

CASO RELATIVO A LA DISPUTA MARÍTIMA PERÚ VS. CHILE

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos*. III. *Demanda de Perú*. IV. *La existencia de un acuerdo legal tácito*. V. *En busca de una solución equitativa*. VI. *¿Sentencia salomónica?* VII. *¿Existen los AT o son invención de la CIJ?* VIII. *¿Qué dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sobre los AT?* IX. *Concepto de tratado internacional*. X. *Regido por el derecho internacional*. XI. *Conclusiones*. XII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 27 de enero de 2014, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictó sentencia en el caso Relativo a la Disputa Marítima (Perú v. Chile); ello significó poner una pieza más en el rompecabezas del mapa de Sudamérica. A principios del siglo XXI, las consecuencias de la Guerra del Pacífico todavía se sentían entre Perú, Chile y Bolivia. Los tres Estados andinos buscaban establecer sus límites geográficos en el mar. Para entonces ya se había producido un desarrollo bastante significativo en el derecho marítimo, respecto al cual esos mismos Estados habían sido actores, en el sentido de que sus propuestas llegaron a cristalizarse gradualmente en el derecho internacional convencional.

Así que someter el caso de la delimitación de las fronteras marítimas entre Perú y Chile ante la Corte Internacional de Justicia era sin duda un asunto de gran relevancia, no sólo para la comunidad internacional, sino para América Latina en términos generales, pues inhibió un elemento de tensión, que pudo derivar en un conflicto armado, y estableció con claridad el ámbito geográfico en que los dos Estados habrían de realizar su importante actividad pesquera y marina en general.

Desde un punto de vista jurídico, la sentencia de la CIJ de 2014 es sumamente interesante y, hasta cierto punto, polémica, por dos razones prin-

cipales: por el uso de la expresión “acuerdo tácito”, que para ciertos doctrinarios no tiene cabida en el derecho de los tratados, y que aún para algunos jueces de la CIJ no ha sido convincente, por inadecuada, para su aplicación en el caso presente, y porque algunos doctrinarios encontraron en su empleo una decisión “salomónica” —esto dicho en un sentido despectivo—, que pone en peligro a la seguridad jurídica y al sistema de precedentes.

Sin embargo, es indudable que la sentencia muestra firmeza al decidir sobre los límites geográficos de los dos Estados litigantes, y que, al ser inapelable, no queda más que hacer. Una sentencia puede ser criticada, como se hace en la academia, pero entre los Estados hay la obligación de cumplirla. Al someter controversias ante la Corte Internacional de Justicia, los Estados saben que este tribunal está compuesto por quince juzgadores, siendo posible agregar dos jueces *ad hoc*, y que en dicho cuerpo colegiado pueden concurrir tendencias u opiniones divergentes en cuanto a lo jurídico; mas, con todo ello, al final de cuentas se resuelve por mayoría de votos, y hasta ahora el sistema ha establecido que las sentencias no se recurren; son obligatorias.

De acuerdo con la sentencia, Perú obtuvo un “triángulo exterior” con su vértice a partir de las ochenta millas náuticas; asimismo, concedió, hasta cierto punto, la postura chilena que los acuerdos pesqueros celebrados por los dos Estados litigantes sí establecen límites entre ellos. A pesar de que los gobiernos de ambos Estados no estuvieron del todo conformes con la decisión de la CIJ, hubo cierta aceptación,¹ pues la cuestión más apremiante era establecer límites claros y seguros entre los dos Estados.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En lo que respecta a los antecedentes históricos,² podemos ver que Chile y Perú obtuvieron su independencia de España en 1818 y 1821, respectivamente. En ese entonces, ambos, nuevos Estados, no tenían fronteras entre sí, pues se interponía el territorio de lo que en aquel momento era la provincia de Charcas, y que a partir de 1825 llegó a ser el Estado de Bolivia.

En 1879, Chile declaró la guerra en contra del Perú y de Bolivia, dando inicio a lo que la historia ha denominado como la Guerra del Pacífico, que a su desenlace transformó el mapa político y las fronteras estatales.

¹ “Chile, Perú y las Declaraciones de 1947: la frontera de la polémica”, Atina Chile. Blog de opinión política y temas de relevancia en Chile, 6 de abril de 2018, disponible en: <http://www.atinachile.cl/politica/chile-peru-declaraciones-de-1947-la-frontera/>.

² CIJ, *Case Concerning Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, fallo, 27 de enero de 2014, para. 17 y 18.

En 1883, las hostilidades entre Perú y Chile terminaron, y se firmó el Tratado de Paz y Amistad, también conocido como Tratado de Ancón (1883). Este tratado es muy importante para entender la situación que llevó a la demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Conforme al Tratado de Ancón, Perú cedió a Chile la provincia de Tarapacá, y, adicionalmente, este Estado ganó la posesión de las provincias peruanas de Tacna y Arica por un periodo de diez años, al final del cual, según lo acordado, se realizaría un plebiscito para determinar la soberanía de ambas provincias.

El plebiscito nunca se celebró, y en su lugar, por mediación de Estados Unidos, Chile y Perú, firmaron el tratado de Arreglo de Controversias en relación con Tacna y Arica, también llamado Tratado de Lima de 1929, y su Protocolo Adicional, en el cual se acordó que Tacna regresaría a Perú, mientras que Arica permanecería con Chile.

