



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

INFORME PARA SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTES

Exp. N.º 04505-2017-0-1706-JR-FC-01

Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia del diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Decisión sobre el Fondo.

19 de noviembre del 2012.

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Para optar el título profesional de Abogada

AUTORA

Ponce Richardi, Maira Alexandra (<https://orcid.org/0000-0003-3734-7633>)

Lima, 30 de agosto de 2021

A mis padres, por enseñarme a nunca rendirme.

M.R.D y P. R.D, por todos los consejos.

L.G-C.M., por todas sus enseñanzas.

EXPEDIENTE PRIVADO

EXPEDIENTE : N.º 04505-2017-0-1706-JR-FC-01

MATERIA : DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

DEMANDANTE : SACA FACHO, SEGUNDO MANFREDO

DEMANDADO : LIMO PISCOYA, JUANA

RESUMEN

La presente tesina tiene por objeto analizar el criterio utilizado por el juzgador peruano para resolver un proceso, iniciado con una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, que recae en el expediente N° 04505-2017-0-1706-JR-FC-01, desembocando en la interposición de un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, todo ello a la luz del Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia; emitido con motivo de la sentencia dictada en casación N° 4664-2010 (En adelante: Tercer Pleno Casatorio), así como de las principales instituciones del derecho de familia que se relacionan de manera directa con el referido expediente, lo cual nos permitirá identificar si el juzgador ha acogido o no los preceptos establecidos en el Tercer Pleno Casatorio Civil . Ello es necesario a razón de la importancia de la unificación de la jurisprudencia en función de los criterios de aplicación en materia de divorcio que nos brinda el Tercer Pleno Casatorio, y, además, porque nos permite identificar el comportamiento de los juzgadores peruanos al momento de resolver un caso, en función de las sentencias plenarias.

Palabras clave: Divorcio por causal de separación de hecho; Tercer Pleno Casatorio Civil; jurisprudencia; Derecho de Familia.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	06
---------------------------	----

CAPITULO I: RESUMEN DEL PROCESO

1.- Síntesis de la Demanda.....	08
2.- Resolución que declara admisibilidad de demanda	10
3.- Síntesis de la solicitud de desistimiento de la Acción	10
4.- Síntesis de la Contestación de Demanda de la Fiscalía Provincial de la 1° Fiscalía de Familia de Chiclayo.....	10
5.-Síntesis de la Contestación de Demanda por parte de la Demandada.....	11
6.-Síntesis de la Resolución que declara saneado el proceso y fijación de puntos controvertidos.....	14
7.- Síntesis de la Resolución Número Once del Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo - Sentencia de Primera instancia.....	17
8.-Síntesis de la Apelación.....	19
9.-Síntesis de Resolución que admite a trámite Recurso de Apelación y escrito que absuelve apelación.....	20
10.-Síntesis de Resolución 24 de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Segunda Sala Civil. Sentencia N° 592 (Segunda Instancia).....	21
11.-Síntesis del Recurso de Casación Interpuesto por el Demandada.....	22

CAPITULO II: ANALISIS DEL TERCER PLENO CASATORIO

1.- Principales aspectos del Tercer Pleno Casatorio Civil.....	24
----------------------------------------------------------------	----

CAPITULO III: ANALISIS DE DOCTRINA APLICABLE AL PROCESO

1.- Aspectos relevantes de la familia y el matrimonio.....	29
2.- Sobre la causal de divorcio por separación de hecho y la definición del cónyuge perjudicado en la doctrina.....	33
3.- Sobre los alimentos en el divorcio por causal de separación de hecho.....	39

4.- Sobre la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.....	41
CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFIA	128

INTRODUCCIÓN

El divorcio por causal de separación de hecho fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 27495 -Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsecuente divorcio - publicada el 07 de julio del 2001 en el Diario Oficial El Peruano, incorporándose en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.

Con la incorporación de esta causal se instaura en nuestro ordenamiento jurídico una nueva clasificación de divorcio, ya no relacionada con la tradicional, referida al divorcio absoluto y relativo, si no pasando por un parámetro subjetivo u objetivo, es decir, pasando por un análisis de determinación de culpa.

De acuerdo con ello, el divorcio también se clasifica en divorcio sanción o divorcio remedio, y, en el presente proceso, siendo la causal invocada una de remedio, el juzgador solo se limitará a verificar la separación de los cónyuges sin la necesidad de tipificación de conductas culpables imputables a una de las partes.

Sin embargo, a pesar de que la referida causal tenga por fin evidenciar el quiebre del vínculo matrimonial, acaecido mucho antes del inicio del proceso, es preciso señalar que su declaración va a generar consecuencias, sobre todo para el cónyuge que resulte más perjudicado con la separación, por tanto, el artículo 345-A, también incorporado mediante la Ley N°27495, previo la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resultase más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiese corresponder.

Ahora bien, es preciso señalar que, con la incorporación de los dispositivos legales mencionados, los jueces en la práctica legal, al momento de resolver los procesos de divorcio por causal de separación de hecho, han utilizado diversos criterios y no necesariamente uniformes, siendo en algunos casos hasta contradictorios.

Por lo tanto, no había un criterio uniforme del juzgador al momento de resolver petitorios de naturaleza similar, lo cual impedía que se genere predictibilidad en las decisiones judiciales, ello generó una problemática de seguridad jurídica, a razón de la inexistencia de una jurisprudencia unificada en esta materia.

Por esta razón, y ante el problema interpretativo del artículo 345-A, la Corte Suprema de Justicia de la República llevó a cabo el Tercer Pleno Casatorio Civil, el 15 de diciembre de 2010.

Es así como, a partir del Tercer Pleno, las sentencias de los jueces en relación a los procesos de indemnización de divorcio por causal de separación de hecho, deben observar de manera obligatoria los criterios que han sido señalados como precedente de observancia obligatoria, es por esta razón que la presente tesina tiene por objeto analizar el expediente N°04505-2017-0-1706-JR-FC-01, y determinar si la decisión del juzgador en el caso en concreto se emitió en sintonía y en observancia de los criterios establecidos en el Tercer Pleno Casatorio Civil, o , en caso contrario, si no se han observados estos criterios.

Finalmente, en el supuesto en el cual el juzgador haya optado por no observar los criterios establecidos en el Tercer Pleno Casatorio Civil, correspondería señalar si existe un fundamento que haya motivado la decisión del juez en apartarse de estos criterios, siendo el objeto principal determinar si a la fecha la jurisprudencia judicial viene acatando los precedentes de observancia obligatoria.

CAPITULO I: RESUMEN DEL PROCESO

1. Síntesis de La Demanda

El 18 de abril de 2017, el señor Segundo Manfredo Saca Facho, interpuso una demanda de divorcio por causal de separación de hecho, ante el Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, dirigido contra la señora Juana Limo Piscoya.

En el petitorio de la demanda, el señor Saca solicitó en que se notifique a la parte demandada el referido escrito mediante exhorto, en el Jr. Cahuide N° 172 del Distrito de Pueblo Nuevo de la Provincia de Ferreñafe.

Asimismo, solicitó que se declare la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación.

El demandante, señaló como fundamentos de hecho que:

- Contrajo matrimonio civil con la demandada el 06 de agosto de 1973, en la Municipalidad Provincial de Ferreñafe, unión que duró hasta el año 1997.
- Producto de su relación matrimonial procrearon dos hijas, Patricia del Milagro y Yovana del Rosario Saca Limo, nacidas el 18 de julio de 1989 y 23 de agosto de 1996.
- Con relación a la separación de hecho, esta se produjo por mutuo acuerdo, sin violencia física ni psicológica, a razón de que en los últimos años de matrimonio había incompatibilidad de caracteres.
- Además, desde la fecha de su separación, hasta el momento de interposición de la demanda - año 2017-, han transcurrido aproximadamente veinte años, no existiendo ningún tipo de acercamiento para reconciliación.

- Finalmente, la parte demandante señala que, a la fecha, cada cónyuge ha vuelto a rehacer su vida y, a pesar de que sus hijas ya son mayores de edad, se encuentra cumpliendo con la asistencia de una pensión mensual de alimentos.

Ahora bien, como fundamentos de derecho, la parte demandante invoca las siguientes normas:

- Artículos VI del título preliminar del Código Civil, referido al interés para obrar.
- Inciso 12 del artículo 333 del Código Civil.
- Artículo 348 y 349 del Código Civil.
- Artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil.
- Artículo 480 y siguientes del Código Procesal Civil que se refieren a la separación de cuerpos o divorcio por causal.

Finalmente, en calidad de prueba, ofreció los siguientes medios probatorios:

- Partida de matrimonio Civil, para acreditar vínculo matrimonial con la demandada.
- Dos partidas de nacimiento, correspondientes a Patricia del Milagro Saca Limo, y Yovana del Rosario Saca Limo, hijas del demandante.
- Cinco escritos dirigidos al Segundo Juzgado de Familia en el expediente N° 10949-2010 de fechas 13, 18, 23 y 30 de marzo de 2017, para acreditar cumplimiento de pensión de alimentos.
- Copia del DNI del demandante.

Por todo lo expuesto, se solicitó al juez se sirva admitir la demanda presentada y declararla fundada en su oportunidad.

2. Resolución que declara la admisibilidad de demanda

Con posterioridad a la presentación de la demanda, el Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, mediante Resolución N.º 01 de fecha 02 de mayo de 2017, luego de calificar la demanda, resolvió admitir a trámite la misma, y, teniendo por ofrecidos los medios probatorios, emplazó a la parte demandada y al representante del Ministerio Público, para que dentro del plazo de treinta (30) días de notificados, cumplan con contestar la demanda, bajo el apercibimiento de continuar el proceso en su rebeldía, en caso de incumplimiento.

3. Solicitud de desistimiento de la acción

Es preciso indicar que, mediante escrito de sumilla: “Solicita desistimiento de la acción”, con cargo de fecha 26 de mayo de 2017, la parte demandante solicitó al juez tenga por desistido el proceso, amparando su solicitud en los artículos Nº 340, 341, 342, 343 y 345 del Código Procesal Civil.

Al respecto, cabe indicar que, mediante Resolución N.º 07, de fecha 29 de noviembre de 2017, el primer juzgado de familia de Chiclayo resolvió declarar INFUNDADO el desistimiento solicitado, señalando que la parte demandante no había fundamentado su solicitud y también a razón de que la parte demandada ya se había apersonado al proceso, formulando su oposición al desistimiento.

4. Síntesis de la Contestación de la Demanda de la fiscalía provincial de la 1º Fiscalía de Familia de Chiclayo

Con fecha 09 de junio de 2017, Carmen Zoraida Ameghino Bautista, fiscal provincial de la Primera Fiscalía de Familia de Chiclayo, en representación del Ministerio Público, como parte especial interviniente en los procesos de divorcio, de conformidad con lo establecido en el artículo 481 del Código Procesal Civil,

contestó la demanda interpuesta, señalando en su escrito de contestación de demanda lo siguiente:

- El Ministerio Público, como defensor de la sociedad y de la familia, tiene el deber de solicitar la preservación de la familia, como base fundamental de la sociedad; pero siempre dentro de un marco de armonía y comprensión en el seno de familia, a efectos de brindar seguridad emocional y material a sus miembros; por lo que es conveniente que, ante el Órgano Jurisdiccional se actúen los medios probatorios que el caso amerita.

Asimismo, como fundamentos de derecho, el Ministerio Público invocó las siguientes normas:

- Inciso 3 del artículo 159 de la Constitución Política del Perú.
- Artículo 1 y 96-A del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Inciso 1 del artículo 113, 130, 425, 480, incisos del 1 al 12 del artículo 333 y 481 del Código Procesal Civil.
- Inciso 12 del artículo 333, 342, 345-A, 348, 349 y 350 del Código Civil.

5. Síntesis de la Contestación de Demanda por parte del Demandada

Posteriormente, con fecha 18 de julio de 2017, la parte demandada, la señora Juana Limo Piscocoya, en ejercicio de su derecho de defensa, presentó su escrito de contestación de demanda, de sumilla: “Me apersono y absuelvo la demanda”, negando el petitorio contenido en la demanda interpuesta, y, señaló como fundamentos de hecho lo siguiente:

- Que, en efecto, contrajo matrimonio con la parte demandante en Ferreñafe, fijando como domicilio conyugal el inmueble ubicado en la calle Cahuide N°

173 – Pueblo Nuevo – Ferreñafe, el cual fue abandonado por la parte demandante, sin justificación, en el año 1996.

- En el año 1996, cuando el demandante abandonó el hogar conyugal, la dejó con cuatro meses de gestación, sometiéndola a ella, al bebé y a sus demás hijos, a un estado de necesidad, generando así un daño moral y perjuicio económico.
- Luego de producido el abandono, la parte demandada tomó conocimiento de que la causa del abandono se debió a que la parte demandante formó un hogar extramatrimonial con la señora Irene Coronado Soto, procreando dos hijas.
- Asimismo, precisa que es posible acreditar que la parte demandante procreó dos hijas de distintas mujeres en un mismo año, con ella y con la Sra. Irene Coronado, lo cual se comprueba debido a que la menor de sus hijas, Patricia del Milagro Saca Limo, nació el 18 de julio de 1989, y, una de las dos hijas extramatrimoniales del demandante, Elba Cristina Saca Coronado, nació el 24 de octubre de 1989.
- La parte demandada también señaló que es falso que el matrimonio haya procreado solo dos hijas, ya que, mediante la presentación de actas de nacimiento, acreditó que, fruto de su relación matrimonial, en total procrearon cuatro hijos:
 - Luis Antonio Saca Limo, nacido el 13 de junio de 1974.
 - Máximo Fermín Saca Limo, nacido el 21 de julio de 1976.
 - Patricia del Milagro Saca Limo, nacida el 18 de julio de 1989
 - Yovana del Rosario Saca Limo, nacida el 23 de agosto de 1996.
- Además, la parte demandada también afirma que, durante los últimos seis años de convivencia matrimonial la relación entre la pareja era tormentosa y con discusiones, disminuyó el monto de dinero diario que la parte demandante proveía y lo hacía con empleo de palabras soeces. Por esta razón, la parte

demandada decidió empezar a trabajar de ambulante, trabajo que ejerce hasta la fecha.

- Asimismo, la parte demandada señala que ante el abandono moral y económico, en abril del 2007 interpuso una demanda de alimentos, la cual tuvo que ser notificada mediante edicto, y además se tuvo que nombrar a un curador procesal, ante la imposibilidad de ubicar al demandante, y, una vez apersonado al proceso, este lo dilató y, posteriormente, evadió la notificación de la aprobación de la liquidación de pensiones devengadas, debiendo a la fecha montos desde el 2010 al 2015, lo señalado lo acredita mediante una sentencia pendiente, obrante en el expediente N° 934-2017.
- Finalmente, la parte demandada afirma que sus dos hijas, a pesar de ser mayores de edad, tienen derecho alimentario vigente, una por ser estudiante universitaria, y la otra por padecer retraso mental.

Como fundamentos de derecho, la parte demandada invoca las siguientes normas:

- Artículo 194, 200 y 345-A, del Código Procesal Civil.
- Artículo 351 del Código Civil.

Ahora bien, como medios probatorios, ofrece:

- Por el principio de comunidad de pruebas, las mismas pruebas que el demandante.
- Actas de nacimiento de Luis Antonio Saca Limo, de Máximo Fermín Saca Limo, de Patricia del Milagro Saca Limo y de Yovana del Rosario Saca Limo, emitidos por la Municipalidad Distrital de Pueblo Nuevo de la provincia de Ferreñafe.

- Copia legalizada del certificado médico N° 0156604, emitido por el Dr. Pedro Lipazaga Pérez, médico psiquiatra del Hospital “Las Mercedes”. De Chiclayo.
- Constancia de Estudios de Yovana del Rosario Saca Limo.
- Reportes de Estado de cuenta emitidos por la Universidad Cesar Vallejo en favor de Yovana del Rosario Saca Limo.
- Fichas de matrícula y boleta de notas de Yovana del Rosario Saca Limo.
- Actas de Nacimiento de las hijas extramatrimoniales del demandante.
- Inspección Judicial al domicilio real de la demandada, ubicado en calle Cahuide N° 173, Pueblo Nuevo, provincia de Ferreñafe.
- Oficiar al Segundo Juzgado de Paz Letrado de Familia, referente al expediente N° 10949-2010, sobre alimentos, por no encontrarse al día en el pago de la pensión alimentaria, para la demandada y sus dos hijas, acotando que una es universitaria exitosa, y la otra es una persona especial.
- Oficiar al Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, referente al expediente N° 9034-2016, por el delito de omisión a la asistencia familiar, por no haber cumplido con la ejecución de la sentencia, contenida en la resolución número 8, del ocho de abril de 2017, emitido por el segundo unipersonal de la CSJL, por no haber cancelado hasta la fecha la Liquidación de Pensiones Devengadas Alimentarias del 2010 al 2015, a la demandada, Juana Limo Piscocoya de Saca y la de sus dos hijas Patricia del Milagro y Yovana del Rosario Saca Limo.

6. Síntesis de la Resolución que declara saneado el proceso y fijación de puntos controvertidos

De manera previa, es preciso indicar que, mediante escrito con cargo de fecha del 16 de mayo de 2018, la parte demandada solicitó al juez la emisión del auto de saneamiento procesal, amparando su petición en la tutela procesal efectiva, el debido proceso y el artículo 468 del Código Procesal Civil, y, posteriormente, mediante Resolución 08 del 21 de junio del 2018, el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo declaró saneado el proceso y concedió a las partes el plazo de tres (03) días hábiles, desde su notificación, para que cumplan con señalar sus puntos controvertidos.

Posteriormente, el 27 de agosto de 2018, encontrándose fuera del plazo de tres (03) días otorgado por el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo, la parte demandada remitió el escrito de sumilla: “Se solicita fijar los puntos controvertidos y fijar fecha para la audiencia de pruebas”.

En el referido escrito, la parte demandada solicitó se fijen los puntos controvertidos del proceso y se señale fecha y hora para la audiencia de pruebas. Además, señaló que, por razones de viaje, y siendo su asesoramiento de ayuda social, no pudo remitir dentro del plazo requerido el escrito con los puntos controvertidos, sin embargo, sin perjuicio de que el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo los acepte o rechace, propuso como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si la separación de hecho deviene desde 1996.
2. Determinar, que al abandono del hogar sin justificación en 1996 ocasionó daño moral, daño personal y perjuicio económico, al dejar sola a la parte demandada con mis cuatro hijos menores de edad, todos cursando estudios primarios; a excepción de Yovana Del Rosario Saca Limo, porque la abandonó cuando la estaba gestando, de cuatro meses de embarazo.
3. Determinar que no se encuentra al día en las pensiones alimentarias de sus dos hijas, según Expediente N° 10949-2010, sobre alimentos, que se tramita en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Familia.

4. Determinar si el accionante tiene el derecho al 50% de derechos y acciones del único bien adquirido, donde vive con sus dos hijas, debido a que lo que adquirieron fue un terreno, pero no edificación, teniendo como prueba fehaciente, que el abandono se produjo en 1996, y desde entonces la parte demandante nunca se preocupó por ellos.

Ahora bien, mediante Resolución 9°, de fecha 28 de septiembre del 2018, el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo resolvió fijar como puntos controvertidos de la demanda los siguientes:

- a) Determinar si entre los cónyuges existe una situación de separación de hecho por un periodo de tiempo mayor al previsto en la Ley para la aplicación de la causal invocada.
- b) Determinar si los cónyuges contrajeron matrimonio civil bajo el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales y si durante la vigencia del matrimonio han adquirido bienes a favor de ésta, que deban liquidarse o disponerse su fenecimiento.
- c) Determinar si el demandante, por resolución judicial o acuerdo de las partes, se ha encontrado obligado al pago de pensión alimenticia a favor de la cónyuge y si estaba al día en el cumplimiento de la prestación a su cargo a la fecha de interposición de la demanda.
- d) Determinar si de sancionarse el divorcio, procede que en este caso se determine el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges, es decir, se deberá de corroborar si no ocurre en este caso los supuestos de excepción previstos en los artículos 345°-A y 350° del Código Civil.
- e) Determinar si el hecho de la separación ha originado en los justiciables daños que sean susceptibles de ser reparados.

Asimismo, se admitieron como medios probatorios; de la parte demandante, todos los medios de prueba ofrecidos que corren en autos y de la parte demandada, los documentos que corren en autos de folios 48 a 61.

Además, con relación a la inspección judicial ofrecida por la demandada, se solicitó que, en el plazo de tres (03) días, cumpla con adjuntar el arancel por diligencia fuera del juzgado, bajo apercibimiento de no actuarse el día de la audiencia de pruebas.

También, se solicitó un Informe sobre el estado del proceso singado con el número 10949-2010, sobre alimentos, y, también sobre omisión a la Asistencia Familiar, ante el Segundo Juzgado unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Finalmente, se programó audiencia de actuación probatoria para el 24 de octubre del 2018, bajo apercibimiento de declarar concluido el proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 203° del Código Procesal Civil, en caso de incomparecencia de ambas partes.

7. Síntesis de la Resolución Número Once del Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo – Sentencia de Primera instancia

Previamente, corresponde mencionar que, mediante Resolución 10, de fecha 15 de noviembre de 2018, el Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, señaló que la parte demandada no cumplió con adjuntar el arancel por inspección judicial, por lo que se desestimó el referido medio probatorio.

En ese sentido, el juez indicó que resulta innecesario convocar a audiencia de pruebas, toda vez que no existía medio probatorio para actuar, por ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 473 del Código Procesal Civil, se dispuso el juzgamiento anticipado el proceso, dejando sin efecto la convocatoria a audiencia de pruebas.

Posteriormente, mediante Resolución N° 11, de fecha 07 de enero de 2019, se emitió la Sentencia N° 001, mediante la cual el Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, declaró:

- Fundada la demanda interpuesta, en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial.
- Fenecido el régimen patrimonial de sociedades gananciales
- Carece de objeto pronunciarse respecto de los alimentos, por existir liquidación de pensiones devengadas alimentarias fijada judicialmente con anterioridad y que se encuentra vigente a favor éstos.
- Sin objeto de pronunciamiento sobre la indemnización, por no existir un cónyuge perjudicado.
- Extíngase los deberes relativos al lecho y habitación entre los justiciables
- No corresponde pago de costas y costos.

En los fundamentos de la sentencia, el Primer Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo concluyó que la separación de hecho existe desde el año 1996, es decir, desde hace más de veinte años, verificándose la ausencia de cohabitación y sin ánimo de reconciliación, cumpliendo así los elementos: temporal, material y psíquico, que configuran la separación de hecho, por lo que corresponde se ampare la pretensión principal de la demanda.

Con relación a la distribución de los gananciales, se señaló que será en el procedimiento de inventario, procedimiento posterior al consentimiento de la resolución de primera instancia, en el cual las partes podrán requerir la inclusión de los bienes que tengan la calidad de bienes sociales o la exclusión de los que no tengan esa calidad.

Ahora bien, sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria que la demandada petitionó por encontrarse en estado de necesidad, se concluyó que no se ha demostrado con prueba fehaciente que la demandada requiera asistencia de su consorte, máxime si hay que considerar que ya tiene un proceso de alimentos, por ello, resulta inoficioso establecer en el proceso la pensión de alimentos, cuando ya se encuentra determinada por otro órgano jurisdiccional, además, no se advierte de autos que los cónyuges hayan llegado a algún acuerdo con respecto a lo expuesto.

Finalmente, con relación a la indemnización del cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, consignado en el artículo 345-A del Código Civil, se concluye que, de lo actuado y del material que obra en autos, el juzgador se formó la convicción de que no existe cónyuge más perjudicado, bajo el argumento de que, si ambos alegan la misma fecha de separación, aunado a ello la existencia de hijos extramatrimoniales, se corrobora dicha separación por más de veinte años.

En lo que respecta al pago de las costas y costos, se exonera a la demandada, alegando que se trata de un asunto de familia, y, porque dicha parte ha absuelto la demanda y no ha presentado recursos dilatorios.

8. Síntesis de la Apelación

No encontrándose totalmente a favor de lo señalado en la sentencia de primera instancia, la parte demandada, mediante escrito con cargo de fecha del 04 de febrero de 2019, interpuso recurso de apelación de la sentencia N° 001, de fecha 07 de enero de 2021, en el extremo que dejó sin objeto de pronunciamiento la indemnización por no existir cónyuge perjudicado, señalando como fundamentos lo siguiente:

- Para efectos de la indemnización, se tiene en cuenta las reglas establecidas en la Casación N° 4664-2010-puno, mediante la cual fue establecido que, para una decisión de oficio o instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación preferente de bienes, del proceso se debe verificar pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí, por ello, el juez apreciará, en cada caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:
 - El grado de afectación emocional o psicológica;
 - La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar;
 - Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;

- Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- De acuerdo con lo indicado, se debe tener en cuenta que la parte demandada asumió y viene asumiendo la custodia y tenencia de sus hijos, a quienes les ha brindado apoyo material y emocional desde que el demandante abandonó el hogar, además de superar por sí sola la separación de su cónyuge, y también considerando que tuvo que demandar a su cónyuge por el incumplimiento de su obligación de otorgar alimentos a sus hijos, se concluye que corresponde fijar una indemnización en favor de la demandada.

