LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ISLAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO Y SU INTERPRETACIÓN EN LA CONTROVERSIA ENTRE NICARAGUA Y COLOMBIA

*Leopoldo M. A. Godio**

SUMARIO: I. Introducción; II. Islas, islas artificiales, rocas, arrecifes, archipiélagos y otras elevaciones. Calificación y requisitos; II.1. Islas e islas artificiales; II.2. Rocas; II.3 Arrecifes y archipiélagos; II.4. Elevaciones en bajamar; III. La utilización de islas en asuntos de delimitación marítima. Controversias destacadas; IV. El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Debates de interés en torno a la calificación de formaciones marítimas; IV.1. La identificación y calificación de las formaciones marítimas susceptibles de apropiación decididas por la Corte Internacional de Justicia; IV.2. La delimitación marítima realizada por la Corte y sus consideraciones sobre el tamaño de las islas y su población; V. Conclusiones.

“[T]he land is the legal source of the power which a State may exercise over territorial extensions to seaward...”¹

I. Introducción

Las islas han adquirido, en las últimas décadas, un marcado protagonismo en procedimientos arbitrales y judiciales internacionales, incluyendo la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte” o “C.I.J.”, indistintamente)² y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,

* Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (U.B.A.). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

¹ C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Fallo, para. 96.

² Por ejemplo, cabe mencionar los asuntos C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 40; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 659; y *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, p. 61. Para un examen de las controversias marítimas que involucran aspectos insulares en el

este último en su primer asunto de fondo sobre delimitación marítima, decidido en 2012³.

Entre ellos, uno de los casos más recientes en la materia y que mereció la intervención de la C.I.J., se inicia con la solicitud de Nicaragua contra Colombia en 2001. Allí la Corte debió considerar no sólo el régimen particular de las islas y sus efectos para la delimitación marítima en el asunto concreto, sino también su naturaleza, los títulos de soberanías invocados, las características de los archipiélagos y sus límites, así como la aplicación del *uti possidetis iuris*, el examen de la *effectivités*, la posición de terceros Estados, el valor probatorio de los mapas y las pretensiones destinadas al obtener la delimitación de una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas, entre otras cuestiones a la luz del derecho internacional.

Geográficamente, las islas son simples porciones de tierra rodeada de agua que, sin intervención del hombre, se encuentran sobre el nivel de ésta en pleamar⁴. Sin embargo, para su consideración como tales, conforme el derecho internacional, debemos remitirnos a las normas y principios que rigen a esta especialidad, fundamentalmente ante la magnitud de sus efectos

Hemisferio Occidental y en Europa durante el siglo XX ver NYMAN, Elizabeth, "Island Exceptionalism and International Maritime Conflicts", *The Professional Geographer*, vol. 65, n. 2, 2013, pp. 221-229. La autora analiza el comportamiento de los Estados insulares y afirma que aquellos se inclinan a controlar y poblar el área disputada. Ídem.

³ Conf. T.I.D.M., *Disputa concerniente a la delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, Sentencia del 14 de marzo de 2012. Sin el deseo de reabrir el debate sobre la fragmentación del derecho internacional y el rol de los tribunales internacionales, aspecto en auge desde finales de los años 90 del siglo XX y que a criterio personal consideramos agotado por la interpretación del artículo 95 de la Carta, coincidimos —no obstante lo anterior— con Aust al sostener que constituye un error creer que todos los tribunales internacionales tienen que decidir una cuestión jurídica de la misma manera, del mismo modo que tampoco es acertado creer que diferentes cortes internas de un Estado decidirán una cuestión de modo análogo (o incluso de opuesto, si se quiere). Conf. AUST, Anthony, "Peaceful settlement of disputes: a proliferation problem?", en Tafsir M. Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds.) *Law of the Sea. Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 131-141.

⁴ González Napolitano afirma que las islas naturales no visibles cuando la marea ha crecido se denominan "elevaciones en bajamar". Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., "Los desastres naturales y sus efectos en islas y Estados insulares: posibles soluciones jurídicas", en Silvina S. González Napolitano (Dir.), *Respuestas del derecho internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda, SGN Editora, 2015, p. 98.

en materia de delimitación marítima, que involucra espacios como el mar territorial, la plataforma continental o la zona económica exclusiva (en adelante, ZEE), entre otras.

No obstante lo anterior, el concepto jurídico de “isla” ha seguido un desarrollo gradual, tanto en la práctica de los Estados como en las negociaciones de las distintas conferencias sobre derecho del mar desde la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930. Posteriormente, el establecimiento de sus principales elementos y requisitos fueron considerados, estudiados y debatidos en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, C.D.I.) que elaborara el proyecto de artículos que sirviera como base de trabajo para la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958 (en adelante, la I Conferencia)⁵ destinada a regular, mediante cuatro convenciones, el mar territorial, el alta mar, la plataforma continental, la zona contigua, la pesca y la conservación de los recursos vivos⁶.

Al respecto Kolb sostiene que la explicación de su reducida redacción, en materia de islas, puede encontrarse durante el proceso de preparación en la C.D.I., cuando Sir Lauterpacht sugirió adoptar la propuesta del Reino Unido en incluir la idea de una ocupación y control efectivo para la definición de “isla”. Sin embargo, a pesar del apoyo de otros miembros, se encontró con la oposición del Relator Especial François quien interpretó, como posible, que las rocas podrían ser utilizadas con fines de radiodifusión u observación meteorológica y que, en consecuencia, cada piedra podría ser objeto de control, generando confusiones. El resultado: el retiro de la propuesta de Lauterpacht, no porque dudara de sus méritos, sino para evitar largos debates sobre el alcance de las palabras “control” y “eficaz”⁷.

⁵ El mismo reconocía la falta de uniformidad que representaba, en la práctica, la delimitación del mar territorial. La C.D.I. consideraba que el derecho internacional no autorizaba una extensión más allá de las 12 millas, pero que debía fijarse su extensión mediante una conferencia internacional. Conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, Doc. A/3159 y Corr.1, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, pp. 250-297.

⁶ Las cuatro convenciones eran: 1) la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua; 2) la Convención sobre Plataforma Continental; 3) la Convención sobre Alta Mar; y 4) la Convención sobre Conservación de los Recursos Vivos en el Mar.

⁷ Conf. KOLB, Robert, “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer: les ‘rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine

De todos modos el fracaso de la I Conferencia no se debió, estrictamente, al régimen propuesto para las islas, sino por otra serie de razones que impidieron determinar, exitosamente, la extensión, la naturaleza y los derechos y deberes de los Estados en el mar territorial, por lo que cada uno de ellos procedió unilateralmente a fijarlos según su criterio y de acuerdo su interés nacional particular. En otras palabras, si bien la situación de las islas tenía una incidencia en la atribución de espacios marítimos, a nuestro entender no fue determinante en el resultado final de la Conferencia de 1958.