Aún más, de conformidad con un protocolo complementario al Tratado de Lima, se estableció que “Los Gobiernos de Chile y del Perú, no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al Tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías”.

Hay que observar que la Guerra del Pacífico movió las fronteras de tres países: Chile, Bolivia y Perú, y que los territorios de las provincias de Tacna y Arica se encontraban como potenciales salidas al mar para Bolivia, de ahí que esta disposición del protocolo complementario sea de gran trascendencia para este país, que no participó en la negociación del Tratado de Lima y de su Protocolo.

Además, en el artículo 3 del Tratado de Lima se acordó crear una comisión mixta compuesta por miembros de ambos gobiernos, cuyo objeto sería fijar y señalar el territorio con “hitos”, marcas.³

De acuerdo con eso, el acta final de la comisión mixta de 1929-1930 estableció la localización de ochenta hitos para marcar la frontera terrestre. En 1947, cada una de las partes, mediante declaraciones unilaterales, proclamó sus derechos sobre una extensión de doscientas millas marítimas.⁴

³ “Artículo 3o. La línea fronteriza a que se refiere el inciso primero del artículo 2o. será fijada y señalada en el territorio con hitos, por una comisión mixta compuesta de un miembro designado por cada uno de los gobiernos signatarios, los que costearán, por mitad, los gastos comunes que esta operación requiera. Si se produjera algún desacuerdo en la comisión, será resuelto con el voto dirimente de un tercer miembro designado por el presidente de los Estados Unidos, cuyo fallo será inapelable”.

⁴ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 19.

Ahora bien, durante el transcurso de 1952 a 1967, Chile, Ecuador y Perú negociaron doce instrumentos, de los cuales cuatro fueron adoptados en Santiago, en 1952, durante la Conferencia sobre la Explotación y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur; seis fueron adoptados en Lima en diciembre de 1954, y finalmente, dos en Quito en 1967.

III. DEMANDA DE PERÚ

En 2008, Perú presentó ante la CIJ una demanda contra Chile, en la cual solicitó: primero, la delimitación de la frontera entre las zonas marítimas en el océano Pacífico de los dos Estados, empezando en el punto de la costa llamado Concordia, que es considerado frontera terrestre, de acuerdo con el Tratado del 3 de junio de 1929. Segundo, el reconocimiento en favor de Perú de una zona marítima de doscientas millas marítimas desde las costas de Perú, que Chile consideraba parte de alta mar, como parte de su soberanía.

Como sabemos, los dos Estados están situados en la parte occidental de Sudamérica y tienen fronteras con el océano Pacífico, y precisamente antes de la sentencia que dictó la CIJ no tenían puntos de referencia en las costas ni una frontera clara, de acuerdo con Perú.

En el procedimiento, las partes plantearon a la CIJ posiciones diametralmente contradictorias.⁵ Por un lado, Perú alegó que no existía un acuerdo entre los dos Estados para fijar las fronteras marítimas, y, en consecuencia, solicitó a la CIJ definir las, usando el método de equidistancia, a fin de lograr un acuerdo equitativo entre las dos partes.

Por su parte, Chile defendió que sí existía un acuerdo de fronteras entre los dos Estados, y esa era ni más ni menos que la Declaración de Santiago de 1952, que estableció una frontera marítima a lo largo del paralelo de latitud que pasa a través del punto de base la frontera terrestre de Perú-Chile hasta un mínimo de doscientas millas náuticas. Además, junto con la Declaración existían una serie de acuerdos que completaban la frontera. En ese sentido, la posición de Chile era que la CIJ sólo debía aplicar el principio *pacta sunt servanda*, junto con el de estabilidad de las fronteras, pues éstas habían sido benéficas para ambas partes, y, por tanto, la Corte debía limitarse a respetarlas. Además, Perú arguyó que la línea de base que Chile proponía era totalmente inequitativa.

⁵ *Ibidem*, para. 22.

Más adelante, la CIJ se detuvo a analizar la Proclama de 1947, que en forma unilateral expresaron los dos Estados, aunque con una valoración jurídica diferente.

En efecto, la Proclama de 1947, seguida a la Proclama Truman de 1945, que fue adoptada también por México y otros Estados, mediante la cual se reivindica la plataforma continental, es el punto de arranque de la creación de la institución jurídica de la plataforma continental. En efecto, en 1947, el presidente de Chile emitió una declaración oficial relativa a la frontera marítima, en la que se expresaba una reivindicación territorial.⁶ Por su parte, en ese mismo año Perú emitió su proclama⁷ en la misma dirección que Chile.

De cualquier modo, ante la CIJ, los Estados no pudieron coincidir en la calificación de su naturaleza jurídica. Por un lado, para Chile, la proclama tenía toda la fuerza jurídica, desde su expresión; al contrario de Perú, que consideró que la declaración no tenía naturaleza jurídica, pues ni siquiera fue publicada oficialmente, sino sólo a través de los diarios.