Por los fundamentos señalados, se solicita la revocación de la sentencia, y, reformándola, se declare fijar una indemnización en favor de la demandada, en calidad de cónyuge perjudicado, o, en todo caso, se le adjudique el 50% que le correspondería al demandante respecto del único bien, consistente en un predio solar.

La parte demandada, ampara lo señalado en sus fundamentos en las siguientes normas:

- Artículo 364 y siguientes del Código Procesal Civil

9. Síntesis de Resolución que admite a trámite Recurso de Apelación y escrito que absuelve apelación.

Mediante Resolución 12, del 05 de abril de 2019, el Primer Juzgado de Familia de Chiclayo concedió con efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por la parte demandada Juana Limo Piscoya, contra la sentencia expedida en autos mediante Resolución 11, del 07 de enero de 2019, elevándose así los autos al superior jerárquico con la debida nota de atención.

Posteriormente, mediante escrito con cargo de fecha del 16 de mayo del 2019, la parte demandante, el señor Segundo Manfredo Saca Facho, absolvió la apelación formulada, señalando como fundamentos de hecho lo siguiente:

- La parte apelante, se basa únicamente en la figura del cónyuge perjudicado, señalando a modo de pregunta ¿perjudicado de qué?
- La parte apelante no ha sustentado en todo el proceso el hecho de la separación, solo la parte demandante.
- La apelación carece de sustento lógico, e indemnizatorio, dado que solo han adquirido un bien inmueble que por derecho les corresponde a los mismos cónyuges el 50%, como así lo establece la norma.
- Cuestiona el perjuicio ocasionado a su excónyuge señalando que la hija mayor con su actual pareja, a la fecha de presentación del escrito tiene 36 años, y la hija menor con su excónyuge tiene 23 años, lo que prueba que estuvo separado desde antes de 1996 y que, por un desliz procreó a su menor hija Yovana del Rosario.

Posteriormente, con fecha 20 de mayo del 2019, el Primer Juzgado de Familia, mediante Resolución N° 11 elevó los actuados al superior jerárquico, elevándose así los actuados a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

10. Síntesis de Resolución 24 de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Segunda Sala Civil. Sentencia N° 592 (Segunda Instancia)

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en su Resolución veinticuatro, de fecha 06 de diciembre de 2019, REVOCÓ la sentencia del 07 de enero de 2019, en el extremo que declara “ Sin objeto de pronunciamiento la indemnización por no existir cónyuge perjudicado”, y, reformándola en ese extremo, declaró como cónyuge más perjudicado con la separación a la parte demandada Juana Limo Piscoya de Saca, y en consecuencia, dispuso el pago de S/

5,000.00 (Cinco Mil con 00/100 soles) como indemnización a favor de la demandada.

En los fundamentos de su decisión, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, señaló que, del análisis de lo actuado, ha quedado acreditado que la parte demandante ha incumplido con el deber de fidelidad previsto en el artículo 228 del Código Civil.

También, se aprecia que el demandante incumplió con sus deberes alimentarios para con su esposa y sus menores hijos, motivo por el cual la emplazada se vio en la necesidad de interponer una pretensión de alimentos, tal y como se afirma en el escrito de contestación de demanda, hecho que ha sido confirmado expresamente por el demandante en el acto de Audiencia de vista de la causa, ante las preguntas formuladas por el presidente de la Sala.

Además, no se ha negado de ninguna forma que la parte demandada fue quien tuvo bajo la tenencia y custodia de sus menores hijas, lo cual también fue reconocido por el demandante, en el acto de vista de la causa.

Por todo lo señalado, se concluye que en este caso la parte demandada, y apelante, es la cónyuge más perjudicada con la separación, pues ante ella ha quedado en una manifiesta desventajosa situación económica, y además perjudicial, con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, debido a que se desempeñaba como ama de casa mientras que el actor era obrero jornalero, de acuerdo con lo señalado en las partidas de nacimiento de sus hijas, las cuales fueron declaradas por el actor.

11. Síntesis del Recurso de Casación Interpuesto por Demandada

El 15 de enero del 2020, la parte demandada y apelante, Juana Limo Piscoya, interpuso un Recurso de Casación en contra de la Resolución 24 del 06 de diciembre del 2019, emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de Lambayeque, alegando motivación aparente y afectación al debido proceso.

Argumentó que, de acuerdo con el Tercer Pleno Casatorio, la indemnización del cónyuge más perjudicado tiene el carácter de una obligación legal, la cual puede ser cumplida en cualquiera de las dos formas siguientes:

- a) El pago de una suma de dinero o;
- b) La adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal

Por ello, solicitó que, en lugar de la indemnización, se le adjudique de manera preferente del 50% de las acciones y derechos del bien social ubicado en el Jr. Cahuide N° 173 PPJJ. Señor de Los Milagros Pueblo Nuevo -Ferreñafe, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder.

Asimismo, señaló que no se ha tomado en consideración la sentencia sobre fenecimiento de sociedad de gananciales, demanda tramitada ante el Juzgado Mixto de Ferreñafe, que consta en el expediente N° 896-2012-0-1707-JM-FC-01, el cual resolvió declarar infundada la demanda interpuesta por Segundo Manfredo Saca Facho, sobre sustitución de régimen patrimonial, por una de separación de patrimonio, contra Juana Limo Piscocoya de Saca, la cual concluyó que el demandante no ha probado que la demandada haya abusado de sus facultades en el uso del inmueble materia de controversia, quedando acreditado que la demandada cubre las necesidades económicas de sus hijos, ante la falta de pago de pensiones alimenticias que tiene el demandante para con sus hijos, dado que no se ha probado que el demandante se encuentre al día en el pago de las pensiones.

Finalmente, la parte demandada concluye que se ha vulnerado el numeral 3 y 5 del artículo 139°, referido al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como la motivación escrita en las resoluciones judiciales en todas las instancias, solicitando que se eleven los actuados, a fin de que en sede casatoria, se declare procedente la adjudicación preferente del 50% del bien social que corresponde al demandante.

CAPITULO II: ANÁLISIS DEL TERCER PLENO CASATORIO

1. Principales aspectos del Tercer Pleno Casatorio Civil

En primer lugar, es preciso indicar que, el artículo 400 del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

“Art. 400.- Precedente Judicial

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencias que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

(...)”

Al respecto, con fecha 15 de diciembre del 2010 se llevó a cabo el Tercer Pleno Casatorio Civil, para llevar a cabo la vista de la causa del proceso seguido entre Rene Huaquipaco Hanco y Catalina Ortiz Velazco, el cual abordó diversos aspectos en materia familiar, y, especialmente, aspectos referidos a la procedencia y determinación de la indemnización en los procesos de separación de hecho, siendo su decisión un precedente de observancia obligatoria para los órganos jurisdiccionales en la resolución de casos análogos, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. (Fondo Editorial del Poder Judicial, 2010)

Es así como el Tercer Pleno, con el fin de eliminar la incertidumbre jurídica, ocasionada por los fallos contradictorios de los procesos de divorcio tramitados, y con el fin de unificar criterios, consideró establecer los siguientes criterios con carácter vinculante:

1. En los procesos de familia, alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas, y, por tanto, debe flexibilizar algunos

principios y normas procesales, tales como la iniciativa de parte, congruencia, formalidad, preclusión y eventualidad, acumulación de pretensiones, entre otros.

2. Asimismo, el juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo establecido en el artículo 345-A del Código Civil. Por ello, de oficio, o a pedido de parte, de deberá otorgar una indemnización por daños irrogados o en todo caso deberá ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder.
3. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí. Su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.
4. Por ello, para que el juez, de oficio o a pedido de parte, se pronuncie sobre la indemnización o adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe verificar que en el proceso se hayan establecido pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición del cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. Por ello, el Juez deberá apreciar en cada caso concreto, sí se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias:
 - a) Grado de afectación emocional o psicológica;
 - b) Tenencia y/o custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar;
 - c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;
 - d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes

Respecto de la flexibilización de algunos principios procesales, el considerando N° 5 del Tercer Pleno Casatorio Civil se señala que, la Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, ancianos y madres en situación de abandono, lo que se extiende también a la protección de la familia y al matrimonio.

Asimismo, señala que, la normas jurídicas referidas a derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la clausula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogándose al principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del juez en los procesos donde se ventilen derechos sobre la familia, entre otros.

Ahora bien, con relación al principio de socialización del proceso, el Tercer Pleno Casatorio Civil señala que mediante su aplicación se promueve la igualdad material, en contraposición con la igualdad formal, constituyendo un instrumento que permite lograr una decisión objetiva y materialmente justa, evitando desigualdades entre las partes que puedan afectar el proceso, ya sea en su curso o en la decisión final.

Por otro lado, y respecto de la función tuitiva del juez en los procesos de familia, es pertinente señalar que mediante esta se impone al juez una conducta conciliadora y sensible que supere formalismos y meras cuestiones técnicas, dado que las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden intereses estrictamente individuales, por ello, su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual, por ello, la naturaleza del derecho material de familia condiciona al legislador a regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando un exceso de ritual e ineficacia del instrumento procesal.

Además, con relación a los principios de congruencia, preclusión y eventualidad, es preciso mencionar que el Tercer Pleno Casatorio Civil señaló que deben ser aplicados de manera flexible en los procesos de familia, y particularmente en los procesos de divorcio por separación de hecho, a fin de dar efectividad a los derechos materiales que se discuten en este tipo de procesos, especialmente cuando se refiere

a niños, adolescentes, familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial y cónyuge más perjudicado.

Debe indicarse también que, el principio de congruencia hace referencia a que el juez debe limitar su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas por las partes en los escritos constitutivos – demanda, contestación de demanda, reconvencción, contestación de reconvencción – sin embargo, con la flexibilización de este principio, el juez puede decidir sobre los pedidos o petitorios implícitos.

Un petitorio implícito es aquel en el cual la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio ocasionado por la separación o divorcio, y el juez debe considerar estos hechos manifestados como un pedido o petitorio implícito, a pesar de no haberse formulado como petitorio, debiendo ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando a las partes el derecho a la defensa e instancia plural.

Sobre la preclusión, mediante este principio se consolidan etapas cumplidas en el proceso y se prohíbe el retroceso del *iter procesus*, sin embargo, con la flexibilización de este principio, es posible que se puedan presentar pruebas, acumular pretensiones o solicitar indemnizaciones incluso después de los actos postulatorios.

Ahora bien, el Tercer Pleno Casatorio Civil, con relación a la indemnización, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, como resarcimiento en los casos de divorcio por separación de hecho, tiene la naturaleza de una obligación legal, con la finalidad de corregir un desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona. Cabe indicar, el fundamento de la indemnización para estos casos no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual, si no la equidad y la solidaridad familiar.

Adicionalmente, con relación a la indemnización, el Tercer pleno Casatorio, sobre este tema, en su fundamento N° 47, indica que nuestro sistema jurídico ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio, el primero aplicable

para los casos de divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motivó la causa en la que se funda el divorcio, y, el segundo, referido al divorcio remedio, incorporado por la Ley N° 27495, que no se relaciona con una causa inculpatoria.

Asimismo, en el fundamento 49 se señala que, el divorcio por causal de separación de hecho, como no se sustenta en una causa inculpatoria, puede demandarla cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente, y aun cuando haya mediado un acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización o en su caso, la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial, como el daño a la persona, en el que se comprende el daño moral.

Seguidamente, en el fundamento 50, se precisa que, la referida causal, si bien se sustenta en un criterio objetivo en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho, no obstante, para la determinación de la indemnización resulta necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o el dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Por ello, será considerado como el cónyuge más perjudicado:

- a) Aquel que no dio motivos para la separación de hecho,
- b) Que, a consecuencia de esta separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio,
- c) Que haya sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

1. Aspectos relevantes sobre la familia y el matrimonio

Como aspecto relevante a señalar, es preciso mencionar que nuestra constitución política no menciona un concepto sobre familia o matrimonio, sin embargo, señala, en su artículo 4º lo siguiente:

“Art. 4º Protección del Niño, Madre, Anciano, Familia y el Matrimonio.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y son reguladas por la ley.”

De acuerdo con lo señalado por la Constitución, es importante concluir que, si bien es cierto no define a la familia y al matrimonio, si les otorga especial tratamiento, al brindar expresa y especial protección a la familia, y promover al matrimonio, reconociéndolos también como institutos naturales regulados por la ley.

Asimismo, el modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, señala que lo que se denomina <<modelo de familia>> no queda totalmente fijado, como sería lógico, en el plano constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos -pocos, pero muy decisivos- sobre lo que se entiende por familia, y ese es el modelo de familia constitucionalmente garantizado, el que está sujeto a la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición y que, por ellos, ha sufrido notables transformaciones a lo largo del tiempo. (Plácido Vilcachagua, 2013)

Al respecto, es posible abordar a un concepto de familia desde el análisis de los elementos que se desprenden de la constitución, es decir, de los principios que se desprenden de la lectura del artículo 4 y 6 del texto constitucional, estos son: El principio de protección a la familia, promoción del matrimonio, protección especial

de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad e igualdad de los hijos frente a los padres.

En efecto, la simple lectura de los artículos 4 y 6 de la Constitución permite deducir que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, apreciado en la especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación. (Plácido Vilcachagua, 2013)

Asimismo, el diccionario de la lengua castellana señala que la familia en su significación primaria y más común, es un << grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas>>. Pero el vínculo de parentesco es lo decisivo, y este no es, según el mismo Diccionario, sino <<vinculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad>>, conceptos uno y otros vinculados con el hecho de la generación biológica (el de la consanguinidad) o con este mas el de la unión conyugal, también relacionado de suyo con la generación (la afinidad). (Plácido Vilcachagua, 2013)

Por ello, y a modo de síntesis, consideramos que la familia es el conjunto de personas que se encuentran unidos por vínculos de afinidad y vínculos de consanguinidad, la cual debe concebirse en cumplimiento de los fines familiares protegidos por la norma constitucional, así como de los acuerdos internacionales ratificados por el Perú.

Ahora bien, con relación al matrimonio, corresponde mencionar que esta es la principal fuente de generación de familia, sin embargo, no es la única fuente, ya que las uniones de hecho también generan familia, siendo esta una situación fáctica, la cual fue incorporada por primera vez en el artículo 9 de la Constitución de 1979, y posteriormente, adoptada en el Código Civil de 1984, así como en la Constitución de 1993.

Ahora bien, la redacción del artículo 4 solo se justifica sobre la base de entender que, para la Constitución, la familia guarda inmediata relación con el matrimonio. Pero

ello no significa que exista una plena identificación entre el concepto de familia y el de familia <<matrimonial>>. Ciertamente así no es, desde que la ratio de los artículos 4 – que reconoce los principios de protección de la familia y promoción del matrimonio- y 5 -que admite el principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho propias o sin impedimento matrimonial- es sobre todo positiva: proteger a la única familia que la Constitución considera tal, sin considerar su base de constitución legal o de hecho, prefiriendo el matrimonio antes que otras unidades convivenciales more uxorio. Surgiendo de la unión de hecho una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución, sin desconocer que debe promoverse al matrimonio como su base de constitución. (Plácido Vilcachagua, 2013)

Asimismo, debe observarse que, la Constitución de 1993 protege principalmente a la familia que nace de un matrimonio, aunque no es su única fuente generadora, dado que también reconoce a las uniones de hecho, lo que no sucedía con la constitución de 1979, la cual se reconocía que las uniones de hecho era productora solamente de efectos patrimoniales, no reconociéndola como una fuente productora de familia.

Asimismo, y en concordancia con la Constitución vigente, se incorpora el artículo 326 al Código Civil de 1984, el cual reconoce a la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, originando una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años consecutivos.

Ahora bien, es preciso mencionar que, el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se encuentra regulado, contiene disposiciones que restringen la posibilidad de su celebración, siendo que el matrimonio solo puede celebrarse entre dos personas – monogamia- y de diferente sexo – heterosexual-.

Al respecto, el artículo 234 del Código Civil, señala:

“Art. 234.- Matrimonio e igualdad entre cónyuges

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

(...)”

Sin embargo, en el contexto actual, se afirma que el matrimonio y la convivencia more uxorio heterosexual ya no identifican a la familia, sino a un tipo concreto de familia en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación, y que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial (Plácido Vilcachagua, 2013)

Sin perjuicio de lo señalado, es preciso concluir que, nuestro sistema legal aún mantiene la monogamia y la heterosexualidad como precepto para la celebración del matrimonio, consignando como impedimento absoluto el matrimonio de los casados, el cual se establece en el inciso 5 del artículo 241, impedimento que se encuentra vinculado con la observancia del principio de la monogamia.

Finalmente, sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, encontramos tres posiciones bien marcadas. La teoría contractualista, la teoría institucionalista y la teoría ecléctica. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

La teoría contractualista, o individualista, según lo menciona el referido autor, se sustenta en que el matrimonio es un contrato, una relación jurídica en la que prima la voluntad de las partes, que tienen la libertad para decidir el aspecto económico, objetivos y fines del matrimonio, siendo una especie de contrato de adhesión dado que sus efectos están determinadores por ley, siendo imposible pactar en contra de ellos, prestándose especial importancia al régimen patrimonial.

Por otro lado, la teoría institucionalista, supra individualista o anti contractualista, señala que el matrimonio es una institución trascendental que concierne a la subsistencia y felicidad del hombre en la tierra, es una forma social de realización de

la persona en la que se conjugan una variedad de intereses. Las personas contraen matrimonio para compartir su vida, crecer, desarrollarse, lograr sus fines e ideales, realizar su proyecto de vida y su personalización integral. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

Esta última teoría se contrapone a la teoría contractualista, considerando al matrimonio como una institución natural y propia del ser humano, no siendo un contrato porque los efectos personales generados van más allá que el efecto patrimonial.

Finalmente, la teoría ecléctica, mixta o social, la cual sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución. Mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución, dado que tiene elementos que comparte con el contrato – manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades- no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

Es preciso mencionar que el código civil en el Perú ha adoptado la teoría ecléctica o mixta del matrimonio, sin embargo, el autor Enrique Varsi considera que más que un contrato, el matrimonio es un acto jurídico de naturaleza familiar, que tiene una trascendencia social importante y que justifica el rol tuitivo del Estado y el singular interés que le presta. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

2. Sobre la causal de divorcio por separación de hecho y la definición del cónyuge perjudicado en la doctrina

De manera preliminar, es preciso mencionar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 349 del Código Civil, el divorcio puede demandarse por las causales consignadas en el artículo 333 del Código Civil, incisos del 1 al 12.

Al respecto, y, con relación a la causal de separación de hecho, corresponde indicar que esta fue incorporada mediante la Ley N° 27495, publicada en el Diario Oficial

El Peruano el 07 de julio del 2001, e introducida en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

“Art.333.- Causales

Son causales de separación de cuerpos:

(...)

12.La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.

(...)”

Cabe iniciar, si bien es cierto el referido artículo no define a la separación de hecho, la doctrina lo define como el estado en el que se encuentran los cónyuges, quienes, sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos. (Plácido Vilcachagua, 2008)

Asimismo, resulta relevante mencionar que en la causal de separación de hecho, el derecho hará un paréntesis en la pregunta de quién fue el causante de la separación, e independientemente de si lo fue el pretensor o la víctima del abandono, la modificación legal se alzarán por encima de esa pregunta y solo reconocerá el hecho objetivo de la separación física de los casados, sin que corresponda preguntarse- y por lo tanto, sin necesidad de probar - :¿Quién fue el responsable de la separación?, concediendo la legitimación activa, incluso al cónyuge causante de la separación. (Castillo Freyre et al., 2013)

Asimismo, y consecuentemente con lo señalado, es preciso mencionar que la causal de divorcio por separación de hecho se conceptúa como la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; es por ello, que cuando se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge perjudicado; es más, cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción por esta causal, si se tiene en

cuenta que ambos cónyuges disfrutaban de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón. (Varsi, 2007)

Asimismo, es preciso mencionar, según lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, esta causal aplicaba incluso a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigor, por lo que la separación de hecho como causal de divorcio podía ser alegada por los interesados desde el día siguiente de la publicación de la Ley.

Sobre lo señalado, no debe entenderse que el computo de los años de separación entre los cónyuges pueda dar lugar a considerar que se está aplicando retroactivamente, pues referido plazo constituye un parámetro mínimo fijado por la ley para determinar la relevancia de la separación física; por lo tanto, es irrelevante cuestionar si la separación de hecho tuvo lugar antes o durante la vigencia de la Ley N° 27495, la que solo regula el divorcio conyugal como consecuencia de esa separación; de tal suerte que dicho computo tampoco contradice el principio de irretroactividad de la ley. (Varsi, 2007)

Por otro lado, cabe mencionar, la finalidad de esta causal es dar una respuesta a un problema social que corresponde a la realidad ante la existencia de matrimonios fracasados que en la práctica no cumplen con la finalidad del matrimonio que prevé el artículo 234 del Código Civil, por tanto, lo que se busca es regularizar una situación de hecho existente, no invocar el divorcio como consecuencia de una acción realizada por un cónyuge. (Varsi, 2007)

Ahora bien, con relación a los elementos que configuran a la causal de separación de hecho, cabe mencionar que estas son 3: El elemento objetivo o material, el elemento subjetivo o psíquico, y, finalmente, el elemento temporal.

El elemento objetivo o temporal implica la evidencia del resquebrajamiento permanente y definitivo de la convivencia, lo que sucede no solo con el alejamiento físico de uno de los cónyuges del hogar conyugal, sino también cuando ambos

esposos viven en el mismo inmueble, pero incumpliendo con el deber de cohabitación o vida en común. (Varsi, 2007)

- (i) Por tanto, es posible identificar dos supuestos dentro del elemento objetivo de la separación de hecho:
- (ii)
- (iii) El ausentarse del hogar conyugal sin autorización judicial, con la sola voluntad del cónyuge que se retira (unilateral) o de una decisión conjunta (bilateral), cuando ambos cónyuges quiebran la convivencia de facto; o
- (iv)
- (v) Vivir en la misma casa sin convivir como pareja, incumpliendo el deber de cohabitación o de vida en común. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

Respecto del elemento subjetivo, este viene a ser la falta de intención de normalizar la vida conyugal, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla, lo que supone que esta separación debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor. (Varsi, 2007)

Finalmente, sobre el elemento temporal, esta se presenta con la exigencia del transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y de cuatro, a los que tuvieran. Por tanto, supone dos aspectos:

- (i) Falta de convivencia: El periodo exigido de alejamiento, tiempo en el que no existe convivencia, considerándose así dos plazos, de cuatro (4) años cuando hay hijos menores de edad y de dos (2) años cuando no hay o hay hijos mayores de edad.
- (ii) Plazo ininterrumpido: La separación de hecho debe cumplir un plazo que no puede ser paralizado o suspendido por actos de convivencia (ni esporádicos ni ocasionales). (Varsi Rospigliosi, n.d.)

Finalmente, debe observarse que los elementos objetivo y temporal son necesarios, su observancia acarrea la inaplicabilidad de la causal. (Varsi Rospigliosi, n.d.)

Además, de acuerdo con lo establecido por la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, para efectos de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 del Código Civil, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, precisando la norma que en este caso se requerirá el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. (Varsi, 2007)

Ahora bien, con relación al cónyuge más perjudicado con la separación, es importante mencionar que, el artículo 345-A, incorporado por el artículo 4 de la Ley N° 27495, señala lo siguiente:

“Art. 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio

(...)

El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

(...).”

Ahora bien, sobre el cónyuge más perjudicado, para efectos de determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto indemnizatorio a favor de este; se establece que el dolo o la culpa no son presupuestos *sine qua non* de la causal de separación de hecho a efectos de ser favorecido con la indemnización. (Castillo Freyre et al., 2013)

Asimismo, es preciso indicar que, la alegación de la culpabilidad en la separación de hecho servirá para el debido cumplimiento de la obligación a cargo del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, a que se refiere el artículo 345-A incorporado por la Ley N° 27495; la que tiene por objeto desfavorecer al cónyuge

culpable, por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. (Plácido Vilcachagua, 2008)

Además, es importante tener en cuenta también el fundamento 49 y 50 del Tercer Pleno Casatorio Civil, el cual señala que:

“49. (...) el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en una causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aun cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

50. No obstante a ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho, sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o el dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en ese sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso daño moral.” (Subrayado agregado).

De lo señalado, es posible inferir que la figura del cónyuge más perjudicado debe identificarse en esta causal, no para invocar el divorcio, dado que esta causal es objetiva y puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges, sin importar cual cónyuge provocó el alejamiento, por el contrario, la figura del cónyuge perjudicado será determinado con el fin de otorgar una indemnización o adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal a quien resulte en una posición desventajosa con la separación, lo cual implica que el juez deberá realizar un examen inculpatorio

con la finalidad de determinar los efectos del divorcio por causal de separación de hecho.

A modo de síntesis, es necesario distinguir en la causal de separación de hecho, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión o mejor aún difusión como causal objetiva- remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatario para la regulación de sus efectos, tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado (Castillo Freyre et al., 2013)

3. Sobre los alimentos en el divorcio por la causal de separación de hecho.

Respecto de los alimentos, el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil señala que:

*“Art. 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio
Para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333° el demandante deberá acreditar que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.
(...).”* (Subrayado Agregado)

Al respecto, es preciso mencionar que, al divorcio por separación de hecho no se le aplica la regla general, referida a que con el divorcio cesa la obligación alimentaria entre el marido y la mujer, contenida en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil.