Actualmente, el régimen de las islas es reconocido por la Parte VIII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, la “Convención de 1982” o “la Convención”, indistintamente), que reemplaza a las convenciones de 1958 en la materia⁸.

Hipotéticamente, la idea de una isla puede originar múltiples situaciones con efectos jurídicos claramente diferenciados y fue por ello que, oportunamente, los negociadores de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, la “III Conferencia”) resolvieron, ante la idea de que la definición utilizada en la Convención de 1958 era demasiado vaga y simplista considerando la enorme diversidad de las islas⁹, disponer de un régimen específico que distingue las islas

ou à une vie économique propre...”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, p. 886.

⁸ DIPLA, Haritini, ‘Islands’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 1. Sobre la III Conferencia, González Napolitano refiere que aquella reconoció que las islas, islotes y rocas poseían una influencia significativa en la determinación de líneas de base y que sus debates se orientaron a la calificación de las islas y sus efectos, con especial énfasis en cuestiones de delimitación marítima. Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, pp. 98-99.

⁹ Conf. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Documents of the Conference, First (Nueva York, 3-15 de diciembre de 1973) and Second (Caracas, 20 de junio al 29 de agosto de 1974) Sessions A/CONF.62. En particular ver la sesión 39^o del 14 de agosto de 1974. Entre ellos, cabe recordar que Listre, el orador de la delegación argentina expresó, entre sus preocupaciones, la situación de la ocupación de islas por potencias coloniales frente a Estados en desarrollo al sostener “(...) in order to prevent the colonial or occupying Powers from adding a new element to their illegitimate interests in the islands and territories in question”. *Ibidem*, para. 64-71. Véase también idénticas las preocupaciones del delegado tunecino Kedadi, realizadas ese mismo día en la sesión siguiente, *ibidem*, para. 22-30.

artificiales de las naturales, así como también a estas respecto de atolones, arrecifes, elevaciones en bajamar, construcciones artificiales y aquellas zonas imposibilitadas de habitación humana o vida económica, entre otros¹⁰.

A diferencia de las Conferencias de 1958 y 1960, el régimen de islas obtuvo un mayor debate entre 1973 y 1982, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, debido a la creación de nuevos y amplios espacios marítimos como la ZEE o la plataforma continental que afectaban, en alguna medida, las clásicas libertades de los mares y océanos, por ejemplo, en aspectos pesqueros y sus consecuencias en las flotas extranjeras dedicadas a la actividad¹¹. En opinión de Symonides, fue justamente en las deliberaciones de la III Conferencia cuando la definición de “isla” y la generación de derechos en los espacios marítimos circundantes adquirió su importancia ante la creación de la ZEE conformando, entre otras razones¹², un elemento clave en la construcción del consenso adoptado como método de negociación por las delegaciones allí presentes¹³.

En síntesis, durante la III Conferencia tuvo lugar un debate entre Estados conservadores y aquellos que querían establecer una evolución en el régimen de islas que, en la aguda observación de Kolb, se tradujo en una ruptura dentro del artículo 121 entre sus dos primeros párrafos y el tercero sin que ello, necesariamente, permita una interpretación autónoma del último¹⁴.

¹⁰ Respecto del inicio de las negociaciones de la III Conferencia, ver STEVENSON, John R. y OXMAN, Bernard H., “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1974 Caracas Session”, *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, pp. 1-30. Sobre las islas en particular, se recomiendan los puntos XII y XIII, pp. 23-25.

¹¹ VAN DYKE, Jon M., MORGAN, Joseph R. y GURISH, Jonathan, “The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When Do Uninhabited Islands Generate an EEZ?”, *San Diego Law Review*, vol. 25, 1988, p. 442.

¹² SYMONIDES, Janusz, “The legal status of islands in the new Law of the Sea”, *Revue de droit international, des sciences diplomatiques, politiques, et sociales*, vol. 65 (3), 1987, p. 161.

¹³ La idea del consenso se encuentra como apéndice al Reglamento de la III Conferencia: “Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible. La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos por llegar a un consenso”. Fuente: Doc. Oficiales de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. I, Doc.A/CONF. 62/SR 19.

¹⁴ Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 888.

Este autor recuerda que los esfuerzos para una codificación del concepto de islas se concentraban en tres grandes ideas: la distinción legal entre diversas categorías de islas, de acuerdo a su tamaño; la consideración de otros factores poco claros a los fines de una delimitación marítima; y la que no mostraba interés en su regulación. En el primer grupo, Malta había llegado a definir a una isla como “una extensión natural de la tierra, con una superficie de más de un kilómetro cuadrado” y que, debido a su arbitrariedad y exactitud, fue rápidamente eliminada para su debate en la III Conferencia. El segundo grupo, liderado por una serie de Estados africanos, llamaba a determinar las zonas marítimas adyacentes a las islas en base a “principios de equidad” según el tamaño, la población, la proximidad con el continente, la estructura geológica y geomorfológica, entre otros¹⁵.

Ya en la sesión de Caracas, en 1974, el enfrentamiento se presentó entre los Estados que intentaban examinar la situación de las islas como un sistema único e igualitario (argumentando la injusticia de privar a las pequeñas islas de poseer una ZEE y la posibilidad de explotar sus recursos); y aquel que pretendía lograr un régimen diferenciado de varios sub-régimenes, que tuviese en cuenta la diversidad de estas, incluyendo sus intereses especiales. Sobre el trabajo de este último grupo, Kolb destaca la labor de Rumania (luego respaldada por Turquía y un grupo de Estados africanos) al comenzar señalando distinciones entre formaciones deshabitadas que no merecían considerarse “islas” y su evolución hacia una distinción entre islas, islotes y rocas, con fundamento en la práctica estatal, la jurisprudencia y la doctrina internacional, con el objeto de evitar soluciones injustas, llegándose a afirmar incluso que la existencia de instalaciones militares o de policía no resultaba suficiente para justificar la creación de una ZEE alrededor de la formación, ya que las meras instalaciones de gestión pública no eran suficientes para justificar la vida económica y social, entendidas como un todo. Al final de la sesión la mayoría de las delegaciones se pronunciaron a favor de un régimen diferenciado¹⁶.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 888-889.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 889-891. Finalmente hubo una propuesta de catorce países africanos, que propuso definir “isla”, “islote” y “roca”, negando en esta última la jurisdicción de un Estado, excepto como área de seguridad. *Ídem*.

Tras intensas consultas informales tendientes a reducir opciones insatisfactorias para las delegaciones, el tema adquirió un renovado ímpetu entre 1978 y 1982, principalmente sobre la situación del artículo 121(3) y su propuesta de eliminación por Japón, Reino Unido, Grecia, Brasil, Portugal, Ecuador, Irán, Zambia y Australia. No obstante, no logró su objetivo no por razones de fondo, sino para evitar poner en peligro el equilibrio general del consenso alcanzado en distintos temas y a fin de preservar el acuerdo global¹⁷.