Después de analizar las posiciones de las partes, la Corte concluyó⁸ que, en realidad, de las dos proclamas se puede interpretar que hay una comprensión compartida respecto de la delimitación marítima, y que las proclamas de 1947 contienen demandas similares respecto de sus derechos y jurisdicciones en la zona marítima, surgiendo la necesidad de, en el futuro, establecer límites laterales a ésta.

A continuación, la CIJ analizó la Declaración de Santiago de 1952. Las percepciones de Perú y Chile sobre la naturaleza jurídica de este documento, en principio, eran diferentes. Para Chile, la Declaración de 1952 era sin lugar a duda un tratado internacional. Perú, por otro lado, consideró originalmente que la Declaración era el programa de la política marítima de tres Estados, teniendo por consecuencia una naturaleza meramente declarativa; sin embargo, más tarde reconoció que ésta adquirió el estatus de tratado después de haberse ratificado por los tres Estados que la firmaron (Chile en

⁶ “El Gobierno de Chile confirma y proclama la soberanía nacional sobre todo el zócalo continental adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad en que se encuentre, reivindicando, por consiguiente, todas las riquezas naturales que existen sobre dicho zócalo, en él y bajo él, conocidas o por descubrirse”.

⁷ “La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad y en la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren”.

⁸ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 43.

1954, Ecuador y Perú en 1955) y de registrarse como tal ante la Secretaría de la ONU el 12 de mayo de 1976.⁹

Por tanto, una vez aclarado lo anterior, correspondía a la CIJ determinar cuáles eran los límites estatales, y si la sola Declaración de Santiago era suficiente para determinarlos. Aquí, nuevamente existían diferencias entre los Estados. Mientras Chile consideró que la Declaración de Santiago también contenía bases para la determinación de los límites, Perú pensaba lo contrario, pues si bien había un acuerdo entre Chile y Perú para declarar derechos marítimos en una distancia de doscientas millas marítimas a partir de sus costas, no establecía fronteras laterales.¹⁰

La CIJ entonces recurrió a las normas de interpretación que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que son al mismo tiempo normas de carácter consuetudinario. Después de un análisis detallado de la Declaración de Santiago, y buscando el establecimiento de límites, la CIJ concluyó¹¹ que, en realidad, con la adopción de la Declaración de Santiago los Estados no acordaron el establecimiento de fronteras marítimas laterales entre ellos. Sin embargo, en atención a la postura de Chile, que invocó acuerdos firmados entre Chile, Ecuador y Perú, la CIJ analizó varios acuerdos por las partes en 1954.

IV. LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO LEGAL TÁCITO

Uno de los aspectos más interesantes y polémicos de la sentencia de la Corte, indudablemente es el reconocimiento de que hay un acuerdo legal tácito entre los dos Estados en litigio.

Como dijimos anteriormente, la CIJ, en busca de los límites y tomando como base que la Declaración de Santiago en realidad es un tratado internacional, al calificar el Acuerdo de Santiago de 1952 como tratado, analizó la Convención sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954 (Acuerdo de 1954), y señaló, en un párrafo que ha sido motivo de análisis por la academia, lo siguiente:

91. El Acuerdo especial sobre la zona fronteriza marítima de 1954 no indica cuándo y con qué medios se acordó ese límite. El reconocimiento expreso de las Partes de su existencia sólo puede reflejar un acuerdo tácito que habían alcanzado anteriormente. A este respecto, la Corte ya ha mencionado que cier-

⁹ *Ibidem*, para. 47.

¹⁰ *Ibidem*, para. 56.

¹¹ *Ibidem*, para. 70.

tos elementos de las Proclamaciones de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952 sugerían una comprensión evolutiva entre las Partes en relación con su límite marítimo (véanse los párrafos 43 y 69 supra). En un caso anterior, la Corte, reconociendo que “el establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de grave importancia”, subrayó que “la evidencia de un acuerdo jurídico tácito debe ser convincente” (La Controversia Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras), Sentencia, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, párr. 253). En el presente caso, el Tribunal de Justicia tiene ante sí un Acuerdo que deja claro que el límite marítimo a lo largo de un paralelismo ya existía entre las Partes. El Acuerdo de 1954 es decisivo a este respecto. Este Acuerdo constituye el cemento del acuerdo tácito.¹²

Para la CIJ, el Acuerdo de 1954 sirve de “cemento” de un acuerdo tácito conformado con anticipación por elementos de la Proclama de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952. Aunque, hay que mencionarlo, su lenguaje no es del todo claro: “The 1954 Special Maritime Frontier Zone Agreement does not indicate when and by what means that boundary was agreed upon. The Parties’ express acknowledgment of its existence can only reflect a tacit agreement which they had reached earlier”.

Lo que queda claro es que el aporte del Acuerdo de 1954, en efecto, además de fungir como “cemento” del acuerdo tácito, hace un reconocimiento de la extensión de frontera marítima hasta doce millas náuticas de la costa.¹³ En tal consideración, la CIJ examina las prácticas relevantes de las partes, a partir de los años cincuenta, en busca del contenido del acuerdo tácito a que las partes llegaron para individualizar la frontera. Sobre los acuerdos tácitos abundaremos más adelante.