Al respecto, El autor Enrique Varsi, haciendo referencia a la Casación N° 1578-05 Lambayeque, la Sala Civil señaló que los alimentos a que se refiere el artículo 345-A del Código Civil deben entenderse como aquellos a los cuales los cónyuges están obligados de manera natural durante su relación, no siendo necesario que la mujer carezca absolutamente de recursos para acceder a ellos, sino que basta que los que posea no resulten suficientes. En consecuencia, siendo los alimentos un derecho humano fundamental de atención prioritaria, que se encuentra estrechamente ligado

a la subsistencia y desarrollo de la persona, por lo que goza de protección, existe la obligación del juez que decreta el divorcio por separación de hecho de fijar una pensión alimenticia a favor del cónyuge que resulte más perjudicado como consecuencia de la separación; y en el caso de autos, existiendo además una pensión fijada por el órgano jurisdiccional en un proceso específico que ventila los alimentos, este debe mantenerse hasta que se acredite en el mismo proceso que han variado las condiciones por las que se fijó la pensión. (Varsi, 2007)

Asimismo, el fundamento de la referida Casación señala que: “con la vigencia de los alimentos se compensa la facilidad del acceso a la disolución del vínculo, evitando que la causal sea una forma de evasión de las obligaciones que corresponderían al actor y se convierta en una fórmula perjudicial para la contraparte que resulta en desventaja en la relación matrimonial; menos aún, en casos como el de autos en que la pensión a favor de la demandada fue determinada en un proceso anterior que estableció la existencia de sus necesidades y las posibilidades del demandado.”

Adicionalmente a lo señalado, corresponde mencionar el séptimo fundamento de la Corte Suprema en la Casación N° 4310-2014 Lima, señalo que: “En cuanto al requerimiento establecido por el artículo 345-A primer párrafo del Código Civil, efectuando una interpretación *contrario sensu* de esta norma, debe entenderse que si no consta existencia de una deuda líquida a cargo de uno de los cónyuges; eso es, debidamente cuantificada, por concepto de alimentos a favor de otro cónyuge o de los hijos de ambos, aquel tiene expedito su derecho para ejercitar la acción invocando la causal contenida en inciso 12 del artículo 333 del Código Civil. Por consiguiente, no tiene relevancia la sola existencia de un Proceso de Alimentos, si es que no existe requerimiento de pago al demandante por dicho concepto.”

Cabe, la misma jurisprudencia precisó que si bien es cierto que el artículo 345-A del Código Civil hace referencia a una pensión de alimentos, esta se encuentra en función de los presupuestos legales para su mantenimiento, como son a) capacidad del acreedor alimentario; b) incapacidad del deudor alimentario; tal es así que el legislador es condicionante respecto de este elemento, al señalar que el divorcio se

declarará, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. (Plácido Vilcachagua, 2008)

Por tanto, si bien es cierto, la obligación de acreditación de encontrarse al día respecto de las obligaciones alimentarias es un presupuesto para la procedencia de la causal de separación de hecho, esta no debe ser interpretada de manera restrictiva, dado que deben atenderse otros criterios, tales como la capacidad o incapacidad del deudor alimentario, además, ante la existencia de una sentencia de alimentos, es importante también la existencia de un requerimiento formal de pago de pago por dicho concepto.

En conclusión, consideramos que, en el proceso de calificación de la demanda interpuesta por la causal de separación de hecho, el juzgador debe tener en cuenta los criterios previamente mencionados al evaluar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias a las que se refiere el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, con el fin de determinar la procedencia o no de la pretensión de divorcio, lo cual deberá ser evaluado en cada caso en concreto.

4. Sobre la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal

Con relación a la Adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, es preciso mencionar que el artículo 345-A del Código Civil establece que el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, por tanto, deberá señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Al respecto, y como una consideración importante, el Tercer Pleno Casatorio ha señalado que, la indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la parte más perjudicada con la separación de hecho, y, en virtud de ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, también, la

parte demandada podría considerarse la más perjudicada con la separación y en tal sentido puede reconvenir solicitando cualquiera de los extremos señalados.

Cabe indicar, después de los actos postulatorios y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

Asimismo, el juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que este haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. (Fondo Editorial del Poder Judicial, 2010)

Adicionalmente, en el considerando N° 80, el Tercer Pleno Casatorio enfatiza que no es procedente que el juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación preferente de los bienes sociales, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el juez no ha identificado en el proceso cual es el cónyuge más perjudicado, no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello.

Habiendo mencionado ello, respecto de la adjudicación preferente de bienes sociales por la separación de hecho, es importante mencionar que los bienes sociales que serán adjudicados preferentemente están principalmente referidas al inmueble constituido en la casa habitación de la familia, o destinado al establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar (Plácido Vilcachagua, 2008)

Asimismo, la adjudicación no se realiza con cargo a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge perjudicado, por tanto, no existe obligación de reintegrar el exceso del valor del bien adjudicado no cubierto por sus

gananciales, que se producirá con bienes propios del beneficiado. (Plácido Vilcachagua, 2008)

Por otro lado, según el artículo 345-A del Código Civil, el juez deberá señalar una indemnización u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado, y, sobre la base de la letra del precepto, se afirma que la norma citada utiliza el conectivo disyuntivo “u”, el cual tiene un sentido excluyente. Ello comporta que el juez, con el propósito de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, puede optar por dos alternativas excluyentes, por lo cual si opta por una de ellas se debe excluir a la otra. (Castillo Freyre et al., 2013)

Además, aunque la mayoría de los casos desemboca en una indemnización, existen ejemplos de adjudicación preferente de bien social a favor del cónyuge más perjudicado. (Castillo Freyre et al., 2013)

Al respecto, corresponde mencionar que, en la Casación N° 1285-2017 Arequipa se adjudicó de manera preferente el inmueble social, al verificarse que la demandada es la cónyuge más perjudicada con la separación, dado que se advierte de autos que el demandante fue quien tuvo trabajo remunerado durante la vigencia del matrimonio, mientras que la demandada solo realizaba labores en el hogar, no gozando de pensión ni prestaciones laborales, dependiendo económicamente del actor, por ello, la demandada no tendría los beneficios del seguro de salud por la terminación del vínculo matrimonial, lo cual afectaría su situación económica por la enfermedad que padece, por lo cual solicitó se adjudique el bien inmueble, en el cual se acondiciono pequeños departamentos que le sirven de ingresos para ayudar a la alimentación de sus hijos y el pago de sus medicinas.

Por otro lado, en la Casación N° 1809-2010 Lima se señaló que, al adjudicarse de manera preferente el inmueble al cónyuge como compensación por ser el más perjudicado, se está velando por los hijos perjudicados.

En la Casación N° 2186-2011 Arequipa se adjudicó un inmueble de la sociedad conyugal a favor de la cónyuge perjudicada, a quien se le frustró su proyecto de vida personal y se le originó un cuadro de trastorno depresivo recurrente.

Ahora bien, corresponde también enfatizar el Tercer Pleno Casatorio Civil en su considerando 86 señala que: Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte demandante o demandada – implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema.

Asimismo, en el mismo considerando se indica que: Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, esta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Finalmente, respecto de los criterios para otorgar indemnización o adjudicación de bienes, del proceso deben verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. (Castillo Freyre et al., 2013)

El juez apreciará, en el caso concreto, si se han establecido algunas de las siguientes circunstancias:

a) Grado de afectación emocional o psicológica;

- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar,
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado;
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

Por todo lo señalado, es preciso concluir que, respecto de la adjudicación preferente de los bienes sociales, el juez debe tener valorar si en el caso concreto se evidencia la figura del cónyuge más perjudicado con la separación, debiendo a su vez observar los criterios mencionados en el Tercer Pleno Casatorio, para su determinación, y luego de ello, determinar, para el caso de indemnización o adjudicación, que se haya formulado como pretensión, o de lo contrario, determinar si de los hechos se desprende como pretensión implícita la solicitud de una indemnización o de una adjudicación preferente de bienes sociales, la cual deberá amparar.

CONCLUSIONES

Luego del análisis del presente caso, así como de la información mencionada en la presente tesina, es preciso manifestar nuestra posición respecto de las sentencias emitidas. Al respecto, con relación a la sentencia emitida en primera instancia, es preciso manifestar que nos encontramos de acuerdo de manera parcial, en tanto se declaró fundada la pretensión principal de la demanda interpuesta por el señor Manfredo Segundo Saca sobre divorcio por causal de separación de hecho, y, en consecuencia, se declaró disuelto el vínculo matrimonial.

Sin embargo, nos encontramos en desacuerdo con el extremo que declaró sin objeto de pronunciamiento la indemnización solicitada por la parte demandada, al considerarse la inexistencia de un cónyuge perjudicado, ya que, de los actuados se desprende que la cónyuge más perjudicada con la separación es la parte demandada, la Sra. Juana Limo Piscoya.

Al respecto, cabe indicar que, si bien es cierto la causal de la separación de hecho es una causal objetiva que no requiere el análisis de culpabilidad del cónyuge que la alega, bastando que se identifique en la realidad los supuestos que la configuran para declarar el divorcio, los efectos de la separación de hecho si requieren de referido análisis, con el objeto de establecer la figura del cónyuge perjudicado, por ello, del análisis del caso se corrobora la existencia de una sentencia de alimentos vigente, así como el hecho que, desde la separación la parte demandada ha quedado en una manifiesta situación desventajosa, debiendo recurrir al trabajo de ambulante, ello sumado a que a partir del año 1996 ha tenido que sustentar sola su subsistencia y la de sus cuatro hijos, que al momento de la separación eran menores de edad, además de encontrarse en estado de gestación.

De lo mencionado, es posible inferir que, respecto de la situación que ha venido atravesando la parte demanda, se cumplen los cuatro criterios mencionados por el Tercer Pleno Casatorio para la determinación del cónyuge más perjudicado con la separación, por este motivo consideramos de manera fehaciente que el juez de primera instancia se ha apartado de los

preceptos de observancia obligatoria del Tercer Pleno y por tanto ha interpretado de manera errónea los hechos que se desprenden de los actuados del caso, al momento de establecer que no existía un cónyuge perjudicado, y, en consecuencia, señalar que no existía objeto de pronunciamiento sobre la indemnización solicitada por la parte demandada.

Ahora bien, con relación a la Resolución emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, manifestamos nuestro acuerdo con el análisis realizado, toda vez que revoca la sentencia de primera instancia en el extremo que declara sin objeto de pronunciamiento respecto de la indemnización por no existir un cónyuge perjudicado, y, reformándola en ese extremo, se declara como cónyuge más perjudicado con la separación a la parte apelante y demandada, disponiendo en consecuencia una indemnización dineraria a favor de ella.

Ahora bien, cabe mencionar que, si bien es cierto la referida sentencia fue cuestionada por la parte demandada, y, por esta razón interpone un recurso de casación con el objeto de que se le adjudique de manera preferente el único bien de la sociedad conyugal, consideramos que el juez de segunda instancia ha obrado de manera correcta, toda vez que, de los actuados resulta claro que la parte demandada solicitó que se fije una indemnización, o en todo caso, se le adjudique el 50% que le correspondería al demandante respecto del único bien, indicando en primer lugar la solicitud de indemnización, y, a modo de alternativa, la adjudicación preferente, lo cual permite inferir que la pretensión principal era la indemnización, y a modo de petitorio de carácter alternativo la adjudicación preferente, por tanto, no resulta incorrecta la decisión tomada por el juez.

Finalmente, no consideramos adecuados los argumentos de la parte demandada al momento de fundamentar el recurso de casación, por tanto, consideramos que es posible que la Corte Suprema opte por no casar la sentencia de segunda instancia, a razón de que no se ha configurado un apartamiento inmotivado de la jurisprudencia judicial y tampoco una infracción normativa respecto de normas sustantivas y adjetivas.

EXPEDIENTE PUBLICO

EXPEDIENTE : TRADUCCION DEL FALLO DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL DIFERENDO
TERRITORIAL Y MARITIMO (NICARAGUA C.
COLOMBIA)

MATERIA : DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

DEMANDANTE : REPUBLICA DE NICARAGUA

DEMANDADO : REPUBLICA DE COLOMBIA

RESUMEN

El objeto de la presente tesina es analizar el método aplicado por la Corte Internacional de Justicia denominado: “equidistancia/circunstancias relevantes”, en la delimitación marítima realizada por la Corte Internacional de Justicia en la controversia insular y marítima entre la República de Nicaragua y la República de Colombia, ello a la luz de la evolución del referido método a un procedimiento compuesto por tres fases diferenciadas y con el objeto de determinar si el criterio aplicado se configura como el método principal que la Corte utiliza para las delimitaciones marítimas, configurando así un procedimiento de carácter objetivo en el proceso de delimitación.

Asimismo, se procederá a evaluar los casos en los cuales la Corte Internacional de Justicia se ha apartado de la aplicación del referido método, a efectos de analizar aquellas circunstancias especiales que han influido en el apartamiento del método tradicional.

Palabras clave: Procedimiento de delimitación marítima; Corte Internacional de Justicia; circunstancias especiales; Convemar.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	52
--------------------------	-----------

CAPITULO I: RESUMEN DEL PROCESO

1.- Discusión.....	54
2.-Antecedentes Históricos.....	54
2.1 Nicaragua.....	54
2.2 Colombia.....	54
2.3 Tratado de Unión, Liga y Confederación.....	55
2.4 Tratado Esguerra -Bárceñas (Tratado de 1928)	55
2.5 Acta de 1930.....	56
2.6 Intercambio de Notas sobre Roncador, Quitasueño y Serrana entre Colombia y los Estados Unidos.....	56
2.7 Protesta de Colombia sobre concesiones para exploración de Petróleo y permisos de reconocimiento emitidos por Nicaragua.....	56
2.8 Negociaciones sobre la situación de Roncador, Quitasueño y Serrana entre Colombia y los Estados Unidos.....	58
2.9 Tratado Vásquez-Saccio	59
2.10 Declaración de nulidad del Tratado de 1928 por parte de Nicaragua y publicación del Libro Blanco.....	61
2.11 Continuidad de la Controversia.....	61
3.- Objeto de la Controversia.....	63
4.- Hechos Relevantes del proceso ante la CIJ.....	64
5.-Excepciones Preliminares.....	65
6.- Observaciones de Nicaragua sobre las excepciones preliminares formuladas por Colombia.....	65
7.-Fallo sobre Excepciones Preliminares.....	66
7.1 Fundamento sobre decisión.....	68
8.-Continuación el proceso luego e Fallo sobre Excepciones Preliminares.....	73
9.- Posición Jurídica de las partes en las materias en disputa.....	74
9.1 Cuestión Previa.....	74

9.2 Geografía de formaciones marítimas en disputa.....	75
9.3 Posición sobre la soberanía de las formaciones marítimas en disputa y frontera marítima	75
9.3.1 Posición Nicaragua.....	75
9.3.2 Posición de Colombia.....	78
10.- Admisibilidad de la pretensión de Nicaragua para una delimitación de la Plataforma Continental extendiéndose más allá de las 200 millas náuticas.....	82
11.- Fallo de la Corte.....	85
11.1 Cuestión de si los accidentes geográficos marítimos son susceptibles de apropiación y su soberanía	89
11.2 Método de delimitación marítima utilizado por la Corte.....	91

CAPITULO II: ASPECTOS RELEVANTES SOBRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

1.- Fuentes del Derecho Internacional.....	103
2.- Interrelación entre la Fuente Convencional y la Fuente Consuetudinaria reflejado en los espacios marinos establecidos en la CONVEMAR.....	112
3.- Colombia y la Convemar.....	117
4.- Nicaragua y la Convemar.....	118

CAPITULO III: METODO DE DELIMITACION MARITIMA

1.- Evolución del Método y su aplicación al caso concreto.....	119
----------------------------------------------------------------	-----

CONCLUSIONES	126
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	128
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El mar constituye el 70% de la superficie terrestre, y, en palabras del autor Fabian Novak: “ esta simple referencia nos indica la importancia que tiene el mar para el planeta”. (Namihas, 2001)

Lo cierto es que el mar es una fuente vasta de recursos ictiológicos y, recientemente, con los avances de la tecnología, también se constituye como una fuente importante, aún no investigada en su totalidad, de recursos minerales, lo cual ha despertado un interés cada vez mas creciente de los Estados en función a la posibilidad de su extracción.

Además, no es una novedad que el mar también ha implicado un elemento importante para efectos de defensa, constituyéndose como un recurso de suma relevancia para los Estados ribereños al momento de la elaboración de estrategias defensivas y un elemento clave en la geopolítica.

Por ello, y a raíz de la importancia que tiene el mar para los Estados, se ha procurado el ejercicio de soberanía sobre el espacio marítimo, y tales reivindicaciones se ha manifestado de diversas formas y han evolucionado a lo largo del tiempo.

Por tal motivo, y atendiendo a la evolución del derecho del mar, es preciso indicar que, inicialmente la costumbre internacional reconocía dos espacios- el mar territorial y el alta mar-, concibiendo al mar territorial como aquella franja de agua adyacente a la costa, espacio en el cual el Estado ribereño ejercía plena soberanía y jurisdicción, y, el alta mar, como aquella zona libre jurisdicción, con la particularidad de que no había un acuerdo sobre la extensión de cada espacio, señalándose en un primer momento que el mar territorial abarcaba hasta donde llegase una bala de cañón, lo cual pone en evidencia el criterio de defensa utilizado por los Estados.

En este proceso evolutivo de la determinación de espacios marinos, llegamos a la CONVEMAR, producto de un arduo trabajo promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en observancia de su función de codificación y desarrollo progresivo, en donde se codifican, entre otros aspectos, los espacios marinos, que, para la fecha de adopción del Tratado, ya formaban parte de la costumbre internacional.

Al respecto, cabe indicar que, La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, si bien es cierto es denominada como la Constitución de los mares, ello no ha sido óbice para el surgimiento de conflictos de delimitación marítima entre los Estados, los cuales acuden, entre otros fueros, a la Corte Internacional de Justicia, el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, para la solución de sus controversias.

Es preciso mencionar, a modo de precisión, que una característica del derecho internacional es la inexistencia de un órgano jurisdiccional centralizado, por tanto, los Estados al momento de resolver sus controversias, de manera libre y soberana eligen el fuero jurisdiccional a cual someterse, ya sea por una declaración o por medio de una cláusula en un tratado, y, en el caso en particular, la controversia de delimitación territorial y marítima fue resuelta por la Corte Internacional de Justicia, en atención al artículo XXXI del Pacto de Bogotá, que es la modalidad de acceso mediante clausula en un tratado.

Ahora bien, la Corte Internacional de Justicia, al momento de resolver un conflicto de delimitación marítima, ha implementado una metodología de delimitación de territorios marinos que consta de tres fases, la cual se aplicó en el caso materia de análisis, generando así una serie de reacciones, tanto positivas como negativas, entre los Estados.

Sin embargo, sin perjuicio del análisis político que se pueda efectuar, en la presente tesina se procederá a evaluar la evolución y aplicación del referido método de tres etapas, denominada: “Equidistancia/circunstancias especiales” a efectos de evaluar si el referido constituye un criterio de delimitación objetivo que genere predictibilidad en la operación de delimitación marítima, o, por el contrario, si la Corte Internacional de Justicia se aparta del referido criterio en casos similares.

CAPITULO I: RESUMEN DEL PROCESO

1. **Discusión**

Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia

2. **Antecedentes Históricos**

2.1 **Nicaragua**

Nicaragua fue un territorio bajo el gobierno español, y, luego de obtener su independencia en el año 1821, junto con Guatemala, El Salvador, Honduras y Costa Rica, formaron la República Federal de América Central, o, Federación Centro Americana, de la cual se separó en 1838, manteniendo el territorio que había poseído antes, y, posteriormente, en un Tratado firmado el 25 de julio de 1850, España reconoció la independencia de Nicaragua.

2.2 **Colombia**

Por su parte, Colombia también estuvo bajo el gobierno de España y formó parte del Virreinato de la Nueva Granada. Cabe indicar, en 1810 las provincias del Virreinato de Nueva Granada se declararon independientes de España, y, en 1819 se formó la República de la “Gran Colombia”, la cual incluyó los territorios de la anterior capitanía General de Venezuela y el Virreinato de Nueva Granada.

En 1830, Venezuela y Ecuador se separaron de la Gran Colombia y los territorios restantes fueron bautizados en 1831 como República de Nueva Granada. Cabe indicar, el nombre de la República fue cambiado a Confederación Granadina en 1858 y la Constitución de 1863 estableció los Estados Unidos de Colombia.

En 1881 España y los Estados Unidos de Colombia celebraron un tratado de paz y amistad, y, bajo la nueva constitución adoptada en 1886, los Estados Unidos de Colombia pasaron a llamarse República de Colombia.

Cabe indicar, el alcance territorial del Estado colombiano permaneció sin alteraciones entre 1830 y 1903, cuando Panamá, cuyo territorio había formado parte de la República de Colombia, se separó de este y se convirtió en un Estado independiente.

2.3 Tratado de Unión Liga y Confederación

Posteriormente, el 15 de marzo de 1825, las Provincias Unidas de América Central y Colombia firmaron un Tratado de Unión, Liga y Confederación, estableciendo en su artículo VII que ambas partes acordaron respetar sus fronteras tal y como existían en el momento, también acordaron resolver “la demarcación de la línea divisoria” entre ellas en el momento apropiado. En el periodo subsiguiente, tanto Colombia como Nicaragua formularon diversas reclamaciones sobre la Costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés.

2.4 Tratado Esguerra-Bárcenas (Tratado de 1928)

El 24 de marzo de 1928 se firmó en Managua el Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua. (El tratado de 1928), cuyo artículo I estipuló lo siguiente:

“Artículo I.

La República de Colombia reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Nicaragua sobre la costa de Mosquitos comprendida entre el cabo de Gracias a Dios y el río San Juan, y sobre las islas Mangle Grande y Mangle Chico en el Océano Atlántico (Great Corn island y Little Corn Island); y la República de Nicaragua reconoce la soberanía y pleno dominio de la República de Colombia sobre las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y todas

las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho archipiélago de San Andrés.

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

2.5 Acta de 1930

Los instrumentos de ratificación del Tratado de 1928 fueron canjeados en Managua el 5 de mayo de 1930. Las partes firmaron en esa ocasión un Acta de Canje de Instrumentos de Ratificaciones (El Acta de 1930), la cual registró que, el Tratado de 1928 fue celebrado entre Colombia y Nicaragua “para poner término a la cuestión pendiente entre ambas repúblicas, sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia y la Mosquitia nicaragüense”. La referida Acta estipuló lo siguiente:

“Los infrascritos, en virtud de la plenipotencia que se les ha conferido, y con instrucciones de sus respectivos Gobiernos, declaran: 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.”

2.6 Intercambio de Notas sobre Roncador, Quitasueño y Serrana entre Colombia y los Estados Unidos

El 10 de abril de 1928 Colombia y Estados Unidos de América (Estados Unidos), intercambiaron notas en relación con la situación de Roncador, Quitasueño y Serrana. Colombia se comprometió a que “se abstendrá de objetar el mantenimiento por el gobierno de Estados Unidos de los servicios que este ha establecido o pueda establecer en tales cayos para ayudar a la navegación” y Estados Unidos se comprometió a que “se abstendrá de objetar la utilización por los nacionales de Colombia de las aguas pertenecientes a los cayos, para propósitos de pesca”.

2.7 Protesta de Colombia sobre concesiones para exploración de Petróleo y permisos de reconocimiento emitidos por Nicaragua

El 04 de junio de 1969, mediante nota diplomática del Embajador de Colombia en Nicaragua al ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua, la República de **Colombia protestó contra la expedición de ciertas concesiones para la exploración de petróleo y permisos de reconocimiento, emitidos por Nicaragua**, los cuales presuntamente abarcaban Quitasueño y las aguas que lo rodean, así como las zonas marítimas localizadas al oriente del meridiano 82.

Respecto de Quitasueño, Colombia señaló que el Tratado de 1928 declaró en forma explícita que los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana estaban en disputa entre Colombia y los Estados Unidos, por ello, se solicitó a Nicaragua:

“corregir el error o inadvertencia en el que se pueda haber incurrido mediante el ejercicio de actos de dominio o disposición sobre un bien que está reconocido solemnemente como situado por fuera del alcance de la jurisdicción o soberanía de Nicaragua”.

Colombia, además, formuló una reserva formal de sus derechos sobre el referido territorio y sobre la zona marítima adyacente. Con relación a las zonas marítimas sobre las cuales se habían otorgado concesiones de exploración de petróleo, **Colombia observó que el meridiano 82 había sido señalado en el Acta de 1930 como la frontera occidental del Archipiélago de San Andrés y Providencia, asegurando que tenía derechos claros e indiscutidos sobre esa zona marítima**, y además que, confiaba en que Nicaragua consideraría apropiado y adecuado revocar las concesiones o modificarlas en la medida que ellas exceden el límite de la jurisdicción nacional de Nicaragua, e invaden el dominio colombiano.

Ante lo señalado, en una nota diplomática fechada el 12 de junio de 1969, dirigida al embajador de Colombia en Nicaragua, el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua sostuvo que su gobierno consideraría cuidadosamente

la cuestión de los permisos de reconocimiento otorgados en relación con el área de Quitasueño, aunque, se reservaba sus derechos sobre la Plataforma Continental.