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurre con el régimen de islas cuando se presenta una controversia entre dos o más Estados y no se aplique la Convención de 1982 para una de estas partes. Para responder lo anterior, es necesario abordar necesariamente otras preguntas como: ¿podríamos remitirnos a las convenciones anteriores si aquellos Estados son parte de ellas? y en caso negativo ¿es posible recurrir al principio de dualidad de fuentes para reclamar una aplicación de la costumbre en el caso? ¿Constituye la totalidad del régimen de islas de la Convención de 1982 una codificación del derecho internacional? ¿Qué ocurre con las islas artificiales?

II. Islas, islas artificiales, rocas, arrecifes, archipiélagos y otras elevaciones. Calificación y requisitos

II.1. Islas e islas artificiales

Según el artículo 121 de la Convención de 1982, las islas son extensiones naturales de tierra, rodeadas de agua y sobre el nivel de pleamar. La norma dispone que estas poseen mar territorial, zona contigua, ZEE y plataforma continental y determina, por otra parte, que las rocas no aptas para la habitación humana o vida económica propia carecerán de ZEE y de una plataforma continental¹⁸, es decir, derechos de soberanía sobre los recursos vivos y no vivos en estos dos espacios.

Lo anterior permite considerar como isla a toda extensión natural de tierra que cumpla los requisitos del artículo 121(1) de la Convención, a pesar de no reunir las condiciones aptas para la habitación humana y

¹⁷ *Ibidem*, p. 893.

¹⁸ Conf. artículo 121 (3) de la Convención de 1982.

carecer de vida económica propia, que dispone: “Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”.

Por otra parte, las islas artificiales se asimilan, jurídicamente, a las instalaciones, estructuras y construcciones realizadas por el Estado ribereño. Estas, según los artículos 11 y 60(8) de la Convención, no poseen mar territorial propio ni pueden ser utilizadas para la delimitación de los distintos espacios marítimos. Sobre este punto, se afirma que el último artículo dispone que las “islas artificiales”, independientemente de su denominación, en realidad no constituyen “islas” según la calificación legal de la Convención¹⁹.

Al analizar la norma Dipla conceptúa, en criterio que coincidimos, como conforme al derecho internacional, a las islas producidas naturalmente sin la intervención del hombre y que se encuentren en pleamar. Asimismo agrega que el artículo 121 de la Convención de 1982 encuentra su antecedente directo en el artículo 10 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958, que define a una isla como una extensión natural de tierra, rodeada de agua y encima de ésta durante la época de marea alta²⁰.

En ese sentido, el término “extensión natural de la tierra” es también precisado por Dipla, para quien se trata de una elevación que emerge del fondo del mar como consecuencia de fenómenos naturales, conformada por arena, barro, depósitos de grava, piedra caliza o restos de corales, entre otros, descartando las formaciones de hielo. De lo anterior podemos sostener que las islas artificiales se encontrarían excluidas del régimen de la Parte VIII²¹.

La C.I.J. resolvió la cuestión manteniendo su *status* original y considerarlas, en otras palabras, naturales. Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso de *delimitación marítima y terrestre entre Qatar y Bahrein*, decidido en 2001, cuando la C.I.J. afirmara que una isla es “(...) una extensión natural

¹⁹ Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 100.

²⁰ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 2.

²¹ *Ibidem*, para. 3-4. Una pregunta que excede el trabajo propuesto pero merece atención es: ¿Qué ocurre con las islas naturales que requieren, debido a la erosión y el cambio climático, de la intervención del hombre para mantenerse sobre el nivel del mar?

de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar” y que, luego de analizar las pruebas de las partes y las conclusiones de los expertos, consideró probado que Qit’at Jaradah era una elevación en marea baja que sólo satisfacía los requisitos para su utilización a los fines de una posterior delimitación²².

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que las islas naturales son asimiladas a las otras extensiones terrestres y que, en consecuencia, poseen derecho a todos los espacios marítimos pertinentes, tal como lo justifica la interpretación del mismo artículo 121(2) de la Convención, al codificar el derecho consuetudinario²³ en los siguientes términos:

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

II.2. Rocas

González Napolitano, citando a Munavvar, señala que una roca es definida como una masa sólida de limitada extensión y agrega que el artículo 121 no precisa su significado para el derecho internacional²⁴. Sin embargo, de lo anterior y en concordancia con el artículo 121(1) ya indicado, cabe reconocer la posibilidad de que las rocas adquieran, posteriormente, las aptitudes necesarias para ser calificadas plenamente como islas y gozar, en consecuencia, de espacios marítimos propios. En efecto, ello es producto de una interpretación, por exclusión, de su inciso 3° que dispone: “Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida

²² C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 63, para. 195.

²³ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 61, para. 185; y *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 696, para. 113.

²⁴ Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 100. Al respecto, Walker, define a las rocas como “[...] a solid natural mass, of limited extent, including sand, sandstone, otherwise solidified sand, or igneous matter...”, Conf. WALKER, George K. (ed.), *Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 286.

económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental”.

En otras palabras, la norma constituye una excepción que habilita, en teoría, que las rocas generen amplias zonas de soberanía o derechos de soberanía hasta una distancia máxima de 200 millas bajo jurisdicción estatal²⁵.

Al analizar el artículo 121(3), González Napolitano coincide en afirmar que la norma está redactada negativamente “(...) de modo que no se establecen los espacios marítimos que se les reconocen, sino los que no pueden tener ciertas rocas. Así, las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tienen zona económica exclusiva ni plataforma continental. Por implicancia, podría deducirse que dichas rocas tendrían sólo (...) mar territorial, zona contigua y, eventualmente, aguas interiores” y agrega que “Pareciera ser entonces, que para que las rocas puedan tener derecho a todos los espacios marítimos, incluso zona económica exclusiva y plataforma continental, se tienen que dar estos requisitos: a) que se cumplan las condiciones establecidas por el artículo 121 (1) (...); b) que sea apta para la habitación humana “y” –u “o”, según la interpretación que se haga– que sea apta para mantener vida económica propia”²⁶. También se pregunta si este último punto se trata de requisitos alternativos o acumulativos y luego cita a Charney para afirmar que “(...) basta que la roca cumpla con uno de estos dos requisitos” para eliminar la restricción contenida en el inciso 3^o²⁷.

En su examen del artículo 121(3) Kolb advierte que se trata de un aspecto sensible que parece, a simple vista, trivial pero que pocos autores son los que pueden dar un significado real de su interpretación, criticando las calificaciones de Churchill y Lowe, por considerarlas subjetivas, la ambigüedad de Brown y considerando a O’Connell, Dipla y Symonides como autores de un catálogo de naturaleza retórica para justificar sus dichos²⁸. Sin embargo, sobre el aspecto de la habitación humana, Kolb cita a Gidel y afirma que su encuadre en tal calificación se encontraría en las

²⁵ Esta afirmación se encuentra sumamente cuestionada. Para un inicio sobre estos debates ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, pp. 100-104.