Así, la CIJ llegó a otra conclusión hartamente criticada por un grupo de jueces:

149. La conclusión provisional a la que llegó la Corte es que las pruebas a su disposición no le permiten concluir que la frontera marítima, cuya existencia reconocieron las partes en ese momento, se extendía más allá de las 80 millas náuticas a lo largo del paralelo desde su punto de partida. La práctica posterior que ha sido examinada no lleva a la Corte a cambiar esa posición. La Corte también ha tenido en cuenta la consideración de que el reconoci-

¹² *Ibidem*, para. 91 (traducción de los autores).

¹³ “The 1954 Special Maritime Frontier Zone Agreement gives no indication of the nature of the maritime boundary. Nor does it indicate its extent, except that its provisions make it clear that the maritime boundary extends beyond 12 nautical miles from the coast”. *Ibidem*, para. 92.

miento, sin más, en 1954, de que existe un “límite marítimo” es una base demasiado débil para sostener que se extendió mucho más allá de la capacidad extractiva y de observancia de las Partes en ese momento.¹⁴

Esta decisión de la CIJ no fue bien recibida por Chile, y precisamente el juez Chileno ad hoc, Orrego, la criticó acremente.¹⁵ Los chilenos estuvieron en desacuerdo con la Corte cuando sostiene que no hay pruebas concluyentes que lleven a extender la frontera marítima más allá de las ochenta millas náuticas.

V. EN BUSCA DE UNA SOLUCIÓN EQUITATIVA

Algo que abona a la transparencia con la que actuó la CIJ es que en la sentencia aludió a la metodología con que llegó a fijar los límites:

180. La metodología que suele emplear la Corte para buscar una solución equitativa consta de tres etapas. En la primera, construye una línea de equidistancia provisional a menos que existan razones convincentes que la impidan. En la segunda fase, examina si existen circunstancias pertinentes que puedan requerir un ajuste de dicha línea para lograr un resultado equitativo. En la tercera fase, la Corte lleva a cabo un criterio de desproporcionalidad en el que evalúa si el efecto de la línea, tal como se ajustó, es tal que las cuotas respectivas de las Partes de la zona de que se trate son marcadamente desproporcionadas con respecto a la longitud de sus costas relevantes (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, pp. 101-103, paras. 115-122; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), pp. 695-696, paras. 190-193).¹⁶

Aquí la CIJ maneja dos argumentos: uno es que tiene un método. Su decisión sobre los límites de Perú y Chile no responde a una decisión arbitraria, pues es producto de una metodología preconcebida. El otro es que trata, con su método, de encontrar una solución equitativa. Quizá esta postura de “encontrar una solución equitativa” sea lo que causó cierto escozor en cierto sector de la doctrina, que prefiere que se hable de aplicar el derecho más que de buscar la equidad.

¹⁴ *Ibidem*, para. 149 (traducción de los autores).

¹⁵ (*Peru v. Chile*), *cit.*, opinión separada, parcialmente concurrente y parcialmente disidente, del juez *ad hoc* Orrego Vicuña.

¹⁶ *Ibidem*, para. 180 (traducción de los autores).

Una vez que aplicó su método, la Corte llegó a una conclusión de que, insisto, fue polémica, sobre todo para los chilenos.

196. La Corte concluye que el límite marítimo entre las Partes comienza en la intersección del paralelo de latitud que pasa por el Marcador de Límites No. 1 con la línea de aguas bajas, y se extiende por 80 millas náuticas a lo largo de ese paralelo de latitud hasta el punto A. Desde este punto, el límite marítimo se extiende a lo largo de la línea de equidistancia hasta el punto B, y luego a lo largo del límite de 200 millas náuticas medido desde las líneas de base chilenas hasta el punto C.¹⁷

Además, le dejó a los Estados litigantes una tarea para realizar:

197. Habida cuenta de las circunstancias del presente asunto, la Corte ha definido el curso de la frontera marítima entre las Partes sin determinar las coordenadas geográficas precisas. Además, en los alegatos finales de las partes. La Corte espera que las Partes determinen estas coordenadas de conformidad con la presente Sentencia, con el espíritu de buena vecindad.

VI. ¿SENTENCIA SALOMÓNICA?

Para algunos doctrinarios, la decisión en el caso Perú vs. Chile fue una sentencia salomónica (esto, en el sentido de que no se funda en el derecho). Esta tendencia en una sentencia es muy peligrosa, no sólo para el caso concreto, sino para la misma función judicial que realiza la CIJ. Tal es la opinión de Nienke Grossman, quien dedica un trabajo a sostener que la sentencia dictada por la CIJ en el caso Perú vs Chile se hizo en la corriente de un fallo salomónico, y que eso es negativo.¹⁸

Para Grossman, un fallo de esta naturaleza es potencialmente peligroso para la legitimidad normativa de la CIJ, cuando se excede en sus facultades, y porque va en contra de la parte que tiene alegatos jurídicos fuertes. Tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la actual CIJ, argumenta Grossman, han enfatizado la importancia del consentimiento, pues sin él la Corte actúa *ultra vires*; y razona: la Carta de San Francisco y el Estatuto de la CIJ establecen los límites de las funciones de este tribunal y

¹⁷ *Ibidem*, para. 196.