Ahora bien, con relación a las concesiones para la exploración de petróleo, **Nicaragua sostuvo que las zonas involucradas formaban parte de su plataforma continental** y que, por tanto, las concesiones **habían sido otorgadas en uso de los derechos soberanos que Nicaragua ejerce plena y efectivamente** de conformidad con las normas del derecho internacional.

Asimismo, en relación con la referencia del meridiano 82 en el Acta de 1930, **Nicaragua sostuvo que el objetivo de esta disposición establece en forma restrictiva la extensión del Archipiélago de San Andrés, y no puede ser interpretada en forma válida como un límite a los derechos de Nicaragua o como creador de frontera entre los dos países.** Por el contrario, reconoce y confirma la soberanía y pleno dominio de Nicaragua sobre el territorio nacional en esa zona.

En respuesta, en una nota fecha **el 22 de septiembre de 1969, el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, *inter alia*, hizo una declaración formal de soberanía en las áreas marítimas situadas al Oriente del Meridiano 82 de Greenwich,** basándose en el carácter definitivo e irrevocable del Tratado sobre límites de 1928, y la declaración del Acta complementaria de 1930, en el sentido que la línea divisoria de las respectivas áreas o zonas marítimas queda fijada en el meridiano 82 de Greenwich.

Colombia, señaló también la exclusión de los cayos Roncador, Quitasueño y Serrana en el Tratado de 1928, de toda negociación entre Colombia y Nicaragua.

2.8 Negociaciones sobre la situación de Roncador, Quitasueño y Serrana entre Colombia y los Estados Unidos

En 1971, Colombia y los Estados Unidos iniciaron negociaciones respecto de la situación de Roncador, Quitasueño y Serrana, y, el 23 de junio de 1971, el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua envió al Departamento de Estado de los Estados Unidos, un memorando, en el cual se reservaba formalmente sus derechos sobre su plataforma continental en el área que rodea Roncador, Quitasueño y Serrana.

Además, Nicaragua observó que, considera que los referidos bancos forman parte de su plataforma continental, sostiene también que no podía aceptar la posición colombiana, en el sentido que el meridiano 82, mencionado en el Acta de 1930 estableció una línea divisoria entre las respectivas áreas marítimas de los dos Estados, pues constituía únicamente el límite del Archipiélago de San Andrés.

Sobre lo señalado por Nicaragua, en una nota fechada el 6 de diciembre de 1971, el secretario de Estado de los Estados Unidos, le aseguró al embajador de Nicaragua en Washington, que los Estados Unidos tomarían en cuenta los derechos de Nicaragua sobre la plataforma continental.

2.9 Tratado Vásquez – Saccio

El 8 de septiembre de 1972, Colombia y los Estados Unidos firmaron un Tratado relativo a la situación de Quitasueño, Roncador y Serrana, el Tratado Vásquez-Saccio, el cual, en su artículo I, estipuló que:

“El Gobierno de los Estados Unidos de América renuncia por el presente a cualesquiera y a todas las reclamaciones de soberanía sobre Quitasueño, Roncador y Serrana”.

Cada estado acordó no interferir con las actividades de pesca del otro estado, en las aguas adyacentes a Quitasueño. Respecto de Roncador y Serrana, el Tratado estipuló que Colombia le garantizaría a los nacionales y buques de los Estados

Unidos, una continuación de los derechos de pesca en las aguas adyacentes a dichos cayos.

Cabe indicar, el mismo día en el que se firmó el Tratado Vasquez-Saccio, se realizó un intercambio de Notas entre Colombia y Estados Unidos, sobre la posición legal respecto al artículo 1 del Tratado.

Los Estados Unidos afirmaron que su posición jurídica consistía, *inter alia*, en que Quitasueño, que está permanentemente sumergido en la alta marea, no está sometido en la actualidad al ejercicio de soberanía, y, que el Tratado de 1928 no se aplicaba a Roncador, Quitasueño y Serrana.

Por su parte, Colombia sentó su posición, señalando que la condición física de Quitasueño no es incompatible con el ejercicio de soberanía, y, que, una vez retirada toda reclamación de soberanía de los Estados Unidos respecto de Quitasueño, al mismo tiempo que Roncador y Serrana, la Republica de Colombia es el único titular legítimo en tales cayos o bancos, según el Tratado de 1928 y el Acta de 1930, así como del derecho internacional.

Posteriormente, el **4 de octubre de 1972**, la Asamblea Nacional de **Nicaragua adoptó una declaración formal, proclamando su soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.**

El 7 de octubre de 1972, el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua envió sendas notas diplomáticas al ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y al secretario de Estado de los Estados Unidos, protestando formalmente por la firma del Tratado Vásquez -Saccio, y declarando que “los bancos situados en esa zona forman parte del territorio de Nicaragua, y, por lo tanto, están sujetos a su soberanía”.

El ministro nicaragüense añadió que su gobierno no podía aceptar la pretensión de Colombia, en el sentido de que el meridiano 82 que se menciona en el Acta de 1930 constituía la línea de frontera de las respectivas áreas marítimas de los

dos Estados, dado que ello no coincidía con la letra y espíritu del Acta, cuya intención fue la de especificar que el Archipiélago de San Andrés no se extendía al occidente más allá del meridiano 82. Además, el ministro observó que el **concepto de plataforma continental no había sido reconocido en la época en que se firmó el Tratado de 1928 y el Acta de 1930**, por ello, es ese momento Nicaragua no pudo haber renunciado al derecho que todavía no le había sido reconocido.

2.10 Declaración de nulidad del Tratado de 1928 por parte de Nicaragua y publicación del Libro Blanco

Posteriormente, en julio de 1979, el gobierno sandinista llegó al poder en Nicaragua, y, el 4 de febrero de 1980, el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua publicó una declaración oficial y un “Libro Blanco”, en el cual Nicaragua declaraba “la nulidad y falta de validez del Tratado Bárcenas Meneses-Esguerra , o también llamado Tratado de 1928, dado que fue celebrado en un contexto que incapacitó como gobernantes a los presidentes impuestos por las fuerzas americanas de intervención en Nicaragua, lo cual violó los principios de la Constitución Nacional en vigor.

Asimismo, el Libro Blanco reconocía que, una buena porción de tiempo ha transcurrido desde el Tratado de 1928, pero señalaba que fue únicamente el 19 de julio de 1979 que Nicaragua recuperó su soberanía nacional.

2.11 Continuidad de la Controversia

El 5 de febrero de 1980, el ministro de Relaciones Exteriores de Colombia dirigió una nota diplomática a su contraparte de Nicaragua, en el cual sostuvo que su gobierno rechazaba la Declaración del 4 de febrero de 1980, señalándola como una pretensión infundada, que contradice la realidad histórica y viola los principios más elementales del derecho internacional público.

Asimismo, el ministro colombiano, afirmó que, en opinión de su gobierno, el Tratado de 1928 era un instrumento válido, perpetuo, y, en plena vigencia, a la luz de las normas jurídicas universalmente reconocidas.

Es así como, entre los años 1976 y 1981, se realizaron varios intercambios de notas diplomáticas entre Nicaragua y los Estados Unidos, en relación con la situación de Roncador, Quitasueño y Serrana, en el marco de ratificación del Tratado Vásquez-Saccio por parte de Estados Unidos.

El 16 de junio de 1981, Estados Unidos presentó a Nicaragua una Ayudamemoria titulada “Posición Jurídica de los Estados Unidos”, la cual sostenía, *inter alia*, que, Estados Unidos no había tomado y no intentaba tomar ninguna posición con relación al mérito legal de las pretensiones contradictorias entre Colombia y Nicaragua sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.

Posteriormente, el 17 de septiembre de 1982, el Tratado Vásquez-Saccio entró en vigor, luego del intercambio de ratificaciones entre Colombia y los Estados Unidos.

Cabe señalar, el nuevo gobierno que llegó al poder en Nicaragua en 1990, así como sus subsiguientes gobiernos, mantuvieron la posición que habían sido manifestadas desde 1969 en adelante.

Posteriormente, en junio de 1993, helicópteros de la fuerza aérea colombiana interceptaron dos buques pesqueros de Nicaragua, en la vecindad del meridiano 82, y ordenaron abandonar sus “presuntas actividades ilegales de pesca”.

Por su parte, el 7 de julio de 1993, en la misma zona, la guardia costera colombiana capturó un buque pesquero hondureño, que tenía un permiso de pesca emitido por Nicaragua.

Debido a ello, mediante notas diplomáticas dirigidas al ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, fechadas el 11 de junio y el 9 de julio de 1993,

Nicaragua Protestó contra las acciones de Colombia, las cuales aseguró que habían ocurrido en aguas nicaragüenses, al occidente del meridiano 82.

En respuesta, mediante nota diplomática fechada el 19 de julio de 1993, el ministro de Relaciones Exteriores de Colombia aseguró que los buques pesqueros estaban operando al oriente del meridiano 82, y, en consecuencia, todos los eventos se habían presentado en aguas sujetas a la jurisdicción colombiana.

En una nota diplomática fechada el 26 de julio de 1993, el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua alegó que, incluso si los buques hubieran estado localizados en coordenadas suministradas por Colombia, ellos habían seguido estando en aguas nicaragüenses, añadió también que la pretensión de Colombia en materia de soberanía sobre tales aguas era totalmente inadmisibile y sin fundamento.

Entre 1995 y 2002 hubo capturas similares de buques, tanto por Colombia, como por Nicaragua.

Finalmente, corresponde precisar que, en 1977, 1995 y 2001, se realizaron reuniones entre funcionarios de los Ministerio de Relaciones Exteriores de Nicaragua y de Colombia en relación con asuntos pendientes entre los dos Estados. Las partes están en desacuerdo respecto del contenido y significado de estas discusiones.

3. Objeto de la Controversia

Nicaragua sostiene que tiene soberanía sobre las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y todas las islas y cayos correspondientes, y también sobre los cayos de Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño (en la medida que sean susceptibles de apropiación).

Asimismo, a la luz de las determinaciones solicitadas en relación con la titularidad pide a la Corte que determine el curso de la frontera marítima única entre las áreas de plataforma continental y zona económica exclusiva pertenecientes respectivamente a Nicaragua y a Colombia, de conformidad con principios equitativos y circunstancias relevantes, reconocidos por el Derecho Internacional general como aplicables a una delimitación tal de una frontera marítima única.

Nicaragua sostiene también que, si bien su propósito principal es obtener declaraciones concernientes a la titularidad y la determinación de fronteras marítimas, el Gobierno de Nicaragua se reserva el derecho a reclamar compensación por elementos de enriquecimiento injusto derivados de la posesión colombiana de las islas de San Andrés y Providencia, así como de los cayos y espacios marítimos hasta el meridiano 82, en ausencia de un título legítimo. El gobierno de Nicaragua también se reserva el derecho a reclamar compensación por la interferencia con embarcaciones pesqueras de nacionalidad nicaragüense o embarcaciones con licencia de Nicaragua.

4. Hechos Relevantes del proceso ante la CIJ

El 06 de diciembre de 2001, Nicaragua depositó ante la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia una Demanda introductiva de instancia en contra de la Colombia, con respecto a una controversia consistente en “un grupo de asuntos de orden jurídico pendientes” entre los dos Estados “relacionados con título sobre ciertos territorios y delimitación marítima” en el Caribe Occidental.

Nicaragua, en su demanda, buscó fundamentar la competencia de la Corte en:

- Las disposiciones del artículo XXXI del Tratado Americano sobre Soluciones Pacíficas firmado el 30 de abril de 1948, oficialmente designado “Pacto de Bogotá”.
- Declaraciones hechas por las partes según el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, las cuales se consideran, por el periodo

que aún les quede de vigencia, aceptaciones de la jurisdicción obligatoria de la presente Corte.

Es así como, de conformidad con el artículo 40, párrafo 2 del Estatuto de la Corte, el secretario comunicó la demanda al Gobierno de Colombia; y, de conformidad con el párrafo 3 de este artículo, todos los restantes Estados legitimados para comparecer ante la Corte fueron notificados con la demanda.

Mediante providencia fechada el 26 de febrero de 2002, la Corte fijó el 28 de abril de 2003 como el plazo para el depósito de la Memoria de Nicaragua y el 28 de junio de 2004 como el plazo para el depósito de la Contra-Memoria de Colombia.

Nicaragua depositó su memoria dentro del plazo previsto, sustentando a profundidad su demanda contra Colombia

5. Excepciones Preliminares

El 21 de julio de 2003, dentro del plazo establecido por el artículo 79, párrafo 1, del Reglamento de la Corte, el cual fue enmendado el 5 de diciembre de 2000, Colombia planteó excepciones preliminares a la jurisdicción de la Corte.

En las excepciones preliminares Colombia señaló:

“Por las razones expuestas en los capítulos precedentes, Colombia solicita respetuosamente a la Corte, en aplicación del artículo 79 del Reglamento de la Corte, declarar y juzgar que:

- (i) Bajo el Pacto de Bogotá, y en particular en cumplimiento de los Artículos VI y XXXIV, la Corte declare que carece de jurisdicción para conocer de la controversia elevada ante ella por Nicaragua según el artículo XXXI, y declare terminada esa controversia;
- (ii) Bajo el artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la Corte, la Corte carece de jurisdicción para conocer de la demanda de Nicaragua; y que

(iii) *Se rechace la demanda de Nicaragua*".(Subrayado Agregado)

6. Observaciones de Nicaragua sobre las excepciones preliminares formuladas por Colombia

Mediante providencia fechada el 24 de septiembre de 2003, el procedimiento sobre el fondo fue suspendido y se fijó el 26 de enero de 2004 como plazo para que Nicaragua presente observaciones escritas sobre las excepciones preliminares formuladas por Colombia.

Nicaragua depositó sus observaciones dentro del plazo previsto, señalando que:

"1. (...), la República de Nicaragua solicita a la Corte declarar u juzgar que las Excepciones Preliminares formuladas por la República de Colombia, tanto con respecto a la jurisdicción basada en el Pacto de Bogotá, como respecto a la jurisdicción basada en el Artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte, son inválidas.

2. En la alternativa, se pide a la Corte declarar y juzgar, de conformidad con las disposiciones del Artículo 79, párrafo 9 del Reglamento de la Corte, que las excepciones planteadas por la República de Colombia no poseen un carácter exclusivamente preliminar.

3. Adicionalmente, La República de Nicaragua solicita a la Corte rechazar la solicitud de la República de Colombia en el sentido de declarar "terminada" la controversia sometida ante ella por Nicaragua, bajo el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, de conformidad con los artículos VI y XXXIV del mismo instrumento.

1. Cualesquiera otros asuntos no mencionados en forma explícita en las precedentes Observaciones Escritas, queda expresamente reservados para la fase de fondo del presente procedimiento."

Luego de que Nicaragua manifestara sus observaciones y conclusiones sobre las excepciones preliminares planteadas por Colombia, el caso quedó listo para audiencias sobre las excepciones preliminares.

7. Fallo sobre Excepciones Preliminares

La Corte, en relación con la primera excepción preliminar a la jurisdicción formulada por Colombia sobre la base de los artículos VI y XXXIV del Pacto de Bogotá:

Por trece votos contra cuatro: Admite la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Provincia y Santa Catalina;

Por unanimidad: Rechaza la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la soberanía sobre las otras formaciones insulares en disputa entre las partes;

Por unanimidad: Rechaza la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la delimitación marítima entre las partes

Con relación a la segunda excepción preliminar a la jurisdicción formulada por Colombia con respecto a las declaraciones hechas por las partes reconociendo la jurisdicción obligatoria de la Corte:

Por catorce votos contra tres: Admite la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Provincia y Santa Catalina;

Por dieciséis votos contra uno: Encuentra que no es necesario examinar la excepción a su jurisdicción en la medida en que se refiere a la soberanía sobre las otras formaciones insulares en disputa entre las partes y la delimitación marítima entre las partes.

Finalmente, en relación con la jurisdicción de la Corte

Por unanimidad: Concluye que tiene jurisdicción, sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para resolver la controversia relativa a la soberanía sobre las formaciones insulares reclamadas por las partes diferentes de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina;

Por unanimidad: Concluye que tiene jurisdicción, sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para resolver la controversia relativa a la delimitación marítima entre las partes.

(Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia) Excepciones Preliminares, 2008)

7.1 Fundamento sobre decisión

Primera Excepción Preliminar

Con relación a la primera excepción preliminar a la jurisdicción formulada por Colombia sobre la base de los artículos VI y XXXIV del Pacto de Bogotá, por medio de las cuales argumentó que la Corte carece de jurisdicción para conocer la controversia elevada por Nicaragua, la Corte resolvió:

- Por trece votos contra cuatro: Admitir la excepción a su jurisdicción, en la medida en que se refiere a la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina;
- Por unanimidad: Rechazar la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la soberanía sobre las otras formaciones insulares en disputa entre las partes,
- Por unanimidad: Rechazar la excepción a su jurisdicción en la medida en que se refiere a la delimitación marítima entre las partes.

Respecto de la jurisdicción de la Corte respecto de la cuestión de soberanía sobre las islas expresamente nombradas del Archipiélago de San Andrés, la Corte considera que es meridianamente claro sobre la base del texto del artículo I, que la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ya ha sido resuelta por el Tratado de 1928, en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá, por tanto, no hay necesidad de incursionar más a fondo en la interpretación del Tratado para concluir que no hay nada relacionado con esta cuestión que pueda ser determinado por únicamente en la fase del fondo del asunto.

Por tanto, la Corte aceptó la primera excepción preliminar formulada por Colombia, en la medida que se refiere a la jurisdicción de la Corte respecto de la cuestión de soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Sobre la jurisdicción de la Corte sobre la cuestión del alcance y composición del resto del Archipiélago de San Andrés, la Corte recuerda que ambas partes se encuentran de acuerdo en que el Archipiélago de San Andrés incluye las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como islotes y cayos adyacentes; sin embargo, las partes discrepan en cuanto a cuáles formaciones insulares diferentes de esas islas nombradas forman parte del Archipiélago.

La Corte considera que es meridianamente claro del texto del primer párrafo del artículo I del Tratado de 1928, que sus términos no suministran una respuesta a la pregunta de cuáles formaciones insulares, aparte de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, forman parte del Archipiélago de San Andrés, sobre la cual Colombia tiene soberanía. En esas circunstancias, esta cuestión no ha sido resuelta en el sentido del Artículo VI del Pacto de Bogotá y la Corte tiene jurisdicción bajo el artículo XXXI del referido Pacto.

Sobre la jurisdicción de la Corte respecto de la cuestión de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana, la Corte registró que, el sentido del párrafo segundo del Artículo I del Tratado de 1928 es claro que este tratado no se aplica

a las tres formaciones insulares en cuestión, por tanto, las limitaciones contenidas en el artículo VI del Pacto de Bogotá no se aplica a la cuestión de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.

Por ello, la Corte tiene entonces jurisdicción sobre este asunto a la luz del Artículo XXXI del Pacto de Bogotá, y no puede aceptar la primera excepción preliminar planteada por Colombia, en la medida que se refiere a la jurisdicción de la Corte respecto a la cuestión de la soberanía sobre Roncador, Quitasueño y Serrana.

Finalmente, con relación a la jurisdicción de la Corte respecto de la cuestión de la delimitación marítima, la Corte considera que los Términos del Acta de 1930 no puede interpretarse en el sentido de que las partes hayan efectuado una delimitación de la frontera marítima, tal como lo sostiene Colombia, siendo el lenguaje más consistente con la posición de que la Cláusula del Acta buscaba fijar un límite occidental del Archipiélago de San Andrés en el meridiano 82.

En opinión de la Corte, un cuidadoso examen de las discusiones previas a la ratificación del Tratado de 1928 y de las discusiones entre las partes confirma que ninguna de ellas asumió en esa fecha que el Tratado y el Acta estaban diseñados para efectuar una delimitación general de los espacios marítimos entre Colombia y Nicaragua, observando que, Colombia no halló necesario volver a someter el Tratado de 1928 a su Congreso para la consideración de la disposición insertada en el Acta de 1930, dado que los representantes diplomáticos de Colombia asumieron que la referencia al meridiano 82 en el Acta equivalía a una interpretación del primer párrafo del Artículo I del Tratado, y, por tanto, no se modificó el fondo de la disposición.

Asimismo, en el caso de Nicaragua, el ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua, en su comparecencia ante el Senado nicaragüense, antes de la ratificación, le aseguró a este órgano que la referencia al meridiano 82 no reforma el Tratado, porque únicamente busca indicar un límite entre los archipiélagos que habían sido motivo de disputa.

Por ello, *inter alia*, luego de examinar los argumentos presentados por las partes, así como el material proveído, la Corte concluye que el Tratado de 1928 y el Acta de 1930 no efectuaron una delimitación general de la frontera marítima entre Colombia y Nicaragua.

Por tanto, no es necesario que la Corte entre a considerar los argumentos planteados por las partes en relación con el efecto sobre este asunto de los cambios en el derecho del mar desde 1930.

Puesto que la disputa relativa a la delimitación marítima no ha sido resuelta por el Tratado de 1928 y el Acta de 1930 en el sentido del Artículo VI del Pacto de Bogotá, la Corte posee jurisdicción bajo el artículo XXXI del Pacto, por tanto, la Corte no puede admitir la primera excepción preliminar de Colombia, en la medida que se refiere a la cuestión de la delimitación marítima entre las parte.

Segunda Excepción Preliminar

Con relación a la segunda excepción preliminar, además del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, Nicaragua invocó como base de la jurisdicción de la Corte, las declaraciones hechas por las partes bajo el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, las cuales son consideradas como aceptaciones de la jurisdicción obligatoria de la presente Corte, por el periodo que aún les quede de vigencia, de conformidad con el artículo 36, párrafo 5, de su estatuto.

Por ello, en su segunda excepción preliminar, Colombia sostiene que la Corte carece de jurisdicción sobre lo señalado por Nicaragua.

Cabe indicar, Nicaragua formuló una declaración bajo el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional el 24 de septiembre de 1929 en los siguientes términos:

“En nombre de la República de Nicaragua, reconozco como obligatoria, incondicionalmente, la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional”.

Por su parte, el 30 de octubre de 1937, Colombia hizo una declaración en los siguientes términos:

“La República de Colombia reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, bajo condición de reciprocidad, con respecto a todo otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de conformidad con el artículo 36 del Estatuto. La presente declaración no se aplica sino a las controversias resultantes de hechos posteriores al 6 de enero de 1932”

Por ello, la Corte registró que, según el artículo 36, párrafo 5 de su Estatuto, que las declaraciones hechas por ambas partes se consideran como aceptaciones de la jurisdicción obligatoria por periodo que aún les quede de vigencia y conforme los términos de dichas declaraciones.

El 5 de diciembre de 2001, Colombia notificó al secretario general de la terminación de su declaración bajo la disposición facultativa.

Ahora bien, la Corte resolvió la segunda excepción preliminar a la jurisdicción formulada por la República de Colombia con respecto a las declaraciones hechas por las partes reconociendo la jurisdicción obligatoria de la Corte:

- Por catorce votos contra tres: Admite la excepción a su jurisdicción en la medida que se refiere a la soberanía sobre las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina;
- Por dieciséis votos contra uno: Encuentra que no es necesario examinar la excepción a su jurisdicción en la medida en que se refiere a la soberanía sobre las otras formaciones insulares en disputa entre las partes y la delimitación marítima entre las partes;

Al respecto, la Corte, habiendo examinado, en primer lugar, la excepción preliminar planteada por Colombia a la jurisdicción a la luz del Pacto de Bogotá señala que, ya concluido que ella posee jurisdicción sobre la base del artículo XXXI del Pacto para conocer de todos los restantes aspectos de la controversia. En consecuencia, no se cumpliría ningún propósito útil al examinar si, en relación con esos aspectos, las declaraciones de las partes bajo la disposición facultativa también podrían suministrar una base para la jurisdicción de la corte.

La Corte, entonces, acepta la segunda excepción preliminar planteada por Colombia relativa a su jurisdicción bajo las declaraciones de la disposición facultativa en la medida que se refiere a la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y encuentra que no es necesario examinar la excepción en la medida en que se refiere a la soberanía sobre las restantes formaciones insulares en disputa entre las partes y a la cuestión de la delimitación marítima entre las partes.

Por ello, en relación con la jurisdicción de la Corte, esta concluye por unanimidad que tiene jurisdicción sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para resolver la controversia relativa a la soberanía sobre las formaciones insulares reclamadas por las Partes diferentes de las Islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina y que tiene jurisdicción, sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá para resolver sobre la controversia relativa a la delimitación marítima entre las partes.

8. Continuación del proceso luego de Fallo sobre Excepciones Preliminares

Luego de que en su sentencia del 13 de diciembre de 2007 la Corte concluyera de que tenía jurisdicción bajo el artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para fallar sobre la disputa concerniente a la soberanía sobre las formaciones marítimas reclamadas por las partes, otras que la isla de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sobre la disputa concerniente a la delimitación marítima entre las partes, por medio de

orden proferida el 11 de febrero de 2008, el presidente de la Corte fijó el 11 de noviembre de 2008 como nueva fecha límite para la presentación de la contra memoria de Colombia, tal solicitud fue atendida en el término previsto.