²⁶ *Ibidem*, p. 100.

²⁷ *Ibidem*, p. 101.

²⁸ Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 879.

condiciones naturales que permitirían la residencia estable de grupos humanos organizados²⁹.

Los requisitos de habitación humana y vida económica propia pueden presentar dificultades ya que el progreso tecnológico posibilita, hipotéticamente, un cambio en su situación ante determinadas rocas que adquieran, en el futuro, una productividad económica que incentive el asentamiento de personas en su superficie, modificando por vía de hecho su *status* jurídico particular preexistente³⁰.

Desde luego, esta atribución de espacios marítimos a las rocas incitó serios debates y disputas. Por caso, uno de los mejores ejemplos para ilustrar la importancia de estos asuntos para la comunidad internacional sea, quizás, el de las Rockall y sus alrededores, reclamadas por el Reino Unido, en la década del 70 del siglo XX, que merecieron las protestas de Dinamarca, Islandia e Irlanda, provocando así el posterior retiro de aquella en 1997³¹. Sin embargo, aún persisten controversias pendientes sobre esta clase de asuntos como, por ejemplo, la histórica disputa Corea y Japón en relación a Dokdo/Takeshima³² o la situación de las Senkaku/Diaoyu Island³³ y las Spratly Islands en el Mar de China³⁴.

²⁹ En palabras textuales de Gidel, citado por Kolb, "(...) conditions naturelles permettent la résidence stable de groupes humains organisés". Conf. KOLB, Robert, *supra* nota 6, p. 885.

³⁰ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 8.

³¹ Su circunferencia es de unos 100 metros, pero, de ser aceptada la pretensión británica de considerarlas como "isla", aquel Estado obtendría una ZEE no inferior a 125.000 millas cuadradas. Conf. SYMONIDES, Janusz, *supra* nota 11, p. 161.

Sobre esta controversia, cabe advertir que el Reino Unido la reactivó al presentar el límite exterior de la plataforma continental de Rockall ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental el 31 de marzo de 2009. Conf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *supra* nota 3, p. 103.

³² DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 9.

³³ Un análisis del rol de las islas en esta controversia y una postura que intenta minimizar su importancia puede en JANG, Heeyong D., "Diminishing Role of Islands in Maritime Boundary Delimitation: Case Studies of Dokdo/Takeshima Island and the Senkaku/Diaoyu Islands", *University of Hawai'i Law Review*, vol. 35: 139, 2013, pp. 139-196. En sentido contrario, un interesante análisis del caso desde las relaciones internacionales y los intereses particulares de las partes que contempla, incluso, las distintas alternativas pacíficas disponibles se puede consultar en JACKSON HARRIS, Joseph, "The Pacific War, Continued: Denationalizing International Law in the Senkaku/Diaoyu Island Dispute", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol. 42: 587, 2014, pp. 587-613.

³⁴ Sin dudas, se trata de unas de las controversias sobre formaciones marítimas más importantes de la región e involucran a la República Popular de China, Taiwán y Vietnam en

No obstante, la importancia de las rocas y la proyección de sus derechos sobre los espacios marítimos atraen una atención creciente en los Estados, al menos en los últimos cincuenta años. Su evolución es excepcionalmente ejemplificada por Remiro Brotóns, al describir cómo aquellas eran consideradas accidentes geográficos modestos que representaban una amenaza para la navegación o directamente, eran causales de naufragios, mientras que, actualmente, son utilizadas en una desesperada búsqueda de títulos históricos u ocupación que pueden despertar sospechas. Por caso, justamente menciona dos nombres que son objeto del caso en estudio: Roncador y Quitasueño que, en opinión del Catedrático señalado, representan lo que la gente pensaba de ellos³⁵.

II.3 Arrecifes y archipiélagos

En los mares tropicales con bajo niveles de agua, suelen presentarse atolones y otras formaciones insulares que constituyen una franja de arrecifes. Los primeros conforman pequeñas islas de piedra que se complementan con un arrecife de coral circular u oval que, en algunos casos, pueden incluir una laguna. Su característica distintiva es la presencia de un arrecife orgánico³⁶. Durante la III Conferencia, las delegaciones de los

tres cuestiones claves: 1) la soberanía sobre las formaciones; 2) la naturaleza y calificación de cada una de ellas; y 3) su delimitación. Conf. BOUCHAT, Clarence J., "Dangerous Ground: The Spratly Island and U. S. Interests and approaches", *Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press*, December 2013, p. ix. Para un análisis sobre sus consecuencias en la navegación ver Chircop, Aldo [et. al], *The Regulation of International Shipping: International and Comparative Perspectives. Essays in Honor of Edgar Gold*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 180 y ss.

³⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, "About the Islands", en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, Brill, 2015, pp. 335-336. El autor culmina su idea expresando que "This contentiousness would never have existed if the sovereignty projection over sea of sterile rocks incompatible for human settlement, lacking a tree, incapable of offering refuge to the solitary ship wrecker, had been neutralized. It would have sufficed to make the nearest States, the Parties in Treaties and the international organizations for maritime cooperation responsible for guaranteeing the safety of life at sea, for articulating the means to prevent accidents by erecting lighthouses and other complementary systems. But the legal evolution, interpreted at Court, has been the opposite. What poetic license can the player of a bad script allow himself?", *Ibidem*, p. 336.

³⁶ Oxford Reference le define como un arrecife orgánico que encierra total o casi totalmente una laguna, rodeado en su exterior por el mar abierto. El arrecife puede estar compuesto por coral y o algas calcáreas. Un atolón se forma sobre una estructura existente como un volcán

Estados del Caribe y el Océano Pacífico argumentaron que debían ser consideradas a los efectos de la delimitación mediante líneas de base recta, ya que se trata de formaciones interrelacionadas en sentido geológico, geográfico y ecológico que merecen un control total por parte de los Estados ribereños a las que pertenecen.

Por ello, el artículo 6 de la Convención de 1982 establece la siguiente regla al habilitar el empleo de puntos referenciales (el borde exterior del arrecife y las islas) para la medición del mar territorial y el establecimiento de las aguas interiores del Estado ribereño:

En el caso de islas situadas en atolones o de islas bordeadas por arrecifes, la línea de base para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar del lado del arrecife que da al mar, tal como aparece marcada mediante el signo apropiado en cartas reconocidas oficialmente por el Estado ribereño.

Por otra parte, respecto de los archipiélagos, Dipla sostiene que estos adquirieron un *status* especial a partir de la Convención de 1982 al brindársele un régimen propio en la Parte IV, en particular su artículo 46, que reconoce como “archipiélago” a un grupo de islas y partes de estas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales que, estrechamente relacionados entre sí, formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tales³⁷.

II.4. Elevaciones en bajamar

A efectos de determinar las características de las islas, debe distinguirse entre aquellas y las elevaciones en bajamar, ya que no todas las formaciones insulares se mantienen siempre sobre el nivel de pleamar

sumergido y extinguido. Fuente: Oxford University Press. Disponible en <http://www.oxfordreference.com> (consulta el 04/03/2015). De modo similar ver WALKER, George K., *supra* nota 23, pp. 109-110.

