.

---

permanente del pueblo del Timor sobre sus recursos naturales, ya que gracias al tratado concluido con Indonesia, Australia podía dar licencias de explotación del petróleo de la plataforma continental.

204 JOUANNET EMMANUELLE, “Le principe de l’or monétaire, à propos de l’arrêt du 30 juin 1995 dans l’affaire du Timor Oriental”, *RGDI* Tome 100/1996/3, págs. 686-687.



SECCIÓN SEGUNDA. LOS ESTADOS UNIDOS  
NO SON UNA PARTE INDISPENSABLE

Respecto a la ocupación y coerción de los Estados Unidos para lograr la conclusión del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS, cabe decir que no se le está pidiendo a la Corte que declare la responsabilidad internacional de los Estados Unidos ante Nicaragua. La nulidad que se solicita no surte efectos ante Estados Unidos y no es un requisito indispensable para que la Corte declare que el tratado es nulo, que diga que dicho país es internacionalmente responsable. En otras palabras, la nulidad del tratado por los hechos de un tercero, surte efectos, en lo que concierne la relación convencional, únicamente ante Colombia y no ante Estados Unidos. Otra cosa es que, por los hechos que dan lugar a dicha nulidad, los Estados Unidos puedan posteriormente ver su responsabilidad internacional imputada por Nicaragua, pero dicha determinación no es un requisito previo en el sentido del principio del oro monetario.

Respecto a los intereses americanos en la determinación de la soberanía sobre los cayos, las diferencias fronterizas y en particular marítimas, afectan particularmente los intereses jurídicos de terceros por la aparición de puntos triples de delimitación. Ello explica que sea ante todo en diferendos de delimitación marítima que terceros estados han solicitado intervenir en el proceso. Sin embargo, nunca la Corte ha supeditado su jurisdicción a la aceptación de la jurisdicción y a la presencia en el proceso de un tercer Estado que se vería afectado por una delimitación marítima entre dos estados. Ello se desprende de la decisión sobre la solicitud de intervención de Malta en el *asunto de la plataforma continental (Túnez y Libia)*<sup>205</sup> y en la decisión sobre la intervención de Nicaragua en el *asunto sobre el diferendo fronterizo, insular y marítimo*<sup>206</sup>. En ambos casos se dijo que, cuando para proceder a

---

205 *Plateau continentale (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Requête à fin d'intervention, *CJ Recueil* 1981, págs. 17, 19, par. 30, 33.

206 *ICJ Reports* 1990, págs. 124-125, par. 76-78.

la delimitación de los espacios marítimos entre dos estados es necesario tener en cuenta la costa o los espacios de un tercer Estado, ello no significa que los intereses de dicho Estado sean lesionados.

## CONCLUSIÓN

Las excepciones de incompetencia tienen poca oportunidad de éxito. Por el contrario, la competencia de la Corte para conocer del asunto presentado por Nicaragua se nos hace clara. Sólo las excepciones de inadmisibilidad son viables, en particular las excepciones de prescripción de la acción nicaragüense y la de preclusión. Sin embargo, como lo hemos indicado, dichas excepciones no lograrían, aun si son aceptadas, que la Corte le ponga fin a la instancia en su totalidad. Por el contrario, dichas excepciones sólo podrían operar respecto al diferendo territorial, dejando intacto el diferendo marítimo.

Habíamos indicado en la introducción que la distinción entre excepciones de incompetencia y excepciones de inadmisibilidad tenía un interés práctico importante en el asunto que hemos estado analizando. El Pacto de Bogotá contiene dos reglas sobre los efectos de la sentencia de la CIJ para los estados parte. Por un lado, el artículo XXXIV según el cual,

“si la Corte se declarase incompetente para conocer de la controversia por los motivos señalados en los artículos 5, 6 y 7 de este tratado, se declarará terminada la controversia”.