Por orden proferida el 18 de diciembre de 2008, la Corte solicitó a Nicaragua la presentación de una réplica, y, a Colombia, la presentación de una dúplica, y fijó el 18 de septiembre de 2009 y el 18 de junio de 2010 como los tiempos límite respectivos para el depósito de esas piezas procesales. La réplica y dúplica fueron debidamente presentadas en los términos señalados.

Refiriéndose al Artículo 53 párrafo 1 de las reglas de la Corte, los gobiernos de Honduras, Jamaica, Chile, Perú, Ecuador, Venezuela y Costa Rica solicitaron ser provistos de copias de los alegatos y los documentos anexos al caso. La Corte, decidió acceder a tales peticiones.

El 25 de febrero y el 10 de junio de 2010, respectivamente, la República de Costa Rica y la República de Honduras depositaron en la Secretaría de la Corte una aplicación para que se les permita participar en el caso como intervinientes, invocando en artículo 62 del Estatuto de la Corte.

Cabe indicar, en sentencias separadas entregadas el 4 de mayo de 2011, la Corte negó sus pretensiones.

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

9. Posiciones jurídicas de las partes de las materias en disputa

9.1 Cuestión Previa

La Corte señala que, Nicaragua en su demanda reclamaba la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y, al respecto, en su sentencia del 13 de diciembre de 2007, la Corte sostuvo que no tenía jurisdicción en

relación con esa petición, pues la cuestión de la soberanía de las tres islas había sido determinada por el tratado concerniente a cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua, firmado en Managua el 24 de Marzo de 1928 (Tratado de 1928) por medio del cual Nicaragua reconoce la soberanía colombiana sobre tales islas.

9.2 Geografía De Formaciones Marítimas En Disputa

Ahora bien, desde el Suroeste del Caribe y moviéndose hacia el Noreste, existen áreas formaciones marítimas cuya soberanía continua en disputa entre las partes, estos son: Cayos Alburquerque, Este Sudeste, Roncador, Serrana, Quitasueño, Serranilla y Bajo Nuevo.

Con relación al banco de Quitasueño, su estatuto legal se encuentra en disputa, dado que las partes difieren si las formaciones de Quitasueño califican como isla.

9.3 Posición sobre la soberanía de las formaciones marítimas en disputa y frontera marítima

9.3.1 Posición de Nicaragua

a) Sobre Quitasueño

Quitasueño es un bajo, y Nicaragua considera que todas su formaciones permanecen sumergidas cuando hay mareas altas y, para sustentar ello, invoca un estudio preparado en 1937 por un oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, en donde se menciona que el cayo de Quitasueño no existe.

Nicaragua refiere también el Tratado Vásquez-Saccio entre Colombia y los Estados Unidos, en el cual Estados Unidos renunció a cualquier reclamo de soberanía sobre Quitasueño, Roncador y Serrana, enfatizando que, en ese Tratado, se acompañó un canje de notas diplomáticas en donde Estados Unidos

expresa que, al estar Quitasueño permanentemente sumergido en marea alta, no es el tiempo para el tema del ejercicio de soberanía.

b) Formaciones marítimas en disputa

Tratado de 1928 y el Acta de 1930

Nicaragua sostiene que el primer párrafo del artículo I del Tratado de 1928 no ofrece una definición precisa de lo que es un Archipiélago, siendo necesario identificar lo que conforma el Archipiélago de San Andrés.

Según la prueba de proximidad, no se puede justificar la solicitud de Colombia de que las formaciones marítimas en disputa se engloban en el término “Archipiélago de San Andrés”

Nicaragua sostiene que no existe un soporte histórico que muestre que las islas y cayos en disputa formaron parte del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Al principio del Siglo XIX, el primer gobernador de lo que se refería como San Andrés Islas, solo mencionaba cinco islas cuando explicaba la composición del grupo: San Andrés, Providencia, Santa Catalina, Isla Grande del Maíz e Isla Pequeña del Maíz.

Además, en otros documentos de periodo colonial, referidas a las Islas de San Andrés, las formaciones marítimas nunca fueron descritas como parte de un grupo, o como parte de un solo archipiélago. En ese tenor, Nicaragua cita la Real Orden de 1803, el estudio de los “cayos y bancos localizados entre Cartagena y Habana” realizado a inicios del siglo XIX bajo instrucción de las autoridades españolas y las instrucciones de navegación publicado por la Oficina Hidrográfica de la Armada Española de 1820.

Nicaragua además sostiene que el Protocolo de 1930 apenas estableció un límite al oeste para el Archipiélago de San Andrés.

Principio de Uti Possidetis Juris

Nicaragua explica que la Capitanía General de Guatemala, de la cual Nicaragua era un estado sucesor, estableció jurisdicción sobre las islas en disputa, sobre la base de la Real Cédula del 26 de junio de 1586, confirmada en 160 por la Ley IV, Título XV, Libro II, de la Recopilación de Indias, y, después, la Novísima Recopilación de 1774, que señaló los límites de la Audiencia de Guatemala incluyendo las “islas adyacentes a la costa”.

Nicaragua señala que, de acuerdo con la doctrina del *uti possidetis juris*, no podía existir *terranullius* en las colonias españolas localizadas en América Latina, además, en su opinión, la aplicación de la referida doctrina del *uti possidetis juris* debe entenderse en términos de adhesión o dependencia al territorio continental más cercano, el de Nicaragua.

Effectivités y Fecha Crítica

Nicaragua sostiene que la fecha en la cual la disputa de la delimitación marítima surgió en 1969, cuando otorgó concesiones para la explotación petrolera en el área de Quitasueño en 1967-1968, lo cual llevó a una Nota de Protesta enviada por Colombia a Nicaragua el 4 de junio de 1969, en donde por primera vez Colombia alegó que el Meridiano 82 era la frontera marítima entre las partes.

En opinión de la Corte, Nicaragua se limitó a cuestionar la relevancia de las *effectivités* dado que no proporciona evidencia alguna de haber actuado *atitre souverain* en relación con los elementos que configuran sus pretensiones de soberanía, basándose extensamente en el *uti possidetis juris*.

c) Frontera Marítima

Derecho Aplicable

Nicaragua forma parte de la CONVEMAR

Ambas partes están de acuerdo de que el derecho aplicable es la costumbre internacional, la costumbre internacional reflejada en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar y Tribunales y Cortes Internacionales.

Además, ambas partes concuerdan en que las disposiciones relevantes de la CONVEMAR respecto de la línea base de Estados Costeros y su derecho a zonas marítimas, la definición de plataforma continental y las disposiciones referidas a la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, reflejan costumbre internacional.

Nicaragua sostiene que las disposiciones del artículo 76, párrafos 1 al 7 de la CONVEMAR, referentes a la definición de plataforma continental y la determinación de sus límites más allá de las 200 millas náuticas, tienen el Estatuto de costumbre internacional.

9.3.2 Posición de Colombia

a) Sobre Quitasueño

Colombia, refiriéndose a dos estudios, especialmente, al Estudio sobre Quitasueño y Alburquerque preparado por la Armada colombiana en septiembre de 2008 y el reporte Experto preparado por el Dr. Robert Smith “Mapeo de las Islas Quitasueño (Colombia) -Sus Líneas Base, mar territorial y zona contigua” de febrero de 2010, argumentó que existen 34 formaciones marítimas individuales en Quitasueño que califican como islas, pues se mantienen por encima de la superficie en marea alta, y por lo menos 20 elevaciones de bajamar situadas dentro de las 12 millas náuticas de una o

más de esas islas, El reporte Smith se refiere a esas formaciones como “QS1 y QS54”

b) Formaciones marítimas en disputa

Tratado de 1928 y Acta de 1930

Según Colombia, las Islas y cayos del Archipiélago de San Andrés fueron considerados como un grupo durante la era colonial y postcolonial, sustentando ello mediante un estudio del siglo XIX sobre los cayos y bancos “Localizados entre Cartagena y Habana”, realizado bajo instrucciones de la Corona Española y en las Instrucciones de Navegación publicado por la Oficina Hidrográfica de la Armada Española en 1820.

Sobre el reporte del primer gobernador de San Andrés Islas, sostiene que las cinco islas nombradas son claramente islas principales del grupo, pero los islotes cayos más pequeños también forman parte del Archipiélago.

Cuando se hace referencia a San Andrés en los documentos históricos sin que se especifiquen todas las formaciones del Archipiélago, no quiere decir que solamente estas son las que lo conforman.

Además, con relación al meridiano 82, esta se considera como una línea de ubicación territorial, separando el territorio colombiano al este del territorio nicaragüense al oeste, hasta el punto en que se encuentran con terceros estados.

Principio de Uti Possidetis Juris

Colombia alegó que la soberanía sobre el archipiélago de San Andrés tiene sus raíces en la Real Orden de 1803, cuando fue colocaba bajo la jurisdicción del Virreinato de Santa Fe (Nueva Granada), el cual ejerció dicha jurisdicción de manera efectiva hasta la independencia.

Colombia argumenta que ostenta un título originario sobre el Archipiélago de San Andrés en virtud del principio del *uti possidetis juris* sustentado por la administración del Archipiélago por el Virreinato de Santa Fe (Nueva Granada).

Effectivités y Fecha Crítica

Para Colombia, la disputa respecto de la soberanía sobre los elementos marítimos se cristalizó en 1971, cuando Colombia y los Estados Unidos iniciaron negociaciones para resolver la situación respecto de Roncador, Quitasueño y Serrana, que fueron excluidos del Tratado de 1928.

Colombia afirma que las acciones *atitre de souverain* llevadas a cabo en relación con las islas coinciden con un título pre-existente y son completamente consistentes con la posición jurídica que resultó del Tratado de 1928 y su Protocolo de 1930, observando que ha ejercido soberanía pública, pacífica y continua sobre los cayos de Roncador, Quitasueño, Serrana, Serranilla, Bajo Nuevo, Albuquerque y Este-Sudeste por más de 180 años como parte integral del archipiélago de San Andrés.

Colombia sostiene que ha promulgado leyes y decretos respecto de pesquería, actividades económicas, inmigración, operaciones de búsqueda y rescate, obras públicas y cuestiones ambientales respecto del archipiélago; además, ha aplicado legislación penal sobre el Archipiélago entero, y, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ha realizado actividades de vigilancia y control sobre el Archipiélago entero, ha autorizado a terceros la búsqueda de yacimientos de petróleo en las áreas marítimas, ha llevado a cabo investigaciones científicas con el ánimo de preservar y hacer uso responsable de las riquezas naturales del Archipiélago de San Andrés.

Presunto Reconocimiento de Nicaragua

Colombia señala que el reconocimiento de Nicaragua de su soberanía sobre las formaciones marítimas en disputa se refiere a la reacción nicaragüense al Laudo Loubet del 11 de septiembre de 1900, mediante el cual el presidente de Francia determinó cual sería la frontera terrestre entre Colombia y Costa Rica, la cual es la frontera actual entre Costa Rica y Panamá.

Colombia enfatiza que, en su nota de protesta del 22 de noviembre de 1900 contra lo decidido en el Laudo Loubet, Nicaragua no hizo referencia a ninguna de las islas actualmente en disputa.

Posición de Terceros Estados

Colombia observa que varios informes, memorandos, notas diplomáticas y otro tipo de correspondencia emanado del Gobierno Británico confirma que las “autoridades británicas claramente consideraban que no solo el Archipiélago de San Andrés era considerado como un grupo, desde Serranilla y Bajo Nuevo hasta Albuquerque, sino que este pertenece a Colombia”.

Además, Colombia sostiene que todos los Estados vecinos han reconocido la soberanía de Colombia sobre el Archipiélago, incluyendo los cayos. Colombia, especialmente se refiere al:

- Tratado de 1976 con Panamá sobre la delimitación de las áreas marinas y submarinas y otros aspectos;
- Tratado de 1977 con Costa Rica sobre delimitación de las áreas marinas y submarinas y cooperación marítima;
- Tratado de 1980 sobre delimitación de áreas marinas y cooperación marítima entre Panamá y Costa Rica;
- Tratado de 1986 con Honduras sobre delimitación marítima;
- Acuerdos de Pesquería de 1981 y 1984 con Jamaica;
- Tratado de 1993 de delimitación marítima con Jamaica.

- Tratado Vasquez – Saccio de 1972 que evidencia reconocimiento de los Estados Unidos respecto de sus pretensiones sobre Roncador Quitasueño y Serrana.

Valor probatorio de Mapas

Colombia sostiene que en los mapas colombianos oficiales publicados a la fecha, los cayos en disputa siempre han aparecido como parte del Archipiélago de San Andrés, y, por tanto, de Colombia.

Colombia atribuye valor especial a dos mapas oficiales publicados por el Ministerio de Relaciones Exteriores en 1920 y 1931, antes de la firma del Tratado de 1928 y del Protocolo de 1930

c) Frontera Marítima

Derecho Aplicable

Colombia no es parte de la CONVEMAR

No obstante, tanto Colombia como Nicaragua concuerdan en que el derecho aplicable es la costumbre internacional, la costumbre internacional reflejada en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar y Tribunales y Cortes Internacionales. Además, ambas partes concuerdan en que las disposiciones relevantes de la CONVEMAR respecto de la línea base de Estados Costeros y su derecho a zonas marítimas, la definición de plataforma continental y las disposiciones referidas a la delimitación de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, reflejan costumbre internacional.

Colombia, por su parte, acepta que el párrafo 1 del artículo 76 de la CONVEMAR refleja costumbre internacional, y, sostiene que no existe evidencia de la práctica de los Estados indicando que las disposiciones de los

párrafos 4 a 9 del artículo 76 sean consideradas como reglas consuetudinarias del derecho internacional.

10. Admisibilidad de la Pretensión de Nicaragua para una delimitación de la Plataforma Continental extendiéndose más allá de las 200 millas náuticas.

La Corte recuerda que, en su demanda y memoria, Nicaragua solicitó determinar “una frontera marítima única” entre las áreas de plataforma continental y zona económica exclusiva que pertenecen a Nicaragua y Colombia respectivamente, en forma de una línea media entre las costas continentales de ambos Estados.

En su contra memoria, Colombia alegó que la línea fronteriza pretendida por Nicaragua estaba situada en un área donde este último no tiene derechos, teniendo en cuenta que las costas continentales de ambos Estados están separadas por más de 400 millas náuticas.

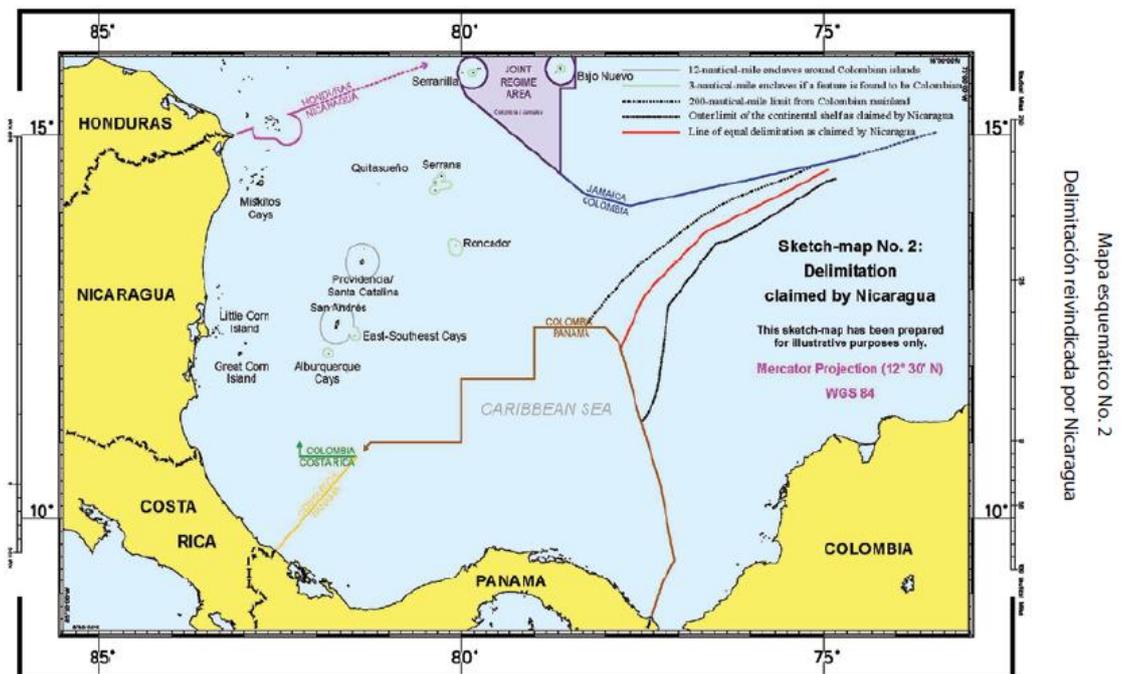
En su réplica, Nicaragua sostuvo que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76 de la CONVEMAR, tiene un derecho que se extiende hasta el borde externo del margen continental, por tanto, solicitó a la Corte delimitar la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia a la luz del hecho que las prolongaciones naturales de los territorios continentales de las partes se encuentran y se superponen.

Nicaragua explicó el cambio en su solicitud bajo el supuesto que “una vez la Corte reconoció la primera objeción preliminar colombiana en el fallo sobre excepciones preliminares del 2007, Nicaragua solo podía aceptar la decisión y ajustar sus pretensiones y argumentos”.

Durante la audiencia, Nicaragua reconoció que, mientras el borde externo del margen continental de la costa colombiana no se extiende más allá de las 200 millas, el artículo 76 de la CONVEMAR le da a Nicaragua el derecho a una plataforma continental que se extiende más allá de las 200 millas náuticas desde la línea de base desde la cual se mide la anchura del mar territorial, tal y como se observa en la siguiente imagen:

Figura 1

Delimitación reivindicada por Nicaragua



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

Por ello, en su pretensión final, Nicaragua solicitó a la Corte definir “la frontera de la plataforma continental dividiendo en partes iguales los derechos a una plataforma continental que se superponen entre ambas partes”.

Por su parte, Colombia sostuvo en su réplica que Nicaragua cambió su solicitud original y que la nueva pretensión de plataforma continental no estaba implícita en la demanda o memoria de Nicaragua.

Colombia sostiene que la cuestión del derecho de Nicaragua de extender su plataforma continental más allá de las 200 millas náuticas y la delimitación de plataforma continental con base en factores geomorfológicos no puede aparecer directamente del objeto materia de solicitud.

Según Colombia, la pretensión de Nicaragua a una plataforma continental extendida, así como su solicitud para que la Corte delimite, basada en este supuesto, la frontera de la plataforma continental entre las partes es inadmisibile.

Al respecto, la Corte señala que el hecho de que la pretensión de Nicaragua de extender su plataforma continental sea una nueva pretensión introducida en su réplica, no por si misma la hace inadmisibile.

Para que sea admisible una nueva pretensión debe satisfacer una de dos alternativas:

1. Debe estar implícita en la demanda o;
2. Debe surgir directamente de la cuestión que constituye el objeto-materia de la demanda.

Es así como, desde el punto de vista de la Corte, la pretensión de una plataforma continental extendida se encuentra dentro de la disputa entre las partes, relacionada a la delimitación marítima, por ello, no puede decirse que transforma el objeto-materia en disputa, más aún, surge directamente de la disputa, lo que ha cambiado es la base jurídica presentada para la pretensión, a saber: Prolongación natural en vez de distancia como base de la pretensión por una plataforma continental y una solución esperada, una delimitación de la plataforma continental en contraposición a una frontera marítima única, en vez de el objeto-materia de la disputa.

Por tanto, la Corte señala que la nueva pretensión continúa refiriéndose a la delimitación de la plataforma continental, aunque bajo consideraciones jurídicas distintas, por ello, concluye que la solicitud contenida en la pretensión final de Nicaragua es admisible, precisando que, al decidir sobre la admisibilidad de la nueva

pretensión no está considerando la validez de las consideraciones jurídicas sobre las cuales se basa Nicaragua.

11. Fallo de la Corte

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 19 de noviembre de 1912, resolvió el fondo de la cuestión controvertida entre Nicaragua y Colombia, y decidió:

1. Por unanimidad: Decide que la República de Colombia tiene soberanía sobre las islas que hacen parte de las formaciones siguientes: Alburquerque, Bajo Nuevo, cayos del Este-sur Este, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla;
2. Por catorce votos contra uno: Considera admisible la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en el punto I.3) de sus conclusiones finales, en la que solicita a la Corte que juzgue y declare que, en el marco geográfico y jurídico constituido por las costas continentales de Nicaragua y de Colombia, el método de delimitación apropiado consiste en una frontera de plataforma continental que divida a partes iguales los derechos superpuestos a una plataforma continental de ambas partes.
3. Por unanimidad, determina que no puede hacer lugar a la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en la sección I. 3) de sus conclusiones;
4. Por unanimidad, Decide que la línea de frontera marítima única que delimita la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de la República de Nicaragua y de la República de Colombia seguirá las líneas geodésicas que conectan los puntos con las coordenadas siguientes:

Latitud Norte	Longitud Oeste
1. 13°46'35,7''	81°29'34,7''
2. 13°31'08,0''	81°45'59,4''
3. 13°03'15,8''	81°46'22,7''
4. 12°50'12,8''	81°59'22,6''
5. 12°97'28,8''	82°07'27,7''

6. 12°00'04,5''

81°57'57,8''

Partiendo del punto 1, la línea de la frontera marítima continuará hacia el este a lo largo del paralelo (coordenadas 13°46'35,7'' N), hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas desde las líneas de base utilizadas para medir la anchura del mar territorial de Nicaragua. Desde el punto 6 (coordenadas 12° 00'04,5'' N y 81°57'57,8'' O), ubicado en una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a Albuquerque, la línea de la frontera marítima continuará bordeando esa zona de arcos hasta llegar al punto 7 (coordenadas 12°11'53,5'' N y 81° 38' 16,6'' O), que está ubicado en el paralelo que cruza el punto más meridional de la zona de arcos trazados a 12 millas náuticas en torno a los Cayos del Este Sudeste. A continuación, la línea fronteriza sigue ese paralelo hasta llegar al punto más meridional de la zona de arcos trazado a 12 millas náuticas en torno a los cayos del Este Sudeste en el punto 8 (coordenadas 12°11'53,5'' N y 81°28'29,5'' O), y continúa bordeando esa zona de arcos hasta su punto más oriental (punto 9, coordenadas 12°24'09,3'' N y de 81°14'43,9'' O). Desde ese punto, la línea de la frontera sigue el paralelo (coordenadas 12°24'09,3'' N) hasta alcanzar el límite de 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de Nicaragua;

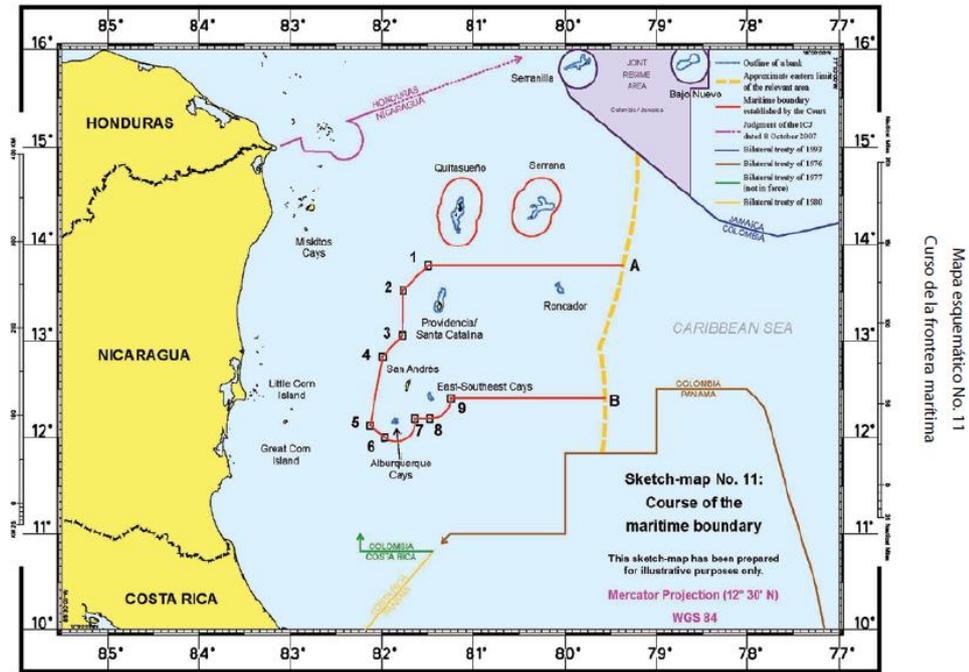
5. Por unanimidad: Decide que la frontera marítima única en torno a Quitasueño y de Serrana seguirá, respectivamente, una zona de arcos trazados a 12 millas náuticas medidas desde QS32 y desde elevaciones que emergen en bajamar ubicadas dentro de las 12 millas náuticas medidas desde QS32, y una zona de arcos trazados a 12 milla náuticas medidas desde Cayo Serrana y los demás cayos de sus inmediaciones;
6. Por unanimidad: Rechaza la reivindicación formulada por la República de Nicaragua en sus conclusiones por la que solicita a la Corte que declare que la República de Colombia no actúa con arreglo a sus obligaciones contraídas en

virtud del derecho internacional al impedir que la República de Nicaragua tenga acceso a recursos naturales al este del meridiano 82.