³⁷ Asimismo, por “Estado archipelágico” se entiende a un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos, pudiendo incluir otras islas. Como ejemplos de Estados archipelágicos podemos mencionar a Filipinas, Indonesia y Fiji, entre otros. Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 16.

careciendo ellas, en consecuencia, del *status* de islas y los espacios marítimos que les son propios³⁸.

Según Dipla, para su determinación resulta relevante el artículo 13 de la Convención de 1982, inspirado en el artículo 11 de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958. En efecto esta norma, que codificó la costumbre internacional, dispone:

1. Una elevación que emerge en bajamar es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial.

2. Cuando una elevación que emerge en bajamar esté situada en su totalidad a una distancia del continente o de una isla que exceda de la anchura del mar territorial, no tendrá mar territorial propio.

Sin embargo, elevaciones emergentes en bajamar pueden ser consideradas, a los fines de una delimitación, sólo en caso que se haya construido en ellas faros o instalaciones análogas con carácter permanente que se mantengan en pleamar, tal como lo establece el artículo 7(4) de la Convención, que expresa:

Las líneas de base rectas no se trazarán hacia ni desde elevaciones que emerjan en bajamar, a menos que se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua, o que el trazado de líneas de base hacia o desde elevaciones

³⁸ *Ibidem*, para. 10.

que emerjan en bajamar haya sido objeto de un reconocimiento internacional general.

III. La utilización de islas en asuntos de delimitación marítima. Controversias destacadas

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la importancia del artículo 121 en asuntos de delimitación marítima, particularmente, entre Estados próximos con costas opuestas o adyacentes.

A partir de los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*³⁹, posteriores disputas en la materia han sido objeto de estudio por la C.I.J. e influido en los negociadores de la III Conferencia⁴⁰. En los últimos treinta años, algunos de ellos involucraron la presencia de islas como los asuntos entre Libia y Malta⁴¹, Qatar y Bahreín⁴², Nicaragua y Honduras⁴³ o Rumania y Ucrania, que solucionaran su histórica controversia respecto del Mar Negro⁴⁴, aunque se ha aclarado correctamente que estos dos últimos casos trataron, en particular, la capacidad de las islas para generar espacios

³⁹ Conf. C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos y República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencias del 20 de febrero de 1969, p. 3.

⁴⁰ Por ejemplo, los artículos 15, 74 y 83 de la Convención que, sin dudas, actualmente son reconocidas como costumbre internacional. Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 20.

⁴¹ C.I.J., *Plataforma Continental* (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), Sentencia del 3 de junio de 1985, p. 13.

⁴² C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, p. 40.

⁴³ C.I.J., *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 659.

⁴⁴ C.I.J., *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, pp.120-123, para. 179-188, titulada: "The presence of Serpents' Island in the area of delimitation". Sin embargo, también es enriquecedora la experiencia arbitral en la materia, como el asunto entre Eritrea y Yemen, decidido en 1999, en el que el Tribunal Arbitral estableció el límite de una línea media entre las costas continentales, aunque reconoció que algunas islas cercanas al continente debían ser consideradas como parte de la costa y, en consecuencia, utilizadas como punto para el establecimiento de la línea de base. Conf. *Delimitación Marítima (Eritrea/Yemen)*, Laudo del Tribunal Arbitral, Segunda Etapa, 17 de diciembre de 1999.

marítimos o su utilización como costa relevante para determinar su proyección y delimitación⁴⁵.

Dipla sostiene que la práctica de los Estados y los distintos tratados celebrados en materia de delimitación que presentan aspectos referidos a islas no permiten formular opiniones concluyentes, especialmente por razones de ubicación, superposición de espacios, tamaño o población, entre otras. Según el autor, lo anterior equivale a una falta de precisión que constituye la razón por la que cortes y tribunales internacionales consideran las circunstancias especiales o relevantes a fin de obtener una solución equitativa que evite o minimice el impacto de una decisión que presente características insulares particulares⁴⁶.

Sin embargo la C.I.J. reconoció en el diferendo entre Qatar y Bahrein que las islas, sin importar su tamaño, son susceptibles de apropiación y generan 12 millas de mar territorial, al tiempo que las elevaciones en bajamar no pueden serlo, a pesar de su correcta utilización para la medición de las líneas de base⁴⁷.

Incluso, en el mismo asunto consideró que la definición de isla contenida en el artículo 121(1) y 121(2) constituye una manifestación de la costumbre internacional. Aunque no analizó especialmente el 121(3), la Corte observó que las disposiciones del párrafo 2° se encuentran limitadas por la referencia a lo dispuesto en el 3°, estableciendo un vínculo esencial⁴⁸.

⁴⁵ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, “El territorio insular a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 2012”, en Ernesto J. Rey Caro y María Cristina Rodríguez de Taborda (Dir.), *Estudios de Derecho Internacional*, Tomo I, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 491.

⁴⁶ Conf. DIPLA, Haritini, *supra* nota 7, para. 20-22. Conf. C.I.J., *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos; y República Federal de Alemania / Dinamarca), Sentencias del 20 de febrero de 1969, pp. 36-37, para. 57; *Plataforma Continental* (Libia/Malta), Sentencia del 3 de junio de 1985, pp. 48-58, para. 64 y 79; entre otros.

⁴⁷ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, pp. 96 y 101-102, para. 182 y 204- 206. La Corte también reafirmó parte de estos criterios de atribución en el asunto sobre *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 751, para. 302.

⁴⁸ Conf. C.I.J., *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (Qatar c. Bahrein), Sentencia del 16 de marzo de 2001, pp. 91, 97 y 99, para. 167, 185 y 195.

y que vale agregar, en opinión de Infante Caffi, forman un régimen indivisible⁴⁹.

Su utilización en materia de delimitación marítima ha sido determinante para establecer las “costas relevantes”, principalmente, en los casos en cuyas proyecciones se superpongan o generen una desproporción entre las áreas y sus líneas delimitadas, inicialmente, entre las partes⁵⁰, sin importar su tamaño, adquiriendo así tal notoriedad⁵¹.

IV. El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Debates de interés en torno a la calificación de formaciones marítimas

En el presente acápite omitiremos, por razones de brevedad, toda referencia a los argumentos de las partes sobre apropiación soberana y sus interesantes planteos (entendiendo que el análisis de cada uno de estos merecen, a nuestro entender, un dedicado y extenso trabajo autónomo), concentrándonos, en consecuencia, sólo en algunas reflexiones vinculadas a las islas y otras formaciones marítimas como parte de discusiones o consideraciones relevantes.