Sabemos que las excepciones de incompetencia no son viables y tienen pocas oportunidades de éxito y que por lo tanto lo probable —en el mejor de los escenarios verosímiles— es que la Corte, aunque declarándose competente, estime que la acción nicaragüense sufre de dos deficiencias (la prescripción y/o la preclusión). En particular, vimos cómo la excepción de la extinción del diferendo por medio del Tratado ESGUERRA-BÁRCENAS no era viable, ya que el diferendo debía ser extinguido en su totalidad, lo

cual no ocurría. Esto significa que el artículo XXXIV no opera y que, así la Corte rechace la solicitud nicaragüense, el diferendo no habrá sido extinguido en derecho. Es pues el artículo XXXV el que será aplicable. Según dicho artículo:

“si la Corte se declarase incompetente por cualquier otro motivo para conocer y decidir de la controversia, las altas partes contratantes se obligan a someterla a arbitraje, de acuerdo con las disposiciones del capítulo V de este tratado”.

En otras palabras Colombia y Nicaragua estarán bajo la sumisión obligatoria al arbitraje internacional prevista por el Pacto de Bogotá<sup>207</sup>. Así, incluso si Colombia lograra obtener de parte de la Corte una decisión de incompetencia o el rechazo de la solicitud nicaragüense, y ya que la excepción fundada en el artículo VI del Pacto de Bogotá no es viable, no habrá en realidad ganado nada. Por el contrario, Nicaragua podrá obligar a Colombia a someter el diferendo a arbitraje, sin que Colombia pueda alegar la incompetencia del tribunal. Si Colombia incumple, Nicaragua tendrá dos vías para someter a Colombia al respeto del Pacto de Bogotá: por un lado, podrá dirigirse, una vez más, ante la CIJ. Por otra parte, y esto es mucho más grave, según lo dispone el artículo 94. 2. de la Carta de la ONU,

“si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le impongan un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

Recordemos que Colombia no ha quedado precisamente muy bien ante los estados miembros de la ONU —con excepción de sus “cómplices” a saber Estados Unidos y del Reino Unido— y no se necesita ser un genio en política internacional para saber a favor de

---

207 GÓMEZ ROBLEDO ALONSO, “*Le Traité américain de règlement pacifique et la Cour internationale de justice*”, *AFDI* Tome XLI, 1995, pág. 370; CAICEDO CASTILLA JOSÉ JOAQUÍN, *La obra del Comité Jurídico Interamericano*, CIJ, Rio de Janeiro, 1966, pág. 27.

quién estarán los estados africanos, árabes, asiáticos y buena parte de los estados europeos<sup>208</sup>. Lejos de ganar, Colombia estaría pues entre la espada y la pared. No olvidemos, por otra parte, la parte económica. Los pleitos internacionales ante la CIJ son muy costosos, tanto así que la ONU creó un fondo para que los países pobres pudiesen acudir a ella<sup>209</sup>. Los arbitrajes internacionales son aun más costosos ya que todos los gastos institucionales, desde el papel y el alquiler de una sala, hasta los salarios de los árbitros y de los secretarios del tribunal, corren por cuenta de los estados que instituyen el tribunal.

Como sea, según lo dispone el artículo 79. 1. del Reglamento de la Corte (modificado el 5 de diciembre de 2000), las excepciones preliminares deberán ser presentadas, como máximo, tres meses después del depósito de la memoria nicaragüense. Puesto que la