¹⁸ Grossman, Nienke, “Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice”, en Grossman, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2923435> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923435>.

los límites de su autoridad, como principal órgano judicial, recordando que el artículo 38 establece que la CIJ tiene como función “decidir de acuerdo con el derecho internacional las disputas que le son sometidas”. Ésta ya es una definición.

Ahora bien, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece las fuentes del derecho internacional, y en su segundo párrafo establece que la CIJ puede resolver un caso *ex aequo et bono* si las partes así lo determinan. La traducción literal del término es equidad y buena fe (“bondad”, es decir, *goodness*, dice Grossman). Este concepto de *ex aequo et bono* opera más allá del alcance de la función judicial;¹⁹ en cambio, *equity* es un principio general del derecho al que la CIJ puede acudir para corregir el derecho en vacíos o disposiciones no muy claras.

Entonces, de acuerdo con Grossman:

La sentencia Perú c. Chile es un poderoso ejemplo de como la Corte excede la autoridad delegada a la misma, y con ello perjudica potencialmente su propia legitimidad normativa. La sentencia parece eludir la ley y elegir selectivamente un par de hechos tangencialmente relevantes para lograr un resultado de compromiso; un método de resolución de disputas que los Estados litigantes no acordaron *ab initio*. En lugar de adoptar la posición de una de las partes (ya sea que existiera un acuerdo que alcanzaba las 200 millas náuticas o que no había acuerdo alguno sobre la longitud), el Tribunal dividió al bebé. Chile consiguió lo que quería a 80 millas náuticas, y Perú consiguió lo que quería de 80 a 200 millas náuticas.²⁰

Además, Grossman añade que aun el presidente de la CIJ, Peter Tomka, en su voto separado manifestó que “no hay suficiente evidencia para concluir que los límites marítimos acordados se extienden solo hasta 80 millas náuticas. En su lugar, la evidencia apunta a una conclusión diferente”.²¹ En suma, para Grossman, un juicio con un enfoque salomónico puede poner en peligro la legitimidad de la CIJ, porque puede estar sesgado, lo cual sería injusto si favorece a una parte que pudiera no tener argumentos jurídicos fuertes.

La decisión de la Corte y la reacción de las posturas jurídicas, como la de Grossman en la academia, y Tomka, Sepúlveda, Orrego y otros jueces, parecen reflejar una posible división dentro de la CIJ, que puede explicar las diferencias en los puntos de vista de los jueces.

¹⁹ (*Peru v. Chile*), *cit.*, para. 24.

²⁰ *Ibidem*, para. 34.

²¹ *Ibidem*, para. 41.

En el caso Bolivia vs. Chile el juez Cançado Trindade, en su opinión separada, se dirige contra los jueces que piden la aplicación estricta de la legalidad. En efecto, el juez se pronuncia contra la “vieja concepción voluntarista-positivista de la justicia internacional sometida al consentimiento del Estado”.²² El juez brasileño está a favor de “la búsqueda de la justicia que trascienda cualquier concepción «de camisa de fuerza» del procedimiento jurídico internacional”,²³ y por lo que él llama la *bonne administration de la justice*. Además, plantea la necesidad de que la CIJ se apoye en los principios generales del derecho, que son fuente de derecho y recurso para resolver muchos casos.

25. La CIJ ha permanecido atenta a los principios generales (*cf. supra*) en el ejercicio de la función judicial internacional. Como maestro de su procedimiento, así como de su competencia, la Corte tiene pleno derecho a determinar libremente el orden en que resolverá las cuestiones planteadas por las partes demandadas. Y, al hacerlo, no está limitada por los argumentos planteados por las partes contendientes, como indica el principio *jura novit curia*...²⁴

Como vimos anteriormente, la CIJ no actuó arbitrariamente en el caso Perú vs. Chile: explicó la metodología por medio de la cual llegó a conclusiones que fueron aceptadas por la mayoría de los jueces. La CIJ logró lo que los dos Estados en litigio no habían podido hacer: establecer límites claros en el territorio marítimo de ambos.

VII. ¿EXISTEN LOS AT O SON INVENCIÓN DE LA CIJ?

La postura de la CIJ sobre los “acuerdos tácitos” (AT) en materia de delimitación, sin duda fue uno de los aspectos más polémicos de la sentencia. El primer punto de crítica es que ninguna de las partes lo invocó: Perú dijo que no había acuerdo sobre la frontera, y Chile, si bien sostuvo en su contestación a la demanda que ya había un acuerdo sobre límites, jamás habló de un acuerdo tácito, como lo vimos antes. El otro aspecto polémico versa sobre la

²² CIJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, excepciones preliminares, fallo, 24 de septiembre de 2015, opinión separada del juez Cançado Trindade, para. 6 (traducción de los autores).

²³ *Ibidem*, para. 7.

²⁴ *Ibidem*, para. 25.

naturaleza de esos AT, cuya existencia no es reconocida por algunos doctrinarios. Por ejemplo, el profesor Gattas Abugattás,²⁵ en principio, después de la revisión que hace de la jurisprudencia internacional, reconoce que ya hay antecedentes de este tipo de AT, pero que no hay una definición de ellos; están indefinidos y, por otra parte, se pueden confundir con otras instituciones, como la costumbre internacional, o bien el *stoppel*.

