

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

Gattas Abugattás

Analizar el tema de los llamados «acuerdos tácitos» resulta ser una labor sumamente complicada si se toma en cuenta que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han detenido a estudiarlos a profundidad. A lo anterior se puede sumar el hecho de que, eventualmente, al ser mencionados por la doctrina, los acuerdos tácitos suelen ser confundidos con categorías jurídicas tales como la aquiescencia o la costumbre internacional.

En este artículo, por sus alcances, no busco hacer un análisis detallado de la naturaleza jurídica de los acuerdos tácitos, sino simplemente un breve recuento de lo establecido sobre ellos por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en algunos asuntos de delimitación marítima sometidos a ella, con especial referencia a la controversia limítrofe marítima entre el Perú y Chile, así como de lo establecido por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Al final, emprenderé un breve análisis crítico que buscará orientar una futura discusión sobre los acuerdos tácitos, antes que darla por zanjada.

1. Los acuerdos tácitos en algunos casos llevados ante la Corte Internacional de Justicia y ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar

1.1. Asunto relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia

El 1 de diciembre de 1978 la República Tunecina (Túnez) y la Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista (Libia) acudieron a la Corte Internacional de Justicia y presentaron un acuerdo especial de sometimiento de ambos Estados a la competencia de ella, celebrado el 10 de junio de 1977, para solicitarle que determine los principios y reglas de derecho internacional que pudieran ser aplicados a la delimitación de la plataforma continental de ambos Estados¹.

¹ Plataforma Continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia). Sentencia del 24 de febrero de 1982 (fondo), CIJ, *Recueil* 1982, p. 18. Versión en francés.

En la discusión de este caso se hizo referencia a un incidente ocurrido en 1913 en el que intervino Italia (que controlaba la zona de Tripolitania, que luego pasó a formar parte de Libia), incidente que generó que los italianos fijaran una línea de delimitación que habría adquirido el carácter de «modus vivendi tácito»². Sin embargo, es importante para los efectos de este artículo notar que la CIJ señaló, sobre este tema, que:

[...] los elementos relativos a un modus vivendi de ese tipo [tácito], que reposan únicamente sobre el silencio o la ausencia de protesta de las autoridades francesas responsables de las relaciones exteriores de Túnez, no son suficientes para probar la existencia de un límite marítimo reconocido entre las dos partes³.

Además, la CIJ agregó que:

Sin embargo, a falta de límites establecidos de común acuerdo o claramente definidos, el respeto de un modus vivendi tácito que, durante muy largo tiempo, jamás ha sido oficialmente rechazado ni por una parte ni por la otra, autorizaría a ver en él una justificación histórica en la elección del método de delimitación de la plataforma continental entre las dos partes⁴.

Como se puede apreciar, este supuesto modus vivendi tácito estaría siendo entendido por la CIJ como un caso de aquiescencia⁵. La referencia que hace la Corte al «largo tiempo» en que esta situación no fue rechazada, podría hacernos pensar en la existencia de una costumbre. Sin embargo, si tomamos en cuenta los elementos que constituyen la costumbre y las circunstancias del caso bajo análisis, queda claro que la intención de la CIJ fue enfatizar que transcurrió un tiempo razonable durante el cual se pudo haber rechazado la situación de facto, evidenciando que, al no haberse hecho esto, se habría configurado la figura de la aquiescencia que, precisamente, exige el transcurso de dicho «tiempo razonable».

Luego, volviendo al caso, la CIJ hace mención a la existencia de otra línea de facto, distinta de la antes mencionada, precisando que:

Esta línea entre las concesiones [petroleras] adyacentes [de cada parte], que ha sido observada tácitamente durante años y que coincide también sobre la perpendicular a la

² *Ibíd.*, p. 70, párr. 93. Traducción propia.

³ *Ibíd.*, p. 70, párr. 95. Traducción propia.

⁴ *Ibíd.*, p. 70 y 71, párr. 95. Traducción propia.

⁵ La aquiescencia, en el derecho internacional, puede ser definida como aquel comportamiento, activo o pasivo, de un sujeto de derecho internacional que otro u otros sujetos pueden entender o interpretar en el sentido de que implica la aceptación o consentimiento tácito de una determinada situación, generándose, para los sujetos involucrados, una serie de consecuencias jurídicas internacionales.

Para profundizar en el estudio de este tema, se puede revisar: JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. *Los comportamientos recíprocos en Derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*. Madrid: Dilex, 2002.

costa en el punto de la frontera aplicada en el pasado como límite marítimo de facto, le parece a la Corte que es de gran pertinencia para la delimitación⁶.

Una vez más, la referencia de la CIJ a que esta línea «ha sido observada tácitamente», está indisolublemente ligada al comportamiento de las partes. En ese sentido, a diferencia del supuesto anterior, si ambas partes se han comportado de una manera determinada a lo largo del tiempo, esto nos podría llevar a la determinación, eventual, de una costumbre internacional, razón por la que la Corte señala que este hecho le parece de «gran pertinencia para la delimitación»⁷.

Finalmente, en la sentencia de este caso, en la que no hay definición alguna de lo que serían los acuerdos tácitos y, más bien, una aparente vinculación de ellos con la figura del estoppel, se establece que:

La Corte desea precisar que ella no concluye en la existencia de un acuerdo tácito entre las partes —lo que sería imposible, dado el alcance más amplio y la consistencia de las pretensiones de ellas— y que no piensa, tampoco, que el comportamiento de las partes les impida formular pretensiones contrarias [a ciertas situaciones de facto] por efecto de una suerte de estoppel⁸.