(Corte Internacional de Justicia, 2012)

Figura: 2

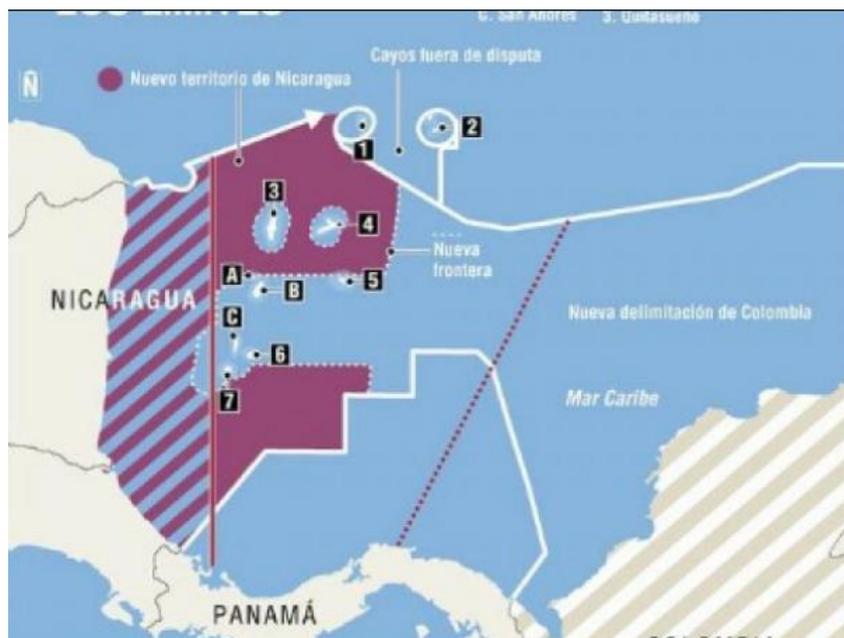
Curso de la Frontera Marítima delimitada por la Corte Internacional de Justicia



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

Figura 3

Nuevo territorio de Nicaragua



Tomada de: Radio Nacional de Colombia (imagen) 2013. (*Se Conoce Decreto Que Reglamente Decisión de Colombia Sobre Fallo de La Haya*, n.d.)

11.1 Cuestión de si los accidentes geográficos marítimos son susceptibles de apropiación y su soberanía

Previamente al análisis de la cuestión de soberanía de los accidentes geográficos marítimos en disputa, la Corte debía determinar si eran susceptibles de apropiación.

Es preciso indicar que está bien establecido en el derecho internacional que las islas, por reducidas que sean sus dimensiones, son susceptibles de apropiación.

Por el contrario, las elevaciones que emergen en bajamar (accidentes geográficos que se encuentran sobre el nivel del mar en la bajamar pero que quedan sumergidos en pleamar) no son susceptibles de apropiación, aunque un Estado ribereño tiene soberanía sobre las elevaciones que emergen en bajamar situadas en su mar territorial, y tales elevaciones que emergen en bajamar pueden tenerse en cuenta a los efectos de medición de la anchura del mar territorial.

Al respecto, la Corte señala que las partes estaban de acuerdo en que los Cayos Alburquerque, Este Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo no quedan sumergidos en pleamar, por lo que son islas, y, como tales, son susceptibles de apropiación.

No obstante, las partes discrepan en si alguno de los accidentes de Quitasueño puede considerarse islas. Teniendo en consideración las pruebas científicas en el expediente de la causa, en particular un Informe de especialistas sobre Quitasueño presentado por Colombia, elaborado por el Dr. Robert Smith, la Corte concluye que el accidente mencionado en el referido informe como QS32 se encuentra sobre el nivel del agua en pleamar, y, por tanto, es susceptible de apropiación, y, en lo que respecta a los demás accidentes geográficos en Quitasueño, la Corte considera que las pruebas presentadas por Colombia no pueden considerarse suficientes para establecer que ninguno de ellos constituye una isla, en virtud de la definición del derecho internacional decide que son elevaciones que emergen en baja mar.

Ahora bien, al examinar la cuestión de soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, La Corte consideró en primer lugar el Tratado de 1928, y, según sus términos, Colombia tiene soberanía sobre “San Andrés, Providencia y Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho Archipiélago de San Andrés”.

Sin embargo, el artículo I del Tratado de 1928 no especifica la composición del Archipiélago, y, el Acta de 1930 solamente fija el límite occidental del Archipiélago de San Andrés en el meridiano 82, no arrojando luces sobre su extensión al este.

Asimismo, el material histórico aducido por las partes en apoyo de sus argumentos no arroja luces sobre la composición del Archipiélago, por tanto, ni el Tratado de 1928 ni los registros históricos son concluyentes en materia de la composición del archipiélago de San Andrés, por ello, la Corte

consideró las reivindicaciones de soberanía formuladas por ambas partes sobre la base del principio del *Uti Possidetis Juris*.

El principio del *Uti Possidetis Juris* refiere a que, en el momento de la independencia, los nuevos Estados heredan los territorios y las fronteras de las provincias previamente coloniales, y, en atención a este principio, la Corte concluye que este principio no presta asistencia adecuada para determinar la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia, porque en los registros históricos no hay nada que indique claramente si habían sido atribuidos a las provincias coloniales de Nicaragua o de Colombia antes de la independencia de España o en el momento de producirse esta.

Seguidamente, la Corte consideró si podía establecer la soberanía sobre la base de las *effectivités* (comportamiento de un Estado por el cual manifiesta el ejercicio efectivo de autoridad sobre un territorio determinado).

La Corte señala que, como argumentación de Colombia, las *effectivités* confirman su título jurídico previo sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia.

La Corte consideró las distintas categorías de *effectivités* presentadas por Colombia, a saber: administración pública y legislación, reglamentación de actividades económicas, obras públicas, medidas de aplicación de la legislación, visitas navales y operaciones de búsqueda y rescate, y representación consular.

Por ello, y sobre la base de las pruebas existentes en el expediente de la causa, la Corte decide que, durante muchos decenios, Colombia actuó de manera continua y uniforme *à titre de souverain* en relación con los accidentes geográficos marítimos en controversia, siendo el ejercicio de autoridad soberana de carácter público, no habiendo pruebas de que se enfrentara a

alguna protesta de Nicaragua antes de 1969, cuando se cristalizó la controversia.

Es más, la prueba de las actividades de administración de Colombia con respecto a las islas contrasta con la ausencia de pruebas de actuaciones *à titre de souverain* por parte de Nicaragua, por tanto, la Corte concluye que los hechos constituyen gran apoyo a la reivindicación de Colombia, respecto de la soberanía sobre los accidentes geográficos marítimos en controversia.

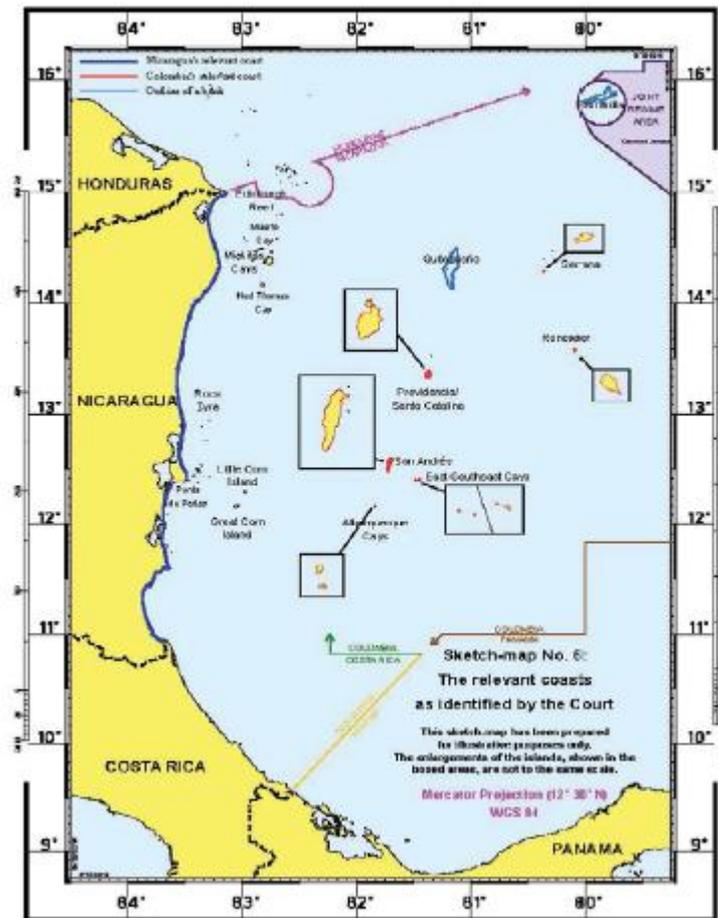
11.2 **Método de Delimitación marítima de la Corte**

Para la delimitación marítima a realizar, la Corte consideró las costas relevantes de Nicaragua y Colombia, siendo las longitudes relevantes de 531 kilómetros en el caso de Nicaragua, y de 65 kilómetros en el caso de Colombia, en una relación de aproximadamente de 1:8.2 a favor de Nicaragua.

Figura 4

Costas pertinentes de Nicaragua y Colombia determinadas por la Corte

Mapa esquemático No. 6
 Costas pertinentes determinadas por la Corte



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

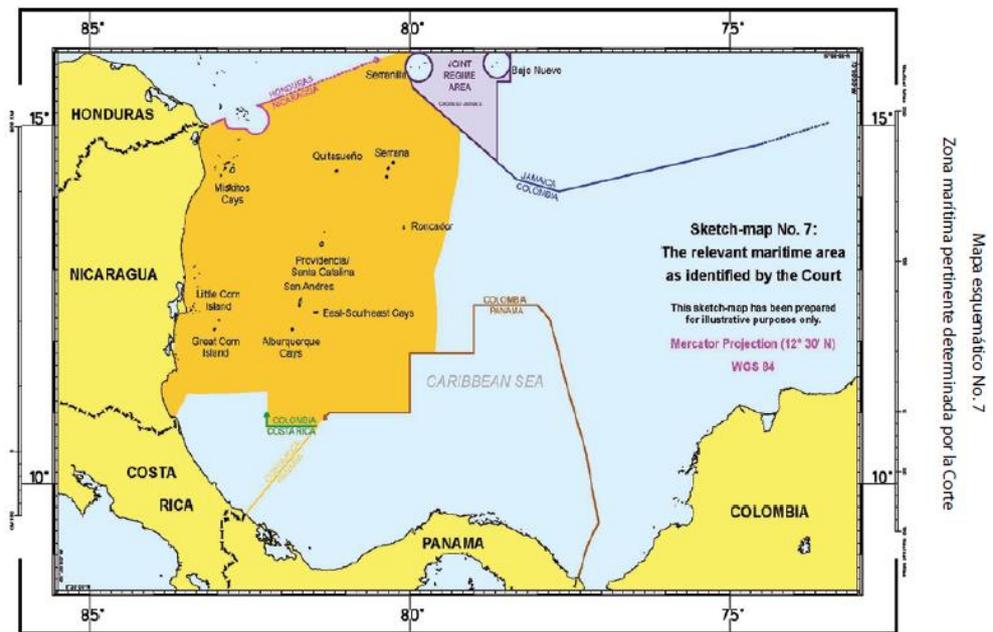
Sobre la zona marítima relevante, la Corte concluyó que el límite de la zona en cuestión al norte sigue la frontera marítima entre Nicaragua y Honduras, previsto en la sentencia de la Corte del 8 de octubre de 2007, hasta que se llega a los 16 grados de latitud norte. Luego continúa hacia el este hasta que alcanza el límite del Área de Régimen Común, y, a partir de ese punto, sigue el límite de esa zona, bordeando una línea a 12 millas náuticas de Serranilla, hasta que se cruza con la línea de 200 millas náuticas contadas desde Nicaragua.

Al sur, el límite del área relevante comienza al este en el punto en que la línea de las 200 millas náuticas de Nicaragua se cruza con la línea de límite

acordado entre Colombia y Panamá, y luego sigue la línea Colombia-Panamá hacia el oeste hasta llegar hasta la línea entre Colombia y Costa Rica, sigue esa línea hacia el oeste y luego hacia el norte, hasta que se cruza con una línea de equidistancia hipotética entre las costas costarricenses y nicaragüenses, siendo el área relevante aproximadamente de 209.280 kilómetros cuadrados.

Figura 5

Zona marítima pertinente determinada por la Corte -Aprox 209.280 km².



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

El método de delimitación utilizado por la Corte a fin de efectuarse la delimitación entre la superposición de las plataformas continentales y los derechos de la zona económica exclusiva consta de tres etapas, siendo la primera etapa la de fijar una línea de delimitación provisional entre los territorios de las partes; en la segunda etapa, la Corte considera si existen circunstancias pertinentes que puedan requerir un ajuste o un cambio de la equidistancia provisional/línea media, a fin de lograr un resultado equitativo; y, finalmente, en la tercera etapa, la Corte lleva a cabo una prueba de desproporcionalidad en la que evalúa si el efecto de la línea, una vez ajustada

o modificada, los respectivos tramos de las partes en el área común son claramente desproporcionados en relación con sus respectivas costas relevantes.

Con relación al trazado de la línea provisional, la Corte, para la costa de Nicaragua, utiliza los puntos de base ubicados en el Arrecife Edinburgh, Cayo Muerto, Cayos Miskitos, Cayo Ned Thomas, Roca Tyra, Isla del Maíz Pequeña e Isla del Maíz Grande.

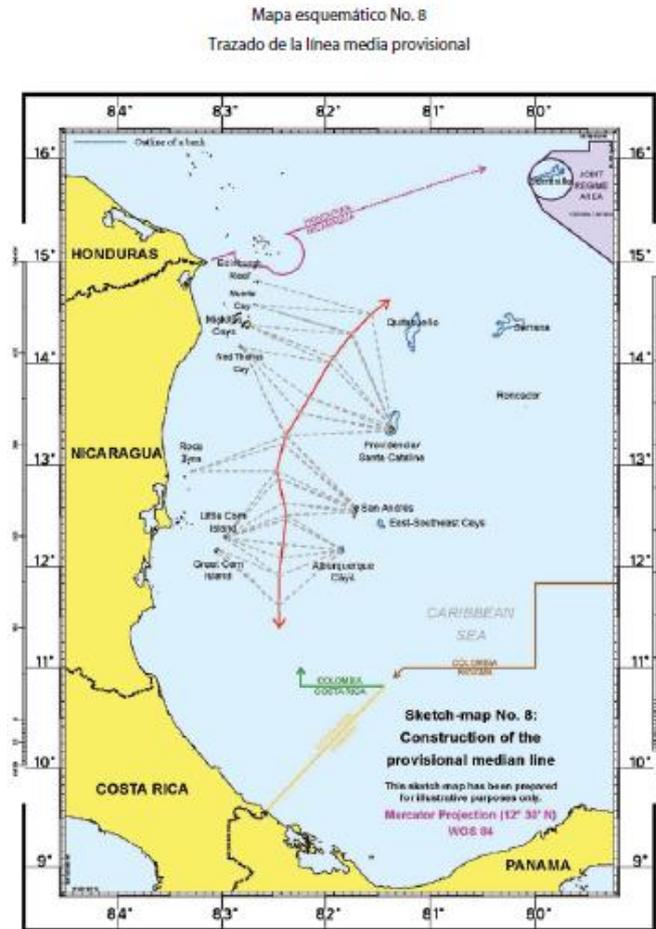
En lo que se refiere a la costa colombiana, la Corte considera que Quitasueño no deberá contribuir al trazado de la línea media provisional. La parte de Quitasueño que emerge sin duda en pleamar es un accidente geográfico minúsculo, cuyas dimensiones apenas alcanzan 1m², por ello, en caso de que ubicar puntos de base en accidentes geográficos marítimos de muy reducidas dimensiones provoque una distorsión de la geografía pertinente, resulta apropiado hacer caso omiso de ellos en el trazado de una línea media provisional.

En opinión de la Corte, tampoco deberían ubicarse puntos de base en Serrana ni en Cayo bajo. Los puntos de base de la parte colombiana, por tanto, se ubican en las islas de Santa Catalina, Providencia y San Andrés, y, en los cayos de Alburquerque.

Por tanto, la línea media provisional trazada a partir de estos dos conjuntos de puntos de base está controlada al norte por los puntos de base nicaragüense en Arrecife Edinburgh, Cayo Muerto y Cayo Miskitos, y por los puntos de base colombianos en Santa Catalina y Providencia; en el centro, por los puntos de base nicaragüense de Cayo Ned Thomas y roca Tyra, y las islas colombianas de Providencia y San Andrés; y en el sur, por los puntos de base nicaragüenses en Isla de Maiz Pequeña e Isla del Maíz Grande, y los puntos de base colombianos en San Andrés y Cayos Alburquerque, tal y como se observa en la siguiente imagen:

Figura 6

Trazado de la línea media provisional



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

La Corte, luego del trazado de la línea provisional, observó que las partes invocaron varias circunstancias diferentes que consideraban pertinentes para la consecución de una solución equitativa, por ello, la Corte examinó cada una de ellas concluyendo que:

- a) **Disparidad en la longitud de las costas pertinentes:** La Corte observó una diferencia sustancial en la longitud de las costas de cada una de las partes, lo cual es un factor a tener en cuenta para el ajuste o desplazamiento de la línea de delimitación provisional. En el caso, la disparidad entre la costa pertinente de Colombia y la de Nicaragua es de

aproximadamente 1: 8, 2, no cabiendo duda de que se trata de una disparidad sustancial, por tanto, la Corte considera la necesidad de un ajuste o desplazamiento de la línea provisional, especialmente, dadas las zonas marítimas superpuestas al este de las islas colombianas.

- b) **Contexto geográfico general:** La Corte no cree que deba darse merito alguno a las alegaciones de Nicaragua en el sentido de que las islas colombianas están ubicadas en la “plataforma continental de Nicaragua”. Se ha declarado repetidas veces que las consideraciones geográficas y geomorfológicas no son pertinentes para la delimitación de derechos superpuestos en el límite de 200 millas náuticas de las costas de los Estados.

No obstante, la Corte está de acuerdo en que la consecución de una solución equitativa exige que, en la medida de lo posible, la línea de delimitación permita que las costas de las partes generen sus efectos en términos de derecho marítimos de una manera razonable y equilibrada para ambas. La línea media provisional tiene como efecto privar a Nicaragua de aproximadamente tres cuartas partes de la zona en la cual se proyecta su costa. Por tanto, la Corte concluye que el efecto de privación es una consideración pertinente que hace necesario un ajuste o desplazamiento de la línea media provisional a fin de obtener un resultado equitativo.

- c) **Comportamiento de las partes:** La Corte no considera que el comportamiento de las partes en la presente causa sea tan excepcional como para constituir una circunstancia pertinente que requiera de por sí un ajuste o desplazamiento de la línea media provisional.
- d) **Consideraciones de seguridad y mantenimiento del orden:** La Corte afirmó que tendrá presente cualquier preocupación legítima por la seguridad al determinar los ajustes que debería haber en la línea media provisional o la forma en que debería desplazar dicha línea.

- e) **Acceso equitativo a recursos naturales:** La Corte considera que la presente causa no muestra problemas de acceso a recursos naturales tan excepcionales como para merecer un tratamiento en calidad de consideración pertinente.
- f) **Delimitaciones efectuadas en la zona :** Al respecto, la Corte acepta que el acuerdo de Panamá con Colombia equivale al reconocimiento por Panamá de la reivindicación de Colombia a la zona al norte y oeste de la línea fronteriza trazada en dicho acuerdo.

Igualmente, el tratado no ratificado entre Colombia y Costa Rica implica el reconocimiento, al menos potencial, por Costa Rica de las reivindicaciones de Colombia a la zona al norte y este de la línea fronteriza trazada en él, mientras que el acuerdo entre Colombia y Jamaica implica el reconocimiento por Jamaica de las reivindicaciones de Colombia a la zona al suroeste de la frontera del “Área del Régimen Común” de Colombia y Jamaica.

No obstante, la Corte no puede convenir con Colombia en que este reconocimiento equivalga a una circunstancia pertinente que deba tener en cuenta al efectuar una delimitación marítima entre Colombia y Nicaragua, ya que es un principio fundamental del derecho internacional que un Tratado entre dos Estados por sí mismo no puede afectar a los derechos de un tercer Estado, y , por ello, los Tratados celebrados entre Colombia y los referidos Estados no pueden conferir a Colombia derechos respecto de Nicaragua y frente a Nicaragua, relativos a una porción más extensa de la zona en la cual sus derechos marítimos se superponen.

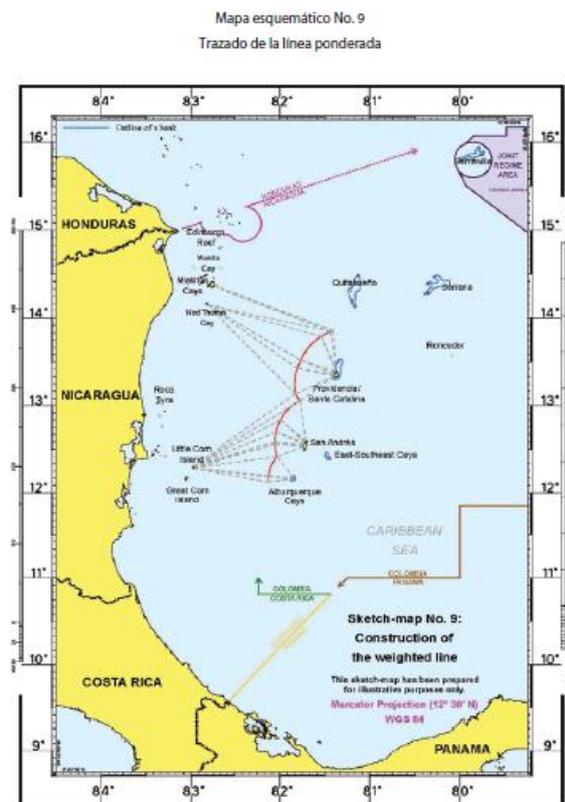
Además, la Corte observa que, tal como se establece en el artículo 59 del Estatuto de la Corte, es axiomático que un Fallo de la Corte no es vinculante para ningún Estado sino para las partes en litigio.

Ahora bien, una vez identificadas las circunstancias pertinentes que implican que una frontera marítima que siga el curso de la línea media provisional no produciría un resultado equitativo, la Corte procede al desplazamiento de la línea media provisional.

Es así como la Corte realizó un ajuste, en la segunda etapa del método utilizado, observando que la línea no podía ser desplazada tanto como para cortar el mar territorial de 12 millas náuticas en torno a ninguna de las islas colombianas, por ello, la Corte, en aras de alcanzar un resultado equitativo, procede asignando un valor ponderado de uno a cada punto de base colombiano y de tres a cada punto de base nicaragüense, y trazada sobre esa base, la línea ponderada termina con una forma curva y con un gran número de puntos de giros, lo cual puede crear dificultad en la aplicación práctica.

Figura 7

Trazado de la línea ponderada

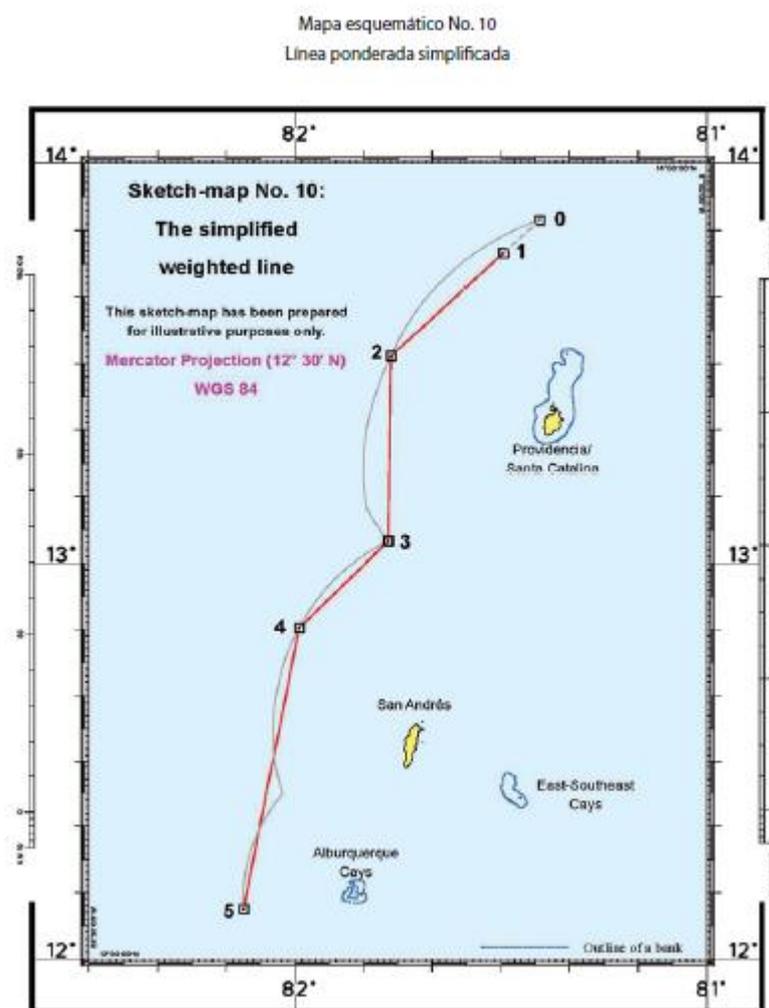


Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

La Corte, consciente de que tal configuración de la línea podía crear dificultades en la aplicación práctica, procede a un ajuste adicional mediante la reducción del número de puntos de giro y su conexión mediante líneas geodésicas, lo cual genera una línea ponderada simplificada.