Gattas Abugattas rechaza que esos AT sean tratados, ya que

...para la formación de un tratado, que es una norma de naturaleza convencional, se requiere un acuerdo de voluntades; además, estimo que la única forma de conocer esas voluntades es a través de su exteriorización expresa, sea a través de un medio escrito o verbal. Si no hay una exteriorización por uno de estos dos medios, solo habría una voluntad expresada a través de comportamientos.²⁶

En suma, se puede resumir la opinión del profesor Gattas Abugattas en los siguientes puntos:

- “Ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se puede encontrar una definición clara de los acuerdos tácitos”.
- “Estos acuerdos no podrían ser una nueva fuente del derecho internacional...”.
- “Tampoco pueden ser considerados «tratados», pues su determinación por la CIJ se ha basado siempre en el comportamiento de los Estados que, como he señalado, no puede llevar a la formación de un vínculo convencional, sino a la formación de una costumbre internacional o a la generación de derechos y/u obligaciones como consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios (aquiescencia o *estoppel*, según cada caso)”.²⁷
- “...es tan evidente y peligrosa la inseguridad jurídica que generan los acuerdos tácitos, que me rehúso a reconocerlos como una nueva fuente del derecho internacional creada por la doctrina o la jurisprudencia de la CIJ...”.²⁸

²⁵ Abugattás, Gattas, “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, año XXI, núm. 32, 2014, pp. 79-105.

²⁶ *Ibidem*, p. 94.

²⁷ *Ibidem*, p. 105.

²⁸ *Ibidem*, p. 98.

Antes de comentar estos puntos trascendentes del profesor Gattas Abugattas, regresemos a la sentencia de la Corte.

Como vimos, la sentencia dictada por la Corte se acompañó de opiniones disidentes de algunos jueces, sobre todo en lo referente a la exactitud de los límites. Sin embargo, por lo que hace a los AT, hay un acuerdo total; se le ve como algo normal. Por ejemplo, el juez Sepúlveda no negó la posibilidad de que existieran los acuerdos tácitos; estuvo en contra de la decisión de la Corte porque, según él, no se alcanzó el estándar suficiente para reconocer que pudiera existir en el caso preciso un AT.

En efecto, el juez Sepúlveda afirma que “el establecimiento de un límite marítimo permanente sobre la base del acuerdo tácito está sujeto a un estricto estándar de prueba”, como lo sostiene la misma CIJ en el caso de Nicaragua vs. Honduras, en el cual basa su afirmación: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.²⁹

En el caso concreto, Sepúlveda no considera que se hizo ese ejercicio estricto de prueba. No comparte la conclusión de que el Acuerdo de 1954, como dice la sentencia, es el “cemento del acuerdo tácito”, o que, decisivamente, establece su existencia.

En efecto, varios de los jueces que expresan sus opiniones independientes sobre el caso Perú vs. Chile consintieron los AT, aunque no su aplicación en el caso concreto de Perú vs. Chile. Así como Sepúlveda, otros jueces, como Hisashi Owada y la jueza Julia Sebutinde, consideraron que no se alcanzó el estándar necesario para considerar que se estaba frente a un AT.

Si en la CIJ hay un reconocimiento reiterado de los AT, como lo vemos en la sentencia del caso Perú vs Chile, entonces los ajenos a la CIJ, cuando cuestionan los AT, parecen estar viendo otra cosa.

²⁹ “4. The fact remains, however, that the establishment of a permanent maritime boundary on the basis of tacit agreement is subject to a stringent standard of proof. As the Court stated in *Nicaragua v. Honduras*: Evidence of a tacit legal agreement must be compelling. The establishment of a permanent maritime boundary is a matter of grave importance and agreement is not easily to be presumed. A de facto line might in certain circumstances correspond to the existence of an agreed legal boundary or might be more in the nature of a provisional line or of a line for a specific, limited purpose, such as sharing a scarce resource. Even if there had been a provisional line found convenient for a period of time, this is to be distinguished from an international boundary”. CIJ, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, fallo, 8 de octubre de 2007, p. 735, para. 253; (*Peru v. Chile*), *cit.*, declaración del vicepresidente Sepúlveda Amor.

VIII. ¿QUÉ DICE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969 SOBRE LOS AT?

En principio, para resolver la cuestión sobre legalidad de los AT, hay que ver el concepto de tratado contenido en el artículo 1o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), que debe leerse e interpretarse con los artículos 2 y 3. El artículo 2-1-a dice:

2. Términos empleados. 1. Para los 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.

Cuando Viena 69 habla de que se aplica a los Estados no significa que a todos; por supuesto, se aplica a los Estados parte de la Convención, pero cuando se trata de un Estado parte y otro que no lo es, como dijimos anteriormente, se utiliza el derecho consuetudinario, lo mismo cuando ambos Estados no son parte de la Convención.