El 6 de diciembre de 2001, Nicaragua inició el procedimiento contra Colombia ante la C.I.J.⁵², con el objeto de solucionar las controversias sobre un grupo de asuntos entre los dos Estados, referidos a ciertos territorios insulares y su eventual delimitación marítima en el Mar Caribe Occidental, respecto del cual Nicaragua se encuentra en la parte sur-occidental y Colombia en el sur.

Establecidos los plazos por la Corte para la Memoria y la Contra-Memoria de las partes, Colombia presentó en tiempo y forma de acuerdo con las disposiciones del artículo 79(1) del Reglamento, una solicitud de

⁴⁹ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, p. 491.

⁵⁰ Conf. C.I.J., *Delimitación Marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), Sentencia del 3 de febrero de 2009, pp. 89 y 96-97, para. 78 y 97-99.

⁵¹ C.I.J., *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia del 8 de octubre de 2007, p. 751, para. 302.

⁵² El acceso a la Corte tiene su fundamento en el artículo LX del Pacto de Bogotá y en las declaraciones formuladas por las partes, en virtud del artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, consideradas como aceptación de la jurisdicción obligatoria de ésta, de conformidad con el párrafo 36 del Estatuto de su continuadora.

excepciones preliminares a la jurisdicción de la C.I.J. que, luego de las suspensiones, respuestas, observaciones y audiencias públicas de rigor, resultó finalmente competente sobre las formaciones marítimas reclamadas, a excepción de las islas de San Andrés, Santa Catarina y Providencia, toda vez que la cuestión de su soberanía ya había sido atribuida por un tratado celebrado entre las partes en 1928 a favor de Colombia⁵³, reanudándose el procedimiento en 2008⁵⁴.

A tenor de la Memoria, Contra-Memoria, Réplica y Dúplica presentadas por las partes, la disputa trató en esencia sobre la soberanía de un grupo de islas y formaciones en la medida que eran susceptibles de apropiación, junto a la determinación del curso de una frontera marítima única entre Nicaragua y Colombia, de conformidad con principios equitativos y circunstancias relevantes y aplicables por el derecho internacional general al caso.

IV.1. La identificación y calificación de las formaciones marítimas susceptibles de apropiación decididas por la Corte Internacional de Justicia

Ya en el inicio de sus consideraciones sobre el fondo del asunto, la Corte comenzó a precisar algunas cuestiones para el debate sobre la caracterización de distintas formaciones marítimas. Por ejemplo, señaló que en el oeste del Mar Caribe existen numerosos arrecifes, algunos de los cuales alcanzan a sobresalir en forma de cayos, es decir, islas pequeñas compuestas, principalmente, por arena proveniente del desgaste de los arrecifes, debido a la acción del oleaje y los vientos. Agrega también que los cayos más extensos pueden acumular suficiente sedimento para permitir la colonización y el establecimiento de vegetación. Por otra parte, los atolones y bancos, son también comunes en esta área, definiendo al primero como un arrecife de coral que contiene una laguna y al segundo como una roca arenosa elevada cuya cumbre se establece a menos de 200 metros debajo de la superficie, aclarando que los bancos cuyo tope se aproximen a la

⁵³ Cabe destacar que la decisión de la Corte, sobre este punto, se adoptó por unanimidad. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Objeciones Preliminares, 13 de diciembre de 2007, p. 876, para. 142 (3).

⁵⁴ En 2010 Costa Rica y Honduras solicitaron participar como intervinientes, de conformidad con el artículo 62 del Estatuto de la C.I.J., denegando la Corte tal pretensión mediante decisiones separadas. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Solicitud de Permiso para Intervenir, 4 de mayo de 2011, p. 348.

superficie del mar (convencionalmente, a menos de 10 metros en marea baja), son llamados bajíos o bancos de arena⁵⁵.

Sobre los elementos de la controversia, la C.I.J. señaló siete formaciones: a) los Cayos Alburquerque (situados a 100 millas de la costa nicaragüense y a 375 millas de la colombiana), un atolón de 8 km de diámetro, separados de un canal de 386 metros de ancho y cuyas aguas son poco profundas; b) Cayos Este Sudeste (localizados a 120 y 360 millas de Nicaragua y Colombia, respectivamente), constituyen un grupo de cayos situados en un atolón; c) Roncador (ubicado a 190 millas de Nicaragua y 320 de Colombia), se trata de un atolón establecido en un banco de 15 km de largo y 7 km de ancho y posee, en su proximidad, al Cayo Roncador, localizado a media milla, con una superficie de 550 metros de largo y 300 de ancho; d) el banco de Serrana (emplazado a 170 millas de Nicaragua y 360 millas de Colombia), que posee en su interior varios cayos, siendo el más extenso de ellos “Serrana”, de unos 1000 metros de largo y 400 de ancho; e) Quitasueño, localizado a 45 millas de Serrana, presenta características geográficas cuyo *status* legal propio es controvertido por las partes; f) el banco de Serranilla (situado a 200 millas de Nicaragua y 400 de Colombia) posee en su interior tres cayos; y g) el banco de Bajo Nuevo (ubicado a 265 y 360 millas de Nicaragua y Colombia, correspondientemente), contando en su espacio con tres cayos.

En definitiva, las Partes coincidían en que los Cayos de Alburquerque, Este Sudeste, Roncador, Serrana y Bajo Nuevo se encontraban sobre pleamar y que, por lo tanto, constituían islas susceptibles de apropiación.

Sin embargo, diferían sobre la particular situación de Quitasueño y sus formaciones que, según Nicaragua se trataba de un bajío en el que todas ellas permanecían sumergidas en ocasión de altas mareas, es decir, que eran elevaciones en bajamar y que además se trataba de una pieza individual de residuos coralinos como parte de un cadáver de un animal muerto y que no era, en consecuencia, tierra naturalmente formada, impidiendo su calificación de isla⁵⁶. Colombia, por su parte, argumentó que las islas

⁵⁵ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, pp. 637-638, para. 20.

⁵⁶ María Teresa Infante Caffi agrega, citando a Reichler, que Nicaragua sostenía que se trataba de un *shoal*, es decir, un “banco” y que ello tenía sustento en antecedentes históricos.

coralinas se formaban naturalmente y que no existe impedimento legal para tal hipótesis, añadiendo que Quitasueño se encontraba compuesta por 34 formaciones calificables de islas por encontrarse en pleamar y que, al menos 20 de ellas se situaban en un radio de 12 millas de distancia.

Finalmente, ambas partes controvierten también la importancia del tamaño de Quitasueño. Nicaragua afirmó que era crucial, ya que su cima posee una extensión de 10 a 20 cm, mientras que para Colombia, según su réplica, el derecho internacional consuetudinario no decretaba cuestiones de tamaño para la calificación de una isla.

De este modo y sin perjuicio de la decisión adoptada por la C.I.J. que atribuyó a Colombia las formaciones Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este-Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla, contamos con una identificación y culminación de los puntos geográficos que originaran la controversia sobre su calificación y apropiación que nos permite destacar, a partir de este momento, los principales aspectos de utilidad para la evaluación de las formaciones marítimas como insulares y sus efectos.