---

208 Hacemos referencia al triste ridículo protagonizado por el embajador de Colombia ante la ONU, ALFONSO VALDIVIESO, que aprovechó la transitoria presidencia de Colombia en el Consejo de Seguridad para “adelantarle” en exclusiva el informe de los inspectores de la AIEA sobre Irak a los Estados Unidos y luego únicamente a los miembros permanentes del Consejo, favoreciendo así a algunos estados en contra de la mayoría de los miembros del Consejo. *Le Monde* presentó el hecho así: “Los Estados Unidos han robado la primicia del informe sobre el desarme iraquí en la ONU. El “asalto” ha sido realizado con la complicidad... de Colombia, que preside en diciembre este órgano... y que es la tercera beneficiaria de la ayuda exterior estadounidense”. El secretario general criticó la actitud colombiana y Siria y otros estados árabes y africanos, con justa razón, alegaron que se trataba de una grosera violación del principio cardinal de la igualdad de los estados miembros y de los derechos inherentes al estatus de Estado miembro. Véase GÓMEZ MASERÍ SERGIO, “Entrega de informe de Irak a E.U. fue por consenso”, *El Tiempo*, miércoles 11 de diciembre de 2002, pág. 1-5.

209 El secretario general de la ONU creó una asistencia judicial a los países que satisfagan las condiciones previstas en la resolución 9 (1946) del Consejo de Seguridad que, por razones financieras, y sobre todo por la dificultad económica que implica el obtener la asesoría jurídica necesaria. El único requisito es que la jurisdicción de la Corte en el caso para el cual se solicita la ayuda sea establecida por compromiso. Se trate de un *trust fund*, alimentado por participaciones voluntarias de estados, organizaciones internacionales, particulares, ONG, etc. VIGNES DANIEL, “Aide au développement et assistance judiciaire pour le règlement des différends devant la Cour internationale de justice”, *AFDI* Tome XXXV, 1989, págs. 321-324.

Corte, según ordenanza del 26 de febrero de 2002, estableció como fecha de depósito de la memoria nicaragüense el 28 de abril 2003, las excepciones preliminares deberán ser presentadas antes del 28 de julio de 2003.

Dado que, como lo hemos indicado, varias posibles excepciones preliminares tocan cuestiones de fondo, sería sabio que Colombia presentara las excepciones preliminares, como se lo pide el Reglamento, “lo antes posible”, pues una vez la memoria nicaragüense sea presentada, los jueces de la Corte conocerán las pretensiones de fondo de Nicaragua y se les hará más evidente que las excepciones preliminares deben ser adjuntadas a la decisión de fondo.

Por otra parte, Colombia debe ser conciente, desde ahora, que la decisión sobre la delimitación marítima es inevitable y que las oportunidades de éxito de Nicaragua sobre este punto son más que grandes. En la práctica, es frecuente que el rechazo de las excepciones preliminares abra la puerta a una solución diplomática entre las partes. El estado demandado, conciente de que el riesgo judicial que corre es más grande que sus oportunidades de éxito, prefiere entonces una solución diplomática que, a diferencia de las decisiones de la Corte en materia de delimitación, puede controlar. Sin embargo, teniendo en cuenta la posición que Colombia ha mantenido desde los años setenta según la cual las fronteras marítimas ya existen y sobre todo la intolerancia de esta posición, no creemos en un cambio de posición. Valga la pena indicar que el incidente sobre las excepciones preliminares alarga en promedio el proceso de 2 años, lo que en términos económicos significa un incremento considerable del costo del proceso que de por sí ya es bastante elevado.

En conclusión, incluso ganando el incidente sobre las excepciones preliminares, Colombia saldrá perdiendo pues quedaría obligada a presentar, otra vez, su caso ante un tribunal arbitral. A menos que imprudentemente Colombia lo apueste todo a la excepción sobre la extinción del diferendo y crea ciegamente en esta excepción, no creemos conveniente presentar excepciones preliminares. ¿Para qué- querer evitar un arreglo judicial si de todas

formas Colombia estará sometida a un arbitraje obligatorio? ¿No es mejor obtener de una vez por todas una sentencia definitiva y global que cubra el diferendo insular y el diferendo marítimo? Sin duda es lo que haría una cancillería seria y realista, a menos de denunciar el Pacto de Bogotá y quedar como un Estado poco confiable, de mala fe y maquiavélico.