Otra de las preguntas planteadas entre los juristas autores del proyecto de convención es ¿qué pasaba cuando existía un tratado trilateral entre dos Estados y un organismo internacional u otro sujeto de derecho internacional (por ejemplo, a los grupos beligerantes)? La respuesta fue clara, y la da el artículo 3:

3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

- a) al valor jurídico de tales acuerdos;
- b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;
- c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

Viena 69 se aplica sólo entre Estados parte; ahora bien, la relación con los organismos internacionales y los Estados no partes se regula por el dere-

cho consuetudinario. Es decir, se establece la coexistencia de dos regímenes: el convencional y el consuetudinario, con una variedad de sujetos.

IX. CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL

Cabe iniciar por definir un tratado, de conformidad con Viena 69 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986, que en su artículo 2, 1, a, lo definen como “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”.

Ahora bien, esta definición de Viena 69 se puede comentar desde tres perspectivas: la de sus autores, la de su forma y la del objeto de los tratados.

En cuanto a los autores, Viena 69, como lo mencionamos anteriormente, se refiere sólo a los Estados, pero deja abierto a que existan otros acuerdos que puedan realizar los Estados y que no esté regido por el derecho internacional. En la práctica, se realizan una gran cantidad de acuerdos de este tipo que, por ejemplo, en el caso mexicano se denominan “acuerdos interinstitucionales”, o bien, en otros Estados, *executive agreement*.

En lo referente a la forma, el concepto de Viena 69 es muy amplio, pues se refiere a un acuerdo “ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”. Esta postura amplia permite que una serie de actos unilaterales en su conjunto puedan ser considerados como un tratado internacional, como así lo reconoce la Corte de Justicia en el caso *South West Africa Cases*, en donde se reconoció el carácter contractual, a pesar de su forma unilateral.³⁰ En cuanto a la expresión “cualquiera que sea su denominación particular”, aquí nuevamente en el caso de *South West Africa Cases* se dijo: “terminology is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking”.³¹

Por lo tanto, en la práctica internacional, los tratados internacionales pueden recibir una serie de denominaciones diversas. La Comisión de Derecho Internacional decidió utilizar el término “tratado” en un sentido genérico para denominar toda clase de acuerdos internacionales celebrados

³⁰ Corten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 37.

³¹ CIJ, *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, excepciones preliminares, fallo, 21 de diciembre de 1962, p. 331.

entre Estados y consignados por escrito.³² De acuerdo con la definición del artículo 2, 1, a, se calificará como tratado todo acuerdo entre Estados, independientemente de su denominación particular.

El requisito de que sea por escrito claro se debe a la práctica y a la necesidad de que conste en una forma concreta; sin embargo, lo que motiva a la interpretación es la expresión “celebrado por escrito”. Lo que implica que en la práctica el resultado debe ser expresado por escrito, aunque el proceso pueda ser verbal: “...nada impide a las partes concluir un acuerdo a través de telegramas, faximiles o mensajes electrónicos en la medida que los autores de tales documentos puedan ser identificados claramente...”.³³ Esto va de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de Viena 69.³⁴

En la práctica internacional, los ejemplos de acuerdos internacionales orales son raros. Uno de ellos es la conversación telefónica entre los primeros ministros de Dinamarca y Finlandia, en la cual acordaron la construcción de un puente entre las dos naciones.³⁵

También hay que tomar en cuenta que la Carta de San Francisco, en su artículo 102,³⁶ al crear un registro, establece la obligación de los Estados, de registrar todo tratado, que entonces debe ser escrito, sancionando la falta de tal requerimiento con la imposibilidad de “invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

Ahora bien, si aceptamos, como debe de ser, que Viena 69 requiere la forma escrita, nos estamos refiriendo al resultado, no al proceso. Esto es lógico. Si esto es así, los AT de la CIJ tienen una razón de ser, que no debe causar pánico entre los juristas.

Reflexionemos un poco. El derecho de los tratados que se halla codificado en Viena 69, indudablemente tiene una gran influencia del derecho romano, concretamente de la teoría de los contratos, y lo podemos colegir de

³² Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 207.

³³ Corten, O. y Klein, P., *op. cit.*, p. 39.

³⁴ 11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

³⁵ Corten, O. y Klein, O., *op. cit.*, pp. 70 y 71.

³⁶ “Artículo 102 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

la definición de tratado, que, como en el caso de los contratos, es “un acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones” (como lo aprendimos de nuestros cursos de derecho civil). Otra de las influencias notables del derecho romano en el derecho de los tratados es la institución de las nulidades, que crea todo un sistema de nulidades absolutas y relativas.

Ahora bien, recordemos que los tratados tienen dos clases de elementos: de existencia y de validez. Entre los elementos de existencia encontramos el acuerdo de voluntades y el objeto (y que el acuerdo sea lícito), y dentro de los elementos de validez están la forma (que en el caso concreto sería la escrita) y la ausencia de vicios en el consentimiento, entre otros. La ausencia de elementos de existencia trae por consecuencia la inexistencia del contrato; en cambio, cuando hay elementos de existencia y faltan los elementos de validez, los contratos pueden existir, pero estarán afectados de un elemento de validez, si bien tal defecto puede convalidarse y, en consecuencia, el contrato tendrá vida plena.

Si aplicamos estos conceptos elementales a los tratados internacionales, y concretamente a los AT, veremos que estos acuerdos existen. De conformidad con Viena 69, sólo están afectados de la ausencia de forma. Precisamente, lo que hace la CIJ es darles forma, al reconocer su existencia.