Figura 8

Línea ponderada simplificada



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

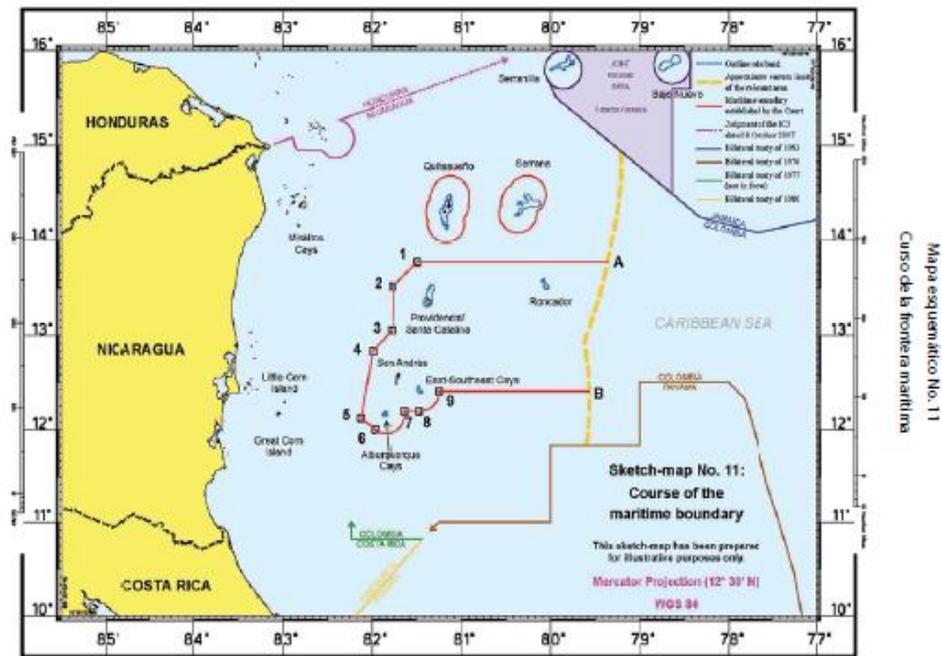
Es así como la línea trazada constituye la frontera entre los derechos marítimos de los dos Estados entre los puntos 1 y 5. Sin embargo, la prolongación de esa línea a las partes de la zona pertinente al norte del punto

1, o al sur del punto 5 no produciría un resultado equitativo, ya que, de prolongarse, Colombia poseería una parte significativamente mayor de la zona pertinente respecto de la otorgada a Nicaragua, aunque la costa pertinente de Nicaragua tiene una extensión más de ocho veces superior que la costa pertinente de Colombia.

Por ello, la Corte debía tener en cuenta tanto la disparidad de la extensión costera como la necesidad de evitar que se prive a ningún Estado de los espacios marítimos en los que se proyectan sus costas, por ello, se consideró que el resultado equitativo que otorga un peso ponderado adecuado a ambas consideraciones pertinentes se obtiene mediante la continuación de la línea fronteriza hacia la línea de 200 millas náuticas desde las líneas de base nicaragüense a lo largo de las líneas de latitud.

Figura 9

Curso de la Frontera marítima



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

Sobre Quitasueño y Serrana, la Corte consideró el uso de enclaves ofrece una solución más equitativa en esta región de la zona pertinente, dado que no pueden tener una anchura menor a 12 millas náuticas, dado que Quitasueño es una roca no apta para mantener habitación humana o vida económica propia, y, por tanto, se ajusta a la norma establecida por el artículo 121, párrafo 3 de la CONVEMAR, no teniendo derecho a una plataforma continental ni zona económica exclusiva.

Finalmente, con respecto a la tercera etapa, la Corte señala que no aplica un principio de proporcionalidad estricta, dado que la delimitación marítima no está diseñada para lograr siquiera una correlación aproximada entre la proporción de la extensión de las costas pertinentes de las partes y la proporción de sus cuotas respectivas de la zona pertinente.

La tarea de la Corte consiste en verificar si existe una desproporción significativa tan marcada como para “contaminar” el resultado, e impedir que sea equitativo.

En la presente causa, la aplicación de la línea ajustada tenía como efecto dividir la zona pertinente en una relación aproximada de 1 a 3,44 a favor de Nicaragua, a pesar de que la relación entre las costas pertinentes es de 1 a 8,2 aproximadamente.

La Corte concluye que, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que enmarcan el caso, el resultado obtenido por la aplicación de la línea adoptada a título provisional no hay desproporción alguna que conlleve a un resultado inequitativo.

CAPITULO II: ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

1. Fuentes del Derecho Internacional

Con relación al presente tema, y con relación al caso materia de análisis, es preciso mencionar que el estudio sobre las fuentes del derecho internacional se centra en la identificación de los mecanismos y procesos por el que se da origen a las normas internacionales”, y, “pueden definirse como aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas (Salmón, 2014).

De lo señalado, convenimos en indicar que las fuentes del derecho internacional son las productoras que las normas de derecho internacional, y este conjunto de normas de derecho internacional son aquellas por las cuales los sujetos de derecho internacional van a regular sus relaciones.

Ahora bien, cuando hablamos de fuente de derecho internacional aludimos al concepto de fuente formal creadora en su acepción más amplia, abarcando tanto los métodos de creación de normas de carácter general como aquellas que solo tienen carácter particular (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016).

Adicionalmente, cabe indicar que para la determinación de las fuentes del Derecho Internacional Positivo es forzosa una referencia al apartado 1.º del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (Pastor Ridruejo, 2016), que señala lo siguiente:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

- b) *La costumbre internacional como prueba de una practica generalmente aceptada como derecho;*
- c) *Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d) *Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”*

Al respecto, el autor Pastor Ridruejo señala que, con relación a las fuentes recogidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entiende comúnmente la doctrina que dicho apartado formula las fuentes del Derecho Internacional. Aunque tenemos que precisar por nuestra parte que las fuentes realmente autónomas son sólo dos: la costumbre y los tratados. Porque ya sabemos que los principios generales del Derecho constituyen una categoría normativa común a los Derechos Internos y al Derecho Internacional. En cuanto a las decisiones judiciales o jurisprudencia, tienen valor, a nuestro juicio, de costumbre judicial. La doctrina, por supuesto, no es fuente autónoma, sino un auténtico <<medio auxiliar>>” (Pastor Ridruejo, 2016)

Por su parte, la autora Elizabeth Salmón señala que: una observación a la lista del artículo 38 apunta a que solo pueden entenderse como fuentes del derecho a los tratados, la costumbre y a los principios generales del derecho. Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina serán solo medios auxiliares para la mejor interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional (Salmón, 2014).

Al respecto, consideramos que las fuentes principales son la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho, en tanto se aplican de manera directa para la resolución de un caso, y, por su parte, las fuentes auxiliares, o de evidencia, son tanto la jurisprudencia como la doctrina, dado que estas no se aplican de manera directa a un caso, sino que estas fuentes identifican otras fuentes de derecho internacional, o determinar su alcance, concordando plenamente con lo mencionado por la autora Elizabeth Salmón.

Ahora bien, es preciso mencionar que la lista que establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien es cierto menciona las fuentes que se van a aplicar para la resolución de un caso, no son las únicas fuentes de derecho internacional, ya que existen también los actos unilaterales de los estados y los actos de las Organizaciones Internacionales, las cuales pueden aplicarse directamente a un caso en concreto.

Otro punto importante que corresponde mencionar es lo referido a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, debiendo precisar que no existe jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece una jerarquía en el orden de su enunciación (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016)

Asimismo, y en atención a que no existe jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, en caso se susciten algún conflicto entre las fuentes existen criterios de aplicación a efectos de determinar la norma aplicable a cada caso, por ejemplo, el referido a que norma posterior prima sobre norma anterior, o, norma especial o particular prima sobre norma general.

Ahora bien, ya habiendo mencionado de manera general a las fuentes del derecho internacional, procederemos a ahondar solo sobre las fuentes convencionales y las fuentes consuetudinarias, por ser las aplicables directamente al caso materia de análisis.

La Costumbre Internacional

Con relación a la fuente consuetudinaria, norma consuetudinaria o la costumbre internacional, corresponde indicar que esta fuente ha venido rigiendo el derecho internacional desde antes de la segunda guerra mundial, y muchas de las disposiciones del derecho internacional se han basado en la norma consuetudinaria, como el derecho diplomático, por ejemplo.

Asimismo, el inciso b) del numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala que:

“Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme a derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

(...)

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”

Respecto de lo señalado en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, esta podría ser definida como el conjunto de actos repetidos de manera constante y uniforme por dos o más sujetos de derecho internacional, con la convicción de que dicha práctica es jurídicamente correcta. (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016)

Adicionalmente, y respecto de la definición de Costumbre Internacional que establece el inciso 1.b del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es preciso indicar que, la redacción del artículo es poco feliz en tanto la costumbre internacional no es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, sino que, por el contrario, lo cierto es que indica claramente su reconocimiento como fuente principal de derecho internacional. (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016)

Asimismo, es preciso mencionar que la formación de la costumbre internacional involucra la presencia de elementos que van a determinar su existencia, elementos constitutivos presentes en la definición previamente incoada.

Por ello, entendemos por costumbre internacional la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho, tal como se recoge en el apartado b) del art. 38 del Estatuto del T.I.J. De lo anterior se desprende que la costumbre está formada por dos elementos: el elemento material, de repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos y el

llamado elemento espiritual, u opinio iuris sive necessitatis, es decir, la convicción por parte de los sujetos de D.I. de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente. Así lo ha corroborado el T.I.J. en su Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre La legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, recordando la Sentencia de 3 de junio de 1985 en el Caso de la plataforma continental entre Libia y Malta (Diez de Velasco Vallejo, 2013)

Respecto de lo señalado, convenimos en reforzar lo anteriormente señalado, respecto a que la costumbre se define a partir de sus elementos, el elemento objetivo o material, y, el elemento subjetivo o psicológico, también conocido como *opinio juris sive necessitatis*.

Ahora bien, respecto de los elementos de la costumbre, corresponde mencionar que, el elemento material u objetivo requiere continuidad en el tiempo y se constituye por el comportamiento constante y uniforme de los sujetos de derecho internacional, eso es, la repetición de ciertas conductas durante un periodo de tiempo y que la practica sea frecuente.

Con relación a la practica seguida, la autora Elizabeth Salmon señala que: cuando se hace referencia a una práctica, se piensa inmediatamente que se trata de actos positivos; sin embargo, se considera que – en ciertas circunstancias - las omisiones también cuentan como practica (costumbre negativa). Al respecto, es preciso mencionar que ni la CPJI, en su momento, ni la CIJ descartaron esta posibilidad. De hecho, en el caso Lotus, frente a la argumentación de Francia de que, en casos de colisión, los procesos criminales solo se presentan ante los tribunales del Estado del Pabellón, la CPJI sostuvo que: (...) los Estados, en la práctica, usualmente se han abstenido de iniciar procesos criminales y no probaría que ellos reconocen estar obligados a actuar de ese modo; ya que solo sería posible hablar de una costumbre internacional si dicha abstención estuviera basada en una convicción del deber jurídico de abstenerse (Salmón, 2014)

Ahora bien, con relación a la temporalidad y a la espacialidad, es preciso indicar que, en nuestros días, la práctica no necesariamente debe ser larga, así lo reconoció la

Corte Internacional de Justicia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, en el cual señaló que la practica puede realizarse en un plazo corto, siempre que esta sea extensa y uniforme en el espacio (Salmón, 2014).

Por otro lado, con relación al elemento subjetivo, esta se refiere a la consciencia de obligatoriedad de la practica que se está realizando, bajo la idea de que se está cumpliendo con una regla jurídica obligatoria.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en los casos referidos a la Plataforma Continental del Mar del Norte, en su párrafo 77º, señaló lo siguiente:

“Los actos considerados no solo deben representar una practica constante, sino que además deben atestiguar por su naturaleza o la manera como se realizan la convicción de que esta practica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho.

La necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo está implícita en la noción misma de la opinio iuris sive necessitatis. Los Estados deben, pues, tener el sentimiento de que se conforman a lo que equivale a una obligación jurídica.”

Finalmente, es preciso indicar que la doctrina de los publicistas coincide en señalar cinco características de la costumbre internacional: En primer lugar, la costumbre se destaca como la fuente más antigua del Derecho Internacional; hasta mediados del siglo XIX era entendida como la única fuente de esta disciplina. En segundo lugar, la costumbre se caracteriza por ser la fuente más fecunda y abundante, en tanto la gran mayoría de normas del derecho internacional sigue estando regulada por costumbres y, dentro de estas, existen algunas de gran importancia como es el caso de las referidas al ámbito de la responsabilidad internacional. En tercer lugar, la costumbre es la regla más dúctil, en la medida que se adapta fácilmente a los cambios y transformaciones que se suceden en el tiempo. Su composición y estructura general facilita su evolución y ajuste. En cuarto lugar, la costumbre es la fuente más flexible, en tanto permite oposición, eso es, que ciertos Estados puedan eximirse de su cumplimiento. Finalmente, se señala que la costumbre es la fuente que, juntamente

con los principios generales del derecho, logra mayor grados de universalidad, es decir, de aceptación por parte de los Estados. (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016).

Tratados Internacionales

Ahora bien, corresponde mencionar que cuando el estatuto hace referencia a convenciones internacionales se esta refiriendo a los Tratados, y, al respecto cabe indicar que no importa la nomenclatura o término empleado, lo que importa es la voluntad de los estados de comprometerse en el ámbito del derecho internacional, y de asumir obligaciones, con independencia del nombre.

Ahora bien, con relación a la definición de tratado, es preciso indicar que desde el punto de vista general, podemos indicar que un tratado es un acuerdo de voluntades alcanzado por dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes y regulado por el derecho internacional. (Salmón, 2014)

Sin perjuicio de lo señalado, es preciso mencionar también que tradicionalmente, el estudio de los tratados se centra en la Convención de Viena de 1969, y al respecto, corresponde atender lo señalado por los autores Fabian Novak y Luis García - Corrochano, los cuales señalan que: será con la aparición de las organizaciones internacionales en el siglo XX tales como la Sociedad de Naciones (SDN) en 1917, y luego la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 y la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948, que se inicia un intensivo proceso codificador. Esto debido a que, en su seno, estas organizaciones crearían órganos que tendrían precisamente como propósito consolidar un proceso codificador a nivel regional y universal. (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016)

Asimismo, los referidos autores señalan también que en el ámbito de las Naciones Unidas, la Asamblea General creó por Resolución 174, del 21 de noviembre de 1947, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) con el objeto de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, esto es, elaborar proyectos

de tratados sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado normas suficientemente desarrolladas, y, asimismo, formular de manera más precisa y sistematizar las normas en materias en las que ya existe amplia práctica de los Estados, así como precedente y doctrina. Precisamente, ha sido la CDI la que, en cumplimiento de sus objetivos, elaboró la actual Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, destinada a regular todo el proceso de celebración, nulidad, terminación y modificación de los tratados internacionales (Novak Talavera & García-Corrochano Moyano, 2016)“

Ahora bien, sobre la definición de Tratados establecido por la Convención de Viena de 1969, es preciso mencionar que el inciso a) del artículo 2, señala que:

*“2. Términos empleados. 1 Para efectos de la presente Convención:
a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.
(...)”*

De lo señalado por los referidos autores, es preciso tener en cuenta que la Convención de Viena de 1969 no abarca todo el derecho de los tratados, dado que, de la definición contenida en su artículo 2, se desprende que el tratado es solo aquellos que cumplen con los siguientes elementos:

- Acuerdo Internacional: concierto de voluntades entre los Estados manifestados a través de sus representantes.
- Forma escrita: Es decir, formalizado por escrito a través de instrumentos oficiales.
- Entre Estados: Convención de Viena de 1969 solo es aplicable a los Estados
- Bilateral o Multilateral: Dos o más partes.

- Efectos entre las partes: Efecto Res inter alios Acta, es decir, los efectos solo son exigibles entre los estados que manifestaron su consentimiento en obligarse.
- Regido por el Derecho Internacional: Efectos exigibles en el Derecho Internacional
- El título que reciba es irrelevante: Lo importante es la voluntad con la que se pacta.

Adicionalmente a lo señalado, es preciso indicar que, la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados también reconoce a los acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de su Convención, por ello, indica en su artículo 3 que, el hecho de que la Convención no se aplique a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o a estos otros sujetos de derecho internacional, ello no afecta el valor jurídico de tales acuerdos.

Es preciso mencionar también que el mayor aporte de la CVT es haber incluido reglas consuetudinarias ya existentes, algunas en vías de codificación (necesarias para tener un panorama completo de funcionamiento de los tratados), y, en otros casos, reglas que en aquel momento no eran consuetudinarias, pero que-debido a la aceptación alcanzada por la CVDT- han llegado a obtener el estatus de costumbre internacional. Em ese sentido, algunas de las disposiciones mencionadas serán normas consuetudinarias en formación (in statu nascendi); mientras que otras alcanzarán el estatus de norma consuetudinaria recién a partir de la CVDT (Salmón, 2014).

Lo referido es una cuestión de relevancia, la cual se deriva de las principales funciones que tiene la Comisión de Derecho Internacional, a saber: la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Respecto a la codificación del derecho internacional, es preciso mencionar que esta se refiere a poner por escrito las normas que ya existen en la costumbre internacional o como principio general del derecho internacional, lo cual plasma en una norma escrita a la norma ya existente.

Por otro lado, con relación al desarrollo progresivo del derecho internacional, corresponde indicar que en este caso, la norma de derecho internacional no existe, o, se manifiesta una practica que se está repitiendo pero que aún no queda claro de que esta sea una norma consuetudinaria, es por ello que, en estos casos, la Comisión de Derecho Internacional estudia el tema verificando si necesita una regulación o no, además, verifica el comportamiento de los Estados frente a la practica en formación, y en función a todo ello elabora un proyecto de artículos que pone luego a disposición de los Estados a efectos de que pueda concretarse un Tratado.

Ahora, es importante mencionar también que, en la ejecución de estas funciones, de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, se evidencia la simbiosis entre la Costumbre Internacional y los Tratados, lo cual mencionaremos a continuación, a razón de que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar -CONVEMAR refleja perfectamente esta interrelación.

2. Interrelación entre la Fuente Convencional y la Fuente Consuetudinaria reflejado en los espacios marinos establecidos en la CONVEMAR

De manera preliminar, es preciso mencionar que una de las características del derecho internacional es que una misma norma puede estar contenida en varias fuentes a la vez, y, al respecto no es extraño encontrarnos con tratados que contienen normas consideradas como derecho consuetudinario, o que ciertos Estados estén obligados debido precisamente a su carácter consuetudinario (Salmón, 2014).

Es por ello por lo que la costumbre y el tratado pueden relacionarse, ocasionando tres tipos de efectos: generador o constitutivo, declarativo y cristalizador.

Respecto del efecto declarativo, este efecto se genera en los casos en que el tratado recoge una costumbre ya existente y la plasma en su texto. Este fue el caso, por ejemplo, del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. En la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados por la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia la Corte Internacional de Justicia declaró que el referido

artículo, que en su momento no se encontraba en vigor, podía considerarse codificación de una norma consuetudinaria ya existente. (Salmón, 2014)

Con relación al efecto generador o constitutivo, parte de que no existe una costumbre, y el tratado genera una practica que luego genera costumbre, se refiere a que el tratado sirve de punto de partida, el cual, seguido de la práctica de los Estados, conducirá a la formación de una costumbre. En opinión de la CIJ, para que se produzca este efecto, debe tratarse de (a) una disposición de carácter normativo y que pueda constituir así la base de la regla general del derecho; (b) la convención no debe ser objeto de reservas; (c) debe contarse con una participación grande y representativa, a condición que comprenda a los Estados particularmente interesados; (d) que en un lapso, así sea breve, desde la entrada en vigor de la convención, lapso, así sea breve, desde la entrada en vigor de la convención, la práctica de los Estados particularmente interesados haya sido frecuente y prácticamente uniforme de manera que establezca un reconocimiento general del que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego. Finalmente, es preciso resaltar que el hecho de que coincida en contenido no significa que las normas convencionales queden suplantadas hasta el punto de que no tengan existencia y virtualidad propias (Salmón, 2014).

Es preciso mencionar también que los comportamientos que implican el cumplimiento del tratado no generan costumbre, también, que los comportamientos adicionales distintos a las normas del tratado si pueden convertirse en costumbre y, se puede dar el caso en el cual un tratado da paso a la creación de una costumbre y si el tratado termina, en el caso que tenga un lapso de vigencia, la costumbre generada subsiste a la norma convencional.

Ahora, con relación al efecto cristizador, este se genera cuando existe una practica que aún no es una costumbre, dado que aún no hay una evidencia de la *opinio juris*, es decir, la costumbre aún se encuentra en proceso de formación, y, luego, en un tratado se manifiesta la *opinio juris* de los sujetos de derecho internacional, terminando el proceso de formación de la costumbre.

Sobre este último efecto, la autora Elizabeth Salom señala que está referido a los supuestos en los que el tratado permite la consolidación de una costumbre en formación. Mediante este procedimiento la disposición consuetudinaria, que hasta este momento no había alcanzado su madurez, termina de formarse. Es decir, partimos del supuesto de que no existe una norma consuetudinaria consolidada, sino más bien una que se encuentra *in status nascendi* al momento que se inicia el proceso convencional. En tal sentido la cristalización se va a lograr gracias a la reacción de los Estados frente a las negociaciones y consultas durante el trabajo *in curo*, con miras a la adopción del tratado (Salmón, 2014)

Ahora bien, estos efectos producto de la interrelación entre la fuente consuetudinaria y la fuente convencional se reflejan de manera clara en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar -CONVEMAR.

Es preciso mencionar que la CONVEMAR es producto de los esfuerzos de Naciones Unidas, a través de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la cual elaboró un proyecto de artículos en base a su estudio realizado sobre esta materia, en aras de su función de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, y, producto de ello se impulsó la realización de tres conferencias internacionales, la primera del año 1958 celebrado en Ginebra, la segunda realizada en el año 1960 y, finalmente, la tercera conferencia que tuvo un proceso de negociación de 9 años, desde 1973 hasta 1982, en la cual se suscribe la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar- CONVEMAR.

Ahora bien, de manera muy sucinta, procederemos a explicar lo relevante de las tres conferencias, para efectos de explicar la interrelación entre la costumbre y el tratado.

En la primera conferencia, llevada a cabo en Ginebra, en el año 1958 se adoptaron cuatro convenciones, la Convención sobre el Mar Territorial y Zona Contigua, la Convención sobre Altamar, la Convención sobre el Régimen de pesca y recursos vivos en Altamar, y, la Convención sobre Plataforma Continental.

Respecto de esta última, es preciso mencionar que ya había existido una práctica de los Estados ribereños referidos a la reivindicación sobre esta zona. De hecho, en el año 1945 el presidente de Estados Unidos Harry Truman realiza dos reivindicaciones de poner bajo jurisdicción norteamericana los recursos naturales del subsuelo y del lecho marítimo de la plataforma continental bajo el altamar (de Azcárraga y Bustamante, 1949). Subsecuentemente, otros países empezaron a realizar reivindicaciones sobre referido espacio, países como Nicaragua, Argentina, Chile, el Perú, México, siguieron el ejemplo de Estados Unidos.

Lo mencionado es relevante ya que se puede apreciar la interrelación entre la costumbre y la Convención sobre Plataforma continental, la cual reflejó la práctica de los estados referidos a las proclamaciones de soberanía respecto de este espacio marino, lo cual se terminó de plasmar en la Conferencia sobre Plataforma Continental y, en la CONVEMAR, posteriormente.

Cabe señalar, si bien es cierto la primera conferencia es importante, porque incorpora dos nuevos regímenes, el de zona contigua y plataforma continental, así como se desarrollan las características de cada espacio, los Estados no se logran poner de acuerdo sobre la extensión de cada espacio marino.

Asimismo, es preciso mencionar también que en este periodo los Estados ya estaban reivindicando también la soberanía sobre la columna de agua que cubre la plataforma continental, lo que la CONVEMAR denomina Zona Económica Exclusiva, lo cual evidencia la práctica de los Estados, especialmente latinoamericanos, en manifestar soberanía sobre las 200 millas marinas.

Ahora bien, habiéndose dejado puntos pendientes en la primera conferencia, referida a la extensión de los espacios marinos, se celebra la segunda conferencia en el año de 1960, en Ginebra, con la participación de 88 países, en la cual se promueve la negociación de asuntos que habían quedado sin dilucidar de la primera conferencia.

Para esta fecha, es preciso mencionar que la práctica de los Estados en reivindicar derechos sobre la plataforma continental, así como derechos sobre la columna de

agua que las cubre ya se había extendido bastante entre los Estados, a pesar de que no se habían logrado poner de acuerdo en el marco de la negociación sobre la extensión de los espacios marinos ya reconocidos en la primera conferencia, lo cual permite evidenciar que la práctica fue más rápida que el establecimiento de un acuerdo materializado en un Tratado.