En el caso de análisis y a partir de las pruebas aportadas y producidas por las partes, la Corte consideró la situación de Quitasueño en forma separada, debido a su especial configuración. Al respecto, sostuvo que su formación principal (catalogada como “QS32”), se encontraba por encima del nivel de pleamar y que, además, la postura de Nicaragua referida a su composición de residuos coralinos carecía de mérito. Pese a ello, razonó que el derecho internacional define una isla por su formación natural y su situación sobre el nivel de pleamar, sin importar la constitución geológica, agregando que, en el caso particular, la formación QS32 se encuentra conformada por material sólido adherido y no de residuos sueltos, siendo los corales y el tamaño de la formación irrelevante, considerándola así catalogable como una isla susceptible de apropiación⁵⁷.

La autora se pregunta si es posible declarar una posible zona contigua más allá del mar territorial. Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, pp. 499-500.

⁵⁷ Textualmente, la C.I.J. lo expresó con la siguiente fórmula: “International law defines an island by reference to whether it is ‘naturally formed’ and whether it is above water at high tide, not by reference to its geological composition. The photographic evidence shows that QS 32 is composed of solid material, attached to the substrate, and not of loose debris. The fact that the feature is composed of coral is irrelevant”. Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 645, para. 37.

No obstante, la C.I.J. consideró que, a partir de la información y los análisis proporcionados por las partes, las otras formaciones de Quitasueño no reúnen evidencia suficiente para ser consideradas como islas, ya que se trata de meras elevaciones en bajamar. En consecuencia, estas sólo poseen los efectos que reconoce el derecho internacional consuetudinario codificado por la Convención de 1982, en su artículo 13, y ser consideradas, en las condiciones allí establecidas, como puntos utilizados para medir la anchura del mar territorial de QS32⁵⁸.

Por otra parte, resulta interesante la observación de la Corte al sostener que las Partes no sugirieron que la formación QS32 sea otra cosa distinta a una roca incapaz de mantener habitación humana o vida económica propia, por lo que la misma carece, en consecuencia, de derecho a una plataforma continental y una ZEE propia, de conformidad con el artículo 121(3) de la Convención de 1982⁵⁹.

IV.2. La delimitación marítima realizada por la Corte y sus consideraciones sobre el tamaño de las islas y su población

A partir de las formaciones marítimas determinadas como apropiables, de conformidad con el derecho internacional y el rechazo a la solicitud nicaragüense respecto de la delimitación la plataforma continental más allá de las 200 millas⁶⁰, la Corte reconoció la existencia de una superposición entre el derecho de Nicaragua a una plataforma continental y una ZEE, desde su costa territorial, y el derecho de Colombia a un idéntico derecho a partir de las islas sobre las cuales se decidió que tenía soberanía.

La C.I.J., a tenor de las disposiciones de los artículos 74, 83 y 121 de la Convención de 1982 (referidas a ZEE, plataforma continental e islas,

⁵⁸ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, pp. 645 y 692-693, para. 37 y 182. El considerar al artículo 13 como parte de la costumbre internacional resulta relevante, toda vez que Colombia no es Estado Parte de la Convención de 1982. Fuente disponible en http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea (consulta el 15/03/2015).

⁵⁹ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 693, para. 183.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 665-670, para. 113-131.

respectivamente) y sin perjuicio del acuerdo de las partes en que debían ser consideradas como declaratorias de costumbre internacional, sostuvo que el carácter consuetudinario del artículo 121 constituye, en todos sus párrafos, un régimen jurídico indivisible con *status* de costumbre internacional⁶¹.

Asimismo, y en atención a que la C.I.J. sólo se pronunció sobre los derechos de soberanía que se superponen entre Nicaragua y Colombia, sin considerar los cayos más pequeños adyacentes a las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina (al interpretar que estos se encuentran inmediatamente adyacentes a aquellas y son inicialmente irrelevantes) otorgando, en definitiva, 531 kilómetros a Nicaragua y 65 kilómetros a Colombia⁶². Asimismo, la Corte, al examinar los planteos de las partes sobre el área relevante para cada una de ellas sostuvo que, dependiendo de la configuración presentada en el contexto geográfico general, el área en cuestión podía incluir o excluir ciertos espacios marítimos, especialmente, cuando se comprueba que el trazado produciría un resultado desproporcionado e inequitativo, concluyendo que el límite marítimo debía seguir la frontera prevista en la sentencia del caso entre Nicaragua y Honduras, decidido por la C.I.J. en 2007, hasta alcanzar el límite de un área común denominada *Joint Regime Area* y continuar una serie de indicaciones hacia la frontera de la ZEE de Nicaragua, considerando los límites establecidos entre Colombia-Panamá y Colombia-Costa Rica, contabilizando una superficie total de 209.280 kilómetros cuadrados⁶³.

Respecto del tamaño de las formaciones en disputa y su población, que Nicaragua señalaba como excepcional ante las reducidas dimensiones de la superficie insular, la ausencia de habitantes y la inexistencia de vida económica y, por ende, aplicable el artículo 121(3) y que, en consecuencia, aquellas sólo tenían un derecho a mar territorial sin posibilidad de contar con una ZEE ni a una plataforma continental. Asimismo Nicaragua agregó que, para arribar a una solución equitativa, cada formación debía conformar un enclave de 3 millas desde sus líneas de base.

En respuesta, Colombia negaba la base jurídica propuesta por su contraria al sostener que los Cayos Alburquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo eran islas que poseían los mismos derechos

⁶¹ Ibidem, p. 674, para. 139 *in fine*.

⁶² Ibidem, pp. 679-680, para. 149-152.

⁶³ Ibidem, pp. 682-686, para. 155-166.

marítimos que cualquier otra formación terrestre, es decir: 12 millas de mar territorial, ZEE y plataforma continental, argumento que completó señalando la existencia de viviendas destinadas a las fuerzas armadas y otras instalaciones en la mayoría de ellas que, en efecto, equivalen a una capacidad de mantener habitación humana o vida económica propia.

Sobre esta cuestión, la Corte evita pronunciarse sobre Serranilla y Bajo Nuevo por encontrar que se sitúan fuera del área calificada como relevante, considerando innecesario establecer sus derechos marítimos. Sin embargo la C.I.J., continuando su interpretación en *Qatar c. Bahrein* (2001), reconoce que una isla relativamente pequeña puede dar derecho a zonas marítimas importantes y que, incluso, una formación contenida en la excepción del 121(3) tiene derecho a un mar territorial, tal como lo refleja también el derecho internacional consuetudinario⁶⁴.

Es a partir de este punto, y sobre una tesis colombiana planteada en la Contra-Memoria, que la Corte analizó la superposición de espacios marítimos de distinta naturaleza jurídica y afirmó que “(...) el mar territorial de un Estado puede estar restringido, conforme lo previsto en el artículo 15 [de la Convención de 1982]... en caso de superposición con el mar territorial de otro Estado. En el presente asunto no hay superposición de este tipo (...) la coincidencia es entre el derecho derivado de cada isla de Colombia a contar con mar territorial y el derecho de Nicaragua a una plataforma continental y zona económica exclusiva. La naturaleza de estos dos derechos es diferente (...)”⁶⁵.