Cuando Viena 69 alude a la forma escrita no necesariamente se refiere al proceso. Lo que hace la CIJ es darle el elemento de validez, que sería la forma.

X. REGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL

En la comisión de juristas que elaboraron el proyecto de Viena 69 hubo una discusión sobre si debía de incluirse la expresión “regido por el derecho internacional”.³⁷ La problemática que surge aquí es que hay una serie de acuerdos que celebran los Estados a nivel internacional, que dudosamente pueden ser considerados tratados; por ejemplo, los acuerdos celebrados por entidades no centrales del Estado (por ejemplo, los acuerdos celebrados entre un municipio y su par en otro país). Tal parece que la prueba de si es o no un acuerdo partiría de la responsabilidad internacional. En el momento en que haya violación del acuerdo en cuestión, ver si ello lleva a la responsabilidad internacional.

³⁷ Por ejemplo, Lauterpacht estuvo en contra, pues “It is its quality as a treaty which causes it to be regulated by international law”, no la expresión; en cambio, Fitzmaurice estuvo a favor de incluirla, pues en su opinión, si no es regida por el derecho internacional no es un tratado. Corten, *op. cit.*, p. 41.

La expresión “regido por el derecho internacional” sirve para distinguir los acuerdos internacionales regulados por el derecho internacional de aquellos acuerdos que, a pesar de haber sido concluidos entre Estados, están regulados por el derecho interno de una de las partes (o por algún otro sistema de derecho interno elegido por las partes).³⁸

En suma, los AT no son una nueva clase de tratado internacional, sino que están regidos por el derecho internacional, concretamente por Viena 69; sin embargo, sí son tratados que carecen de forma, y es mediante la acción de los tribunales internacionales como se perfeccionan, si no lo hacen las mismas partes.

Ahora bien, hay otro elemento que todavía no está resuelto, y es el del estándar para su reconocimiento. La CIJ, en el caso de Nicaragua v. Honduras, se dijo: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.

Aquí, el carácter convincente o no es una cuestión de los jueces, es un elemento psicológico, como el de la *opinio iuris*, que tiene el derecho internacional.

XI. CONCLUSIONES

El caso Perú vs. Chile atañe a un conflicto en que las heridas que dejó la Guerra del Pacífico en el siglo XIX aún no están del todo restauradas (el asunto de la salida al mar de Bolivia sigue irresuelto). De esta situación se desprende la importancia de la sentencia dictada en 2014. Como todo asunto de fronteras, el límite marítimo entre Perú y Chile tiene una gran complejidad técnica y jurídica.

Desde nuestra perspectiva, la sentencia de 2014 cumple su cometido de resolver un asunto de límites marítimos bastante complicado, y lo hace bien. Por supuesto, la decisión de la Corte no está exenta de críticas y, quizá, de errores técnicos. Sin embargo, las críticas de los AT no nos parecen acertadas. En principio, porque con un análisis de las fuentes históricas de las instituciones jurídicas, en este caso de los tratados, podemos ver que este tipo de acuerdos son comunes en los contratos de derecho romano, y que Viena 69 abreva en materia de tratados del mismo derecho romano; en consecuencia, recurrir a él para entender el fenómeno de los AT nos da muchas luces y nos explica cómo sí es posible tenerlos.

³⁸ Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 208.

Entonces, reconocer a los AT como parte del derecho internacional vigente no es complicado; por supuesto que se tienen bases teóricas. Donde aún no hay claridad es en cuanto a qué se entienda por “convinciente”. Si bien es cierto que en este caso es aplicable el principio general del derecho *iura novit curia*, que postula que el juez conoce el derecho, en pos de una seguridad jurídica, el juzgador debe estar regido por parámetros para reconocer y para determinar cuál es el derecho que él ve.

Sin embargo, nos parece que en el caso de Perú vs. Chile la CIJ no actuó con justicia salomónica. La Corte no tenía que esperar a que las partes le dijeran que había un AT; era una facultad de ella, y ésa es la esencia del principio *iura novit curia*. Nosotros preferimos una sentencia como ésta, a una opinión en donde se afirme que no existe el derecho, como sucedió en la OC de la misma CIJ sobre la legalidad de la bomba atómica.³⁹ La prueba de fuego la pasó la CIJ, los Estados estuvieron de acuerdo con la sentencia e inmediatamente la cumplieron.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ABUGATTÁS, Gattas, “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, año XXI, núm. 32, 2014.

“Chile, Perú y las Declaraciones de 1947: la frontera de la polémica”, *Atina Chile*, blog de opinión política y temas de relevancia en Chile, 6 de abril de 2018, disponible en: <http://www.atinachile.cl/politica/chile-peru-declaraciones-de-1947-la-frontera/>.

CORTEN, Olivier y KLEIN, Pierre (eds.), *Vienna Conventions on the Law of Treaties, A: Commentary* (2 vols), Oxford University Press, 2011.

GROSSMAN, Nienke, “Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice”, en GROSSMAN, Nienke *et al.* (eds.), *Legitimacy and International Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2923435> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2923435>.

Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II.

³⁹ CIJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996.