Es preciso indicar que en esta segunda conferencia no se logra adoptar un acuerdo ni un resultado concreto, aunque en la práctica ya se estaba formando la soberanía sobre las 200 millas marinas como zona preferente de los Estados para la extracción de recursos, entre otros.

Ahora bien, con relación a la tercera conferencia de Naciones Unidas Sobre Derecho del Mar, es preciso mencionar que esta tuvo un proceso de negociación de 9 años, la cual inicia en el año 1973, en la Sede de Naciones Unidas de Nueva York, y termina con la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar – CONVEMAR, en Montego Bay, Jamaica, en el año 1982, siendo el proceso más largo de negociación, un año por encima al proceso de negociación del Acuerdo de Marrakech por el cual se establece la OMC, que duró 8 años.

Lo relevante de la CONVEMAR, es el consenso respecto de la extensión del mar territorial y zona contigua, las cuales no fueron determinadas en la primera y segunda conferencia, las cuales son de 12 y hasta 24 millas marinas, respectivamente.

Asimismo, se incorporan, el régimen de la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y el Régimen de los Fondos Marinos (La Zona), además de la creación de tres importantes entidades, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (La Empresa), el Tribunal Internacional del Mar y la Comisión de Límites de la Plataforma Continental.

Lo relevante de lo señalado, es que, a partir de la entrada en vigor de la CONVEMAR, en 1994, ya muchas de sus disposiciones formaban parte de la costumbre internacional, así, por ejemplo, lo refirió el Perú, en el marco del conflicto con Chile ante la Corte Internacional de Justicia, dado que, al no ser parte de la

CONVEMAR, solicitó se apliquen las disposiciones referidas a los espacios marinos, toda vez que esta se le aplicaba por Costumbre internacional.

Asimismo, en el presente caso materia de análisis, Colombia tampoco es un Estado parte de la CONVEMAR, sin embargo, reconoció que algunas de sus disposiciones le resultaban aplicables por Costumbre Internacional.

3. Colombia y la CONVEMAR

El 10 de diciembre de 1982, la República de Colombia suscribió la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sin embargo, no la ha ratificado, ubicándola en un limitado grupo de países que están en la misma situación frente a 164 Estados que si han ratificado o adherido a la Convención. (Cadena afanador & Devia Garzón, 2012)

Al respecto, los autores Walter Cadena y Camilo Devia, señalan que el Derecho del Mar consagrado en las tres Convenciones de Naciones Unidas, planteó para Colombia desde su mismo proceso de negociación a partir de finales de la década de 1960 y comienzos de la década de 1970, una preocupación capital respecto de la necesidad de establecer la delimitación marítima de las aguas marinas y submarinas con los países vecinos. Este accionar obedeció a una estrategia de negociación bilateral que acogió criterios recogidos por dichas convenciones y por el principio del *uti possidetis juris* de 1810 (Cadena afanador & Devia Garzón, 2012).

Además, los referidos autores también señalan que frente a la Convención del Derecho del Mar de 1982, Colombia tuvo un papel protagónico en su redacción y promulgación, al ser uno de los 130 países que la aprobaron. Sin embargo, su no ratificación obedece a una posición estatal en materia de política exterior que ha sido consistente y confidencial. Un aspecto que ha incidido en esta decisión es la existencia de diferendos marítimos que han existido con algunos países, en particular, con Venezuela, Nicaragua y Ecuador (Cadena afanador & Devia Garzón, 2012)

Ahora bien, en el presente, el análisis respecto de las circunstancias actuales de Colombia, a efectos de volcar su decisión inicial y optar por ratificar la CONVEMAR se sujetan estrictamente al reexamen de los impedimentos que en su momento no le permitieron ratificar el Tratado, tomando en cuenta que, a pesar de no ser parte de la CONVEMAR, muchas de sus disposiciones le resultan aplicables por Costumbre Internacional.

4. **Nicaragua y la CONVEMAR**

Nicaragua, por el contrario de Colombia, si es un Estado parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar – CONVEMAR, ya que suscribió la Convención el 09 de diciembre de 1984 y la ratificó el 03 de mayo de 2000, por tanto, sus disposiciones le resultan aplicable, por formar parte del Tratado, así como por costumbre internacional.

CAPITULO III: METODO DE DELIMITACION MARITIMA

1.- Evolución del Método y su aplicación al caso concreto

Tal y como lo señala el Autor Paul Duclos: La delimitación marítima consiste en un ejercicio de determinación de espacios marítimos a partir de una superposición de áreas que se proyectan y que se ha generado en las últimas décadas una amplia jurisprudencia tanto de la CIJ como de otros Tribunales internacionales (Duclos, 2015).

El referido autor, señala también que se puede hablar de dos periodos principales en la evolución del proceso de delimitación marítima, la cual puede considerarse, en gran medida, como una creación de los trabajos y reflexiones de la CIJ. En un primer momento (de 1969 a 1992) se privilegia una aproximación orientada al resultado equitativo sobre la base de la utilización de principios equitativos. En un segundo Periodo, que se inicia en 1993 con el caso Jan Mayen, se aplica por primera vez el trazado de una línea media provisional inicial a ser luego contrastada con la existencia de circunstancias relevantes. Posteriormente, desde el año 2001, con el caso entre Catar y Bahrein, este método fue asimilado al derecho consuetudinario, y reconocido en el contenido de los artículos correspondientes de la CONVEMAR. (Duclos, 2015)

Cabe indicar, el referido método fue dividido en tres fases diferenciadas y fue aplicado en el caso entre Rumania contra Ucrania en el año 2009, elevando al examen de proporcionalidad, de su condición previa de circunstancia relevante, a una fase final en el proceso, dirigida a verificar que el resultado no conduzca o produzca uno inequitativo (Duclos, 2015).

Asimismo, es preciso mencionar que hay casos en los cuales la Corte Internacional de Justicia no aplicó el método de delimitación marítima tradicionalmente utilizado, argumentando la existencia de circunstancias particulares, este fue el razonamiento utilizado en el diferendo marítimo entre Nicaragua y Honduras en el 2007.

Ahora bien, con respecto del caso materia en cuestión, es preciso mencionar que, Nicaragua no estaba de acuerdo con que la Corte Internacional de Justicia aplique el método de delimitación en función a los principios de equidistancia y circunstancias relevantes, tal y como lo había decidido la Corte en la sentencia sobre excepciones preliminares del 2007.

Caso contrario era la posición colombiana, quien defendía la aplicación del método de equidistancia/circunstancias relevantes, utilizado progresivamente por la Corte Internacional de Justicia, el cual se inicia con el trazado de una línea media, en el caso de países con costas opuestas, para luego establecer la existencia de circunstancias relevantes que puedan modificar dicha línea en aras de alcanzar un resultado equitativo, y, finalmente, la prueba de desproporcionalidad, que era desconocida por Colombia, en tanto contraria a sus intereses. (Duclos, 2015)

Al respecto, y ante la diferencia de posiciones de las partes, la Corte Internacional de Justicia, luego de descartar la posición nicaragüense, señaló que la metodología que normalmente emplea para el traslape de la plataformas continentales y la ZEE consta de tres etapas, y que en el presente caso es perfectamente factible de ser aplicado. Agregó que el hecho de que gran parte de la zona en controversia quedara detrás de la línea media provisional podría ser una importante circunstancia por considerar para producir un ajuste en la línea.

Es así como la Corte Internacional de Justicia aplicó el método “Equidistancia/circunstancias especiales” cuyos tres pasos son: 1) El trazado de una línea media provisional, 2) Consideración de Circunstancias relevantes y, 3) La prueba de desproporcionalidad, los cuales detallaremos a continuación:

1) Trazado de la línea media provisional

Para el trazado de una línea media provisional se debe iniciar por la identificación de las costas y del área marítima relevante, ya que para determinar las costas pertinentes debe establecerse con precisión las áreas reclamadas que se traslapan.

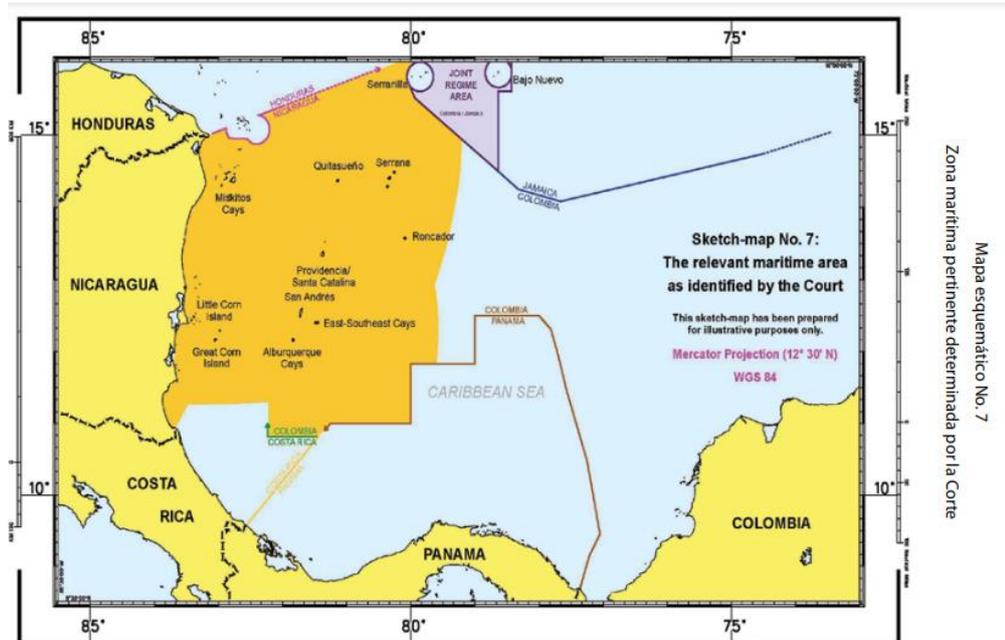
En el caso materia de referencia, la Costa relevante de Nicaragua era de aproximadamente 531 km, a ser proyectadas desde un grupo de islas paralelas a su territorio, y, en caso de Colombia, las costas relevantes involucraban todo el contorno de las islas descartando el pedido de Nicaragua de que solo se considere su proyección hacia el este, con un total de 65km, en una proporción aproximada de 1.8,2 a favor de Nicaragua. (Duclos, 2015)

Una vez determinadas las Costas, se establece el área relevante, que es donde el potencial de derechos donde ambos Estados se traslapa, con una proyección de hasta 200 millas marinas. Cabe indicar, en el presente caso se hizo una aproximación, dado que Nicaragua no notificó al secretario general de la ONU sus líneas de base (Duclos, 2015).

En el caso entre Nicaragua y Colombia, la Corte Internacional de Justicia determinó que el área relevante tenía aproximadamente 209.280 km, tal y como se observa en la siguiente imagen:

Figura 10

Zona marítima pertinente determinada por la Corte



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

Es preciso tomar en cuenta también, el área relevante no puede incorporar espacios con intereses jurídicos de terceros estados, en aplicación del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 59

La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”

Asimismo, es preciso tener en cuenta que la selección de los puntos de base es un aspecto importante para el diseño de la línea media provisional. Esta se irá construyendo, utilizando una distancia igual de los puntos de base contribuyentes más próximos de las costas pertinentes (Duclos, 2015).

Así lo refiere el artículo 15 de la CONVEMAR, la cual señala que:

“Artículo 15: Delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o situados frente a frente.

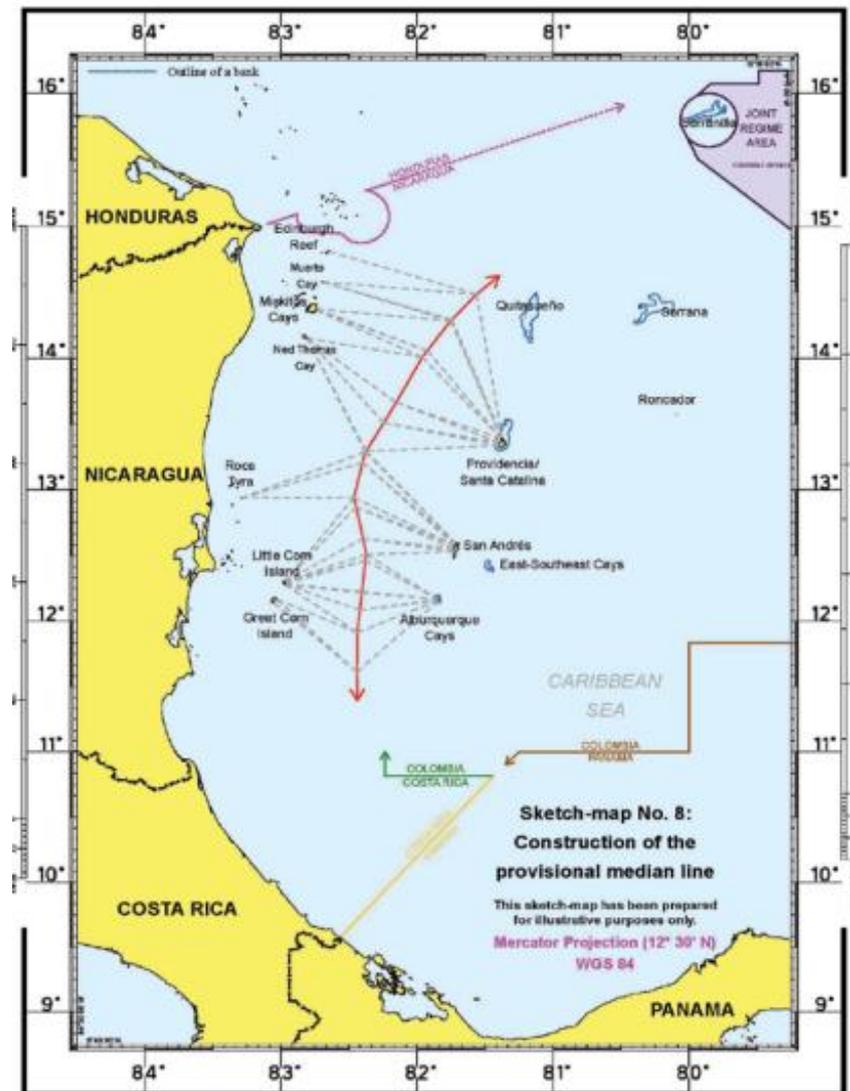
Cuando las costas de dos Estados sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. (...)”

Al respecto, el autor Paul Duclos afirma que la selección de los puntos contribuyentes es abierta, pues la CIJ no tomará en cuenta todos los puntos de base propuestos por las partes, en función de la flexibilidad que requiere para alcanzar un resultado equitativo. La jurisprudencia muestra la exclusión de formaciones menores o la remoción de su influencia (efectos parciales) en el curso de la línea cuando las mismas bloquean, distorsionan o producen un efecto desproporcionado a su importancia relativa en el caso, es decir, impidiendo alterar la línea provisional de una manera indeseada. (Duclos, 2015)

En el caso de delimitación entre Nicaragua y Colombia, la Corte Internacional de Justicia determinó los puntos de base de Nicaragua y Colombia, sin considerar a las islas de Quitasueño ni Serrana y procedió a trazar la línea media provisional respectiva, tal y como se observa en la presente imagen:

Figura 11:

Construcción de la línea media provisional



Tomada de: Corte Internacional de Justicia. (Imagen) Fallo de 2012

- 2) Con relación al segundo paso, referido a la consideración de las circunstancias relevantes, este se enfoca en la consideración y evaluación de factores que, debido a

su relevancia, ameriten la adaptación o modificación de la línea provisional trazada, para la obtención de un resultado equitativo.

Con relación a este punto, es preciso indicar que generalmente se le ha otorgado una mayor importancia como circunstancia relevante a los factores geográfico, desempeñando el resto de las consideraciones un papel más modesto. Las principales circunstancias que han afectado el curso de trazado de la línea limítrofe son la extensión y la forma de las costas, así como la presencia de islas en la zona a ser delimitada. (Duclos, 2015)

En el caso entre Nicaragua y Colombia, la Corte Internacional de Justicia examinó diversos elementos invocados por las partes como circunstancias pertinentes, tales como: Disparidad entre la longitud de sus costas, contexto geográfico general, conducta de las partes, consideraciones de seguridad, cooperación con terceros Estados, regulaciones pesqueras, elementos sociales, operaciones de rescate, entre otros.

Es así como, en función a las circunstancias relevantes encontradas, (la disparidad en la longitud de las costas y el efecto de bloqueo de la proyección de las partes), y en función de la flexibilidad que le ofrece este método para innovar y utilizar técnicas creativas que se adapten a la geografía específica, la Corte decide en primer lugar desplazar la línea media, hacia el este, pero sin cortar las 12 millas náuticas alrededor de las islas. La CIJ estableció una nueva línea media con una ponderación de 3 a 1, es decir otorgando un peso de 3 (distancia más alejada) a los puntos contribuyentes de Nicaragua por uno de Colombia, cuyo resultado luego fue conectado a través de líneas geodésicas para generar una línea simplificada.

Cabe indicar también, la CIJ descartó utilizar en dicho trazado a Quitasueño y Serrana, en tanto producían una modificación desproporcionada al referido trazado, optando en este caso por el uso de enclaves y le otorga a cada una un mar territorial de 12 millas. El uso de estas nuevas técnicas constituye opciones válidas y creativas perfectamente compatibles con la metodología del caso (Duclos, 2015).

- 3) Finalmente, el tercer paso se refiere a la prueba de desproporcionalidad, la cual fue seguida desde el caso del Mar Negro, en la cual la Corte Internacional de Justicia observa si existe una desproporción significativa entre las costas relevantes y los espacios obtenidos, a fin de considerar si se requieren realizar ajustes adicionales (Duclos, 2015).

Es preciso mencionar que, en este paso no se exige una estricta proporcionalidad y tampoco una certeza fehaciente, es decir, basta que la desproporción no sea significativa y el análisis va a depender de cada situación en concreto.

Ahora bien, respecto del caso entre Nicaragua y Colombia, luego de que la línea fuera ajustada, la relación quedó de 1:3.44 a favor de Nicaragua frente a una relación de longitudes de 1:8.2 aprox. (La Corte consideró que esta desproporción no es tan grande como para hacer inequitativo el resultado. Debe notarse también que no existe un criterio objetivo para determinar una desproporción, lo cual hace difícil explicar este tercer paso, aunque puede considerarse que forma parte de la flexibilidad necesaria que deben poseer los Tribunales. Duclos, 2015)

Es así como la Corte Internacional de Justicia, por unanimidad determinó la línea de frontera, así como el enclave de las islas Quitasueño y Serrana.

CONCLUSIONES

Respecto del análisis efectuado, es posible concluir que la Corte Internacional de Justicia, en el presente caso ha consolidado la aplicación del método “Equidistancia/Circunstancias especiales”, la cual se ha ido construyendo en base a un proceso que se ha venido manifestando en las resoluciones de los casos de delimitación precedentes, lo cual contribuye a la predictibilidad, y, a su vez, el método empleado a su vez cuenta con un grado de flexibilidad, que permite su ajuste en circunstancias especiales, lo cual va a depender de cada caso en particular.

Por ello, concordamos con el autor Paul Duclos, en tanto señala que el referido método cuenta asimismo con la capacidad de acomodarse a las características especiales de cada caso, contando con un amplio margen de maniobra, configurando un término medio apropiado entre la flexibilidad y la predictibilidad para esta tarea. Ello se manifiesta en diversas etapas como la determinación de los puntos contribuyentes para la línea provisional, el tratamiento de las islas, la aplicación de las circunstancias pertinentes y la prueba de proporcionalidad, reafirmando como lo señala Khan que los modernos principios de la delimitación no constituyen una ciencia”. (Duclos, 2015).

Finalmente, es preciso mencionar que, si bien es cierto, una de las características del derecho internacional es que no existe un órgano jurisdiccional centralizado, y que los Estados, en ejercicio de su soberanía son capaces de escoger el fuero de solución de sus controversias, ya sea mediante arreglo judicial o arbitraje, solo por mencionar los mecanismos jurisdiccionales, lo cierto es que la Corte Internacional de Justicia constituye la mayor fuente de jurisprudencia en este tipo de conflictos, y, en concordancia con los autores Julio Baeza y Pablo Poblete: En efecto, la Corte Internacional de Justicia de la Haya, ha aportado con una decena de fallos relevantes respecto de diferendos de delimitación marítima: En 1969, en el caso de la plataforma continental del mar del Norte entre la República Federal Alemana con Dinamarca, y con los Países Bajos; en 1982, en el de la plataforma continental entre Túnez y Libia; en 1984, en la delimitación e la frontera marítima en el Golfo de Maine entre Canadá y Estados Unidos; en 1985, sobre la plataforma continental entre Libia y Malta; en 1993, la delimitación marítima entre Groenlandia y Jan Mayen; el 2001 la delimitación

marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrein; el 2002, la frontera marítima entre Camerún y Nigeria; el 2007, en la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras; el 2009, en la delimitación marítima en el Mar Negro entre Rumania y Ucrania”, (Baeza Morales & Poblete Carrasco, 2018).

Adicionalmente, en el 2012, en la delimitación que procedimos a analizar, entre Nicaragua y Colombia, y, finalmente, en el 2014, el caso de delimitación marítima entre Perú y Chile.

Concluimos la presente tesina, observando el gran aporte, y soporte que tiene la jurisprudencia respecto de los fundamentos que aplica la Corte, no solo respecto de sus propios fallos, también respecto de otros tribunales, lo cual permite enriquecer la jurisprudencia.

BIBLIOGRAFIA

- Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua c. Colombia) Excepciones Preliminares, (2008).
- Baeza Morales, J. I., & Poblete Carrasco, P. A. (2018). *Los Criterios de Delimitación Marítima en la Jurisprudencia Internacional*. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/149811/Los-criterios-de-delimitaci%C3%B3n-mar%C3%ADtima-en-la-jurisprudencia-internacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cadena afanador, W. R., & Devia Garzón, C. A. (2012). Conflictos de Delimitación Marítima y la CONVEMAR. Una mirada desde Colombia. *Revista Prolegómenos - Derecho y Valores* , 199–223. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4193267>
- Castillo Freyre, M., Vega, Y., Benjamín, M. /, Llanos, A., Luis, /, Rodríguez, C., María, /, Sokolich, I., Manuel, A. /, Tapia, B., Víctor, H., Pinto, C., Gastón, /, Quevedo, J., María, P. /, Chiabra, C., Claudia, V. /, Torres, C., Cuentas, J. R. N., ... Lanzarot, B. (2013). *EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA* (Primera Edición).
- Corte Internacional de Justicia. (2012). *CONTROVERSIA TERRITORIAL Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA (NICARAGUA CONTRA COLOMBIA) Fallo de 19 de noviembre de 2012*.
- de Azcárraga y Bustamante, J. L. (1949). Los Derechos sobre la Plataforma Submarina . *Revista Española de Derecho Internacional* , 47–99. <http://www.jstor.org/stable/44292524>
- Diez de Velasco Vallejo, M. (2013). *INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. <https://corteidh.or.cr/tablas/24940-1.pdf>
- Duclos, P. (2015). Revista115 Política Internacional. *Delimitación Territorial y Marítima Entre Nicaragua y Colombia Ante La Corte Internacional de Justicia: Resultado Equitativo Conforme a Derecho*, 25–64. <https://www.adp.edu.pe/uploads/Revista115.pdf>
- Fondo Editorial del Poder Judicial. (2010). *TERCER PLENO CASATORIO CIVIL* (Centro de Investigaciones Judiciales., Ed.).
- Namihas, S. (Ed.). (2001). *Derecho del Mar Análisis de la Convención de 1982* (Primera Edición, Vol. 1). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Novak Talavera, F., & García-Corrochano Moyano, L. (2016). *DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO TOMO I* (ECB Ediciones SAC, Ed.; Segunda Edición, Vol. 1).
- Pastor Ridruejo, J. A. (2016). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Vigésima).
- Plácido Vilcachagua, A. (2008). *Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil* (Gaceta Jurídica, Ed.; Primera Edición).
- Plácido Vilcachagua, A. (2013). Vista de El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Revista de La Facultad de Derecho de La PUCP , Derecho de Familia*, 77–108.
- Salmón, E. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público* (Segunda Edición, Vol. 1). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Se conoce Decreto que reglamente decisión de Colombia sobre Fallo de la Haya.* (n.d.). 2013. Retrieved September 28, 2021, from https://www.radionacional.co/cultura/se-conoce-decreto-que-reglamenta-decision-de-colombia-sobre-fallo-de-la-haya?fbclid=IwAR2UQPgKeeUd2XbcnCe3JBdKcT6Tfz_SpxSkcuel2WlvxA2uiRWgOS6FldE
- Varsi, E. (2007). *From the Selected Works of Enrique Varsi Rospigliosi 2007 Divorcio y separación de cuerpos* (Editora Jurídica Grijley EIRL, Ed.; Primera Edición). http://works.bepress.com/enrique_varsi/24/
- Varsi Rospigliosi, E. (n.d.). *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA Matrimonio y uniones estables Tomo II* (Gaceta Jurídica, Ed.; Primera Edición).