Asimismo, la C.I.J. recordó que, en su propia jurisprudencia, nunca había restringido el derecho de un Estado a establecer un mar territorial de 12 millas en caso de superposiciones con la ZEE y la plataforma continental

⁶⁴ Ibidem, pp. 689-690, para. 175-177. No obstante, autores como Tanaka aún duda sobre el carácter de norma consuetudinaria del artículo 121 (3), con fundamento en la insuficiencia de práctica estatal y formula críticas adicionales al sistema de delimitación empleado por la C.I.J.. Conf. TANAKA, Yoshifumi, “Reflections on the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia before the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 930.

⁶⁵ Conf. C.I.J., *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia), Sentencia del 19 de noviembre de 2012, p. 690, para. 177. Para un análisis de la delimitación realizada por la C.I.J. y su crítica a la utilización del método de la equidistancia provisional y sus etapas ver GAO, Jianjun, “A Note on the Nicaragua v. Colombia Case”, *Ocean Development & International Law*, vol. 44, 2013, pp. 219-234.

de otro Estado y, continuó el criterio sentado en su decisión en la controversia entre *Nicaragua y Honduras* (2007), considerando también otros precedentes arbitrales e incluso la sentencia del Tribunal de Hamburgo en el *asunto sobre delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar y en la Bahía de Bengala*, el primer diferendo de fondo en materia de delimitación marítima que particularmente, en la materia que nos interesa, estudió la situación del mar territorial y los efectos de la *St. Martin's Island* (una isla de 8 km² y una población de 7.000 habitantes), como perteneciente a Bangladesh, en la medida que no se superpongan con la soberanía marítima de Myanmar⁶⁶.

Finalmente, la Corte decidió rechazar la solicitud de Nicaragua, tendiente a establecer un enclave de 3 millas alrededor de estas islas, independientemente de su situación o no de excepción, toda vez que la norma sólo es pertinente en la medida que sea necesario determinar sus derechos de soberanía adyacentes al mar territorial. Concretamente, la C.I.J. siguió la tesis del área relevante, desde la costa nicaragüense hasta las 200 millas de las líneas de base desde las cuales se mide el mar territorial, al tiempo que aceptó la tesis colombiana respecto de las islas Providencia, San Andrés y Santa Catarina, en cuanto no debían sufrir un efecto de enclave hacia el oriente a partir de las líneas de base de Nicaragua⁶⁷.

⁶⁶ Conf. T.I.D.M., *Disputa concerniente a la delimitación del límite marítimo entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar)*, Sentencia del 14 de marzo de 2012, para. 143-144, 151-152 y 169. En esencia, los hechos del caso se centran en la delimitación del mar territorial, la ZEE y la plataforma continental entre las partes en la Bahía de Bengala, sin perjuicio de los derechos contenidos más allá de las 200 millas. Sus antecedentes, según Bangladesh se remontan a unas minutas del año 1974 refrendadas luego, por ambos Estados, en 2008. Myanmar negó que las mismas le fueran vinculantes y obligatorias, debido a que éstas no sólo dejaban sin resolver la controversia de modo integral, sino que además carecían de firma autorizada por alguien con capacidad de obligar al Estado. El Tribunal, en su decisión por unanimidad, sostuvo que las minutas de 1974/2008, invocadas por Bangladesh, no constituían un acuerdo vinculante expreso ni tácito. Para un análisis pormenorizado del caso ver EIRIKSON, Gudmundur, "The Bay of Bengal Case before the International Tribunal for the Law of the Sea", en Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden, Brill, 2015, pp. 512-528.

⁶⁷ Sobre el cumplimiento de la decisión de la Corte por las partes en disputa, sugerimos consultar KHAN, M. Imad & RAINS, David J., "Doughnut hole in the Caribbean Sea: The maritime boundary between Nicaragua and Colombia according to the International Court of Justice", *Houston Journal of International Law*, vol. 35, n. 3, pp. 608-609.

V. Conclusiones

A pesar de que el régimen legal de las islas se encuentra, a nuestro entender, adecuadamente reconocido en el artículo 121 de la Convención, presenta dificultades en materia de delimitación marítima cuando formaciones insulares se superponen con una masa continental u otras islas. Sin embargo, encontramos elementos de interés para destacar en el caso analizado y que constituyen, en nuestra opinión, una contribución para la consolidación y el desarrollo del derecho internacional.

El principal aporte de la C.I.J. en la disputa y su relación con las islas es la confirmación jurisprudencial del derecho que estas poseen, independientemente de sus características, a un mar territorial de 12 millas.

Un segundo aspecto sobresaliente de la decisión consiste en la profundidad del análisis al abordar la situación relativa a la costa de un Estado, respecto de islas de otro Estado y que le enfrentan en sus proyecciones marítimas, sumado al hecho de encontrarse a gran distancia de la costa principal, como surge en el caso de Colombia.

Sin embargo, también resulta evidente que, a pesar de haber expresado algunos criterios sobre una posible delimitación respecto de proyecciones marítimas próximas y la existencia de islas, la C.I.J. no profundizó sus consideraciones en la hipótesis de presentarse un supuesto de menor extensión, aunque su fundamento radicaría en la existencia de una superposición de espacios soberanos, es decir, tratarse de mar territorial de diferentes Estados o bien, tal como lo sostuvo la misma Corte, encontrarse en presencia de un límite histórico o acordado.

Finalmente, consideramos acertada la reflexión de Infante Caffi, que compartimos, al sostener que en el fondo, el asunto entre Nicaragua y Colombia "(...) se trataba de responder cómo y qué se debía delimitar dada la presencia de las formaciones marítimas colombianas (no su costa continental) y la zona económica exclusiva y la plataforma continental nicaragüense (...)">⁶⁸. En definitiva, la decisión puede calificarse como un paso más en el desarrollo de una jurisprudencia coherente de la Corte en

⁶⁸ Conf. INFANTE CAFFI, María Teresa, *supra* nota 44, pp. 504-505.

materia de islas, aclarando e interpretando aspectos de un régimen particular perteneciente a una Convención que, al momento del pronunciamiento del tribunal, celebraba su trigésimo aniversario de la apertura a la firma.

De este modo, podemos vislumbrar un auspicioso futuro para las interpretaciones realizadas por la Corte respecto del artículo 121 de la Convención de 1982, más allá de brindar seguridad jurídica en el caso concreto aclarando el marco normativo vigente, sino también en la previsibilidad y perdurabilidad futura que, junto con las decisiones que pueda adoptar el Tribunal de Hamburgo, constituirán sin dudas las más sólidas bases del derecho del mar contemporáneo.