1.2. Asunto relativo a la delimitación de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria

El 29 de marzo de 1994 Camerún presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia referida a la soberanía sobre la península de Bakassi, que estaba en disputa con Nigeria. Además, Camerún le solicitó a la Corte que determinara el trazado de

⁶ Plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia). Ob. cit., p. 71, párr. 96. Traducción propia.

⁷ Conviene recordar que la costumbre internacional puede ser definida como: «la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho [...] 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 Derecho internacional de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente». DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16ta edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 134.

⁸ Plataforma Continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia). Ob. cit., p. 84, párr. 118. Traducción propia. Considero importante, en este punto, recordar que el estoppel puede ser definido como un «término de procedimiento empleado en la lengua inglesa para designar la objeción perentoria que se opone a una parte en un proceso que ha asumido una posición que contraría la que anteriormente ha admitido, expresa o tácitamente, en la misma instancia». BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1960, p. 203. Ahora bien, podríamos precisar un poco más este concepto, recurriendo a lo señalado sobre el estoppel por el juez Alfaro en la opinión separada que emitió cuando la CIJ resolvió el asunto relativo al Templo de Preah Vihear. En dicha opinión, el entonces vicepresidente de la Corte señaló que: «Este principio, según lo entiendo, implica que un Estado parte en un litigio internacional está obligado por sus actos o actitudes anteriores, cuando ellos están en contradicción con sus pretensiones en el litigio». Caso del Templo de Preah Vihear (Cambodia v. Tailandia). Sentencia del 15 de junio de 1962 (fondo), CIJ, *Recueil* 1962, p. 39, versión en inglés, traducción propia.

la frontera marítima entre ambos Estados, pues consideraba que esta solo se había delimitado de manera parcial⁹.

En relación con la frontera marítima, Camerún le pidió a la Corte que confirmara que aquella seguía el curso fijado conforme con la Declaración de Yaundé II, del 04 de abril de 1971, y la Declaración firmada en Maroua el 01 de junio de 1975. Por su parte, Nigeria sostenía que la CIJ debía negarse a llevar a cabo, en todo o en parte, la delimitación solicitada por Camerún, porque dicha delimitación afectaba a zonas reivindicadas por terceros Estados y porque no se había cumplido con el requisito de negociaciones previas requerido por el artículo 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Convemar). Además, Nigeria sostenía que cualquier delimitación debía respetar los derechos existentes a explorar y explotar los recursos minerales de la plataforma continental (concesiones petroleras), pues así fue reconocido el 29 de marzo de 1994 por ambas partes, sin protesta alguna.

En su sentencia del 10 de octubre de 2002 la Corte decidió que la soberanía sobre la península de Bakassi correspondía a Camerún, ya que la frontera estaba delimitada por el acuerdo anglo-alemán del 11 de marzo de 1913. Con relación a la delimitación marítima, la CIJ resolvió que en las Declaraciones de Yaundé II y de Maroua se trazó, efectivamente, una frontera hasta un punto en el mar que denominó «G», más allá del cual aplicó el método de la equidistancia y las circunstancias pertinentes. En cuanto a las concesiones petroleras la Corte indicó que ellas no se consideran, por sí mismas, circunstancias pertinentes que justifiquen un reajuste o cambio de la línea de delimitación; en particular, precisó que no eran un factor que debiera tenerse en cuenta para la delimitación marítima en el caso planteado.

Precisamente, al hacer referencia a las concesiones petroleras, la CIJ menciona a los acuerdos tácitos, pero sin definirlos. La Corte señaló que:

En general, se desprende de la jurisprudencia que si bien la existencia de un acuerdo expreso o tácito entre las partes sobre la ubicación de sus respectivas concesiones petroleras puede indicar un consenso sobre los espacios marítimos a los cuales esas partes tienen derecho, las concesiones petroleras y los pozos de petróleo no estarían siendo, en sí mismos, considerados como circunstancias pertinentes que justifiquen el ajuste o el desplazamiento de la línea de delimitación provisional. Dichas concesiones o pozos solo podrían ser tomados en cuenta como circunstancias pertinentes si ello se basa en un acuerdo expreso o tácito entre las partes. En el presente caso, no existe acuerdo alguno entre las partes en materia de concesiones petroleras. La Corte, por tanto, considera que

⁹ Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún v. Nigeria; con la intervención de Guinea Ecuatorial). Sentencia del 10 de octubre de 2002 (fondo), CIJ, *Recueil* 2002, p. 303. Versión en francés.

la práctica petrolera de las partes no constituye un factor a tomarse en cuenta para los fines de la delimitación marítima en este caso¹⁰.

Es más, en el contexto de este caso, cuando la CIJ analiza la jurisprudencia sobre otros casos similares en los que existen concesiones petroleras, se refiere al caso de la plataforma continental entre Libia y Malta, señalando que en ese caso: «la Corte ha estimado que las indicaciones alegadas por las partes no podían ser consideradas como una prueba de aquiescencia»¹¹.

Esto, evidencia que el comportamiento de las partes en una controversia similar, referida a delimitación marítima y que involucra la existencia de concesiones petroleras, es considerado por la CIJ, en un caso, como susceptible de generar aquiescencia, aunque en dicho caso la descartó; y, en otro caso, considera que el comportamiento de ubicar tales concesiones podría, eventualmente, reflejar la existencia de un acuerdo tácito, acuerdo cuya existencia en este segundo caso, por cierto, también descartó. En otras palabras, pareciera que la CIJ no tiene clara la diferencia entre comportamientos que pueden generar aquiescencia y comportamientos que pueden reflejar la existencia de un acuerdo tácito; quizá, porque tal diferencia no existe.

1.3. Asunto relativo a la delimitación de la frontera terrestre y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe

El 8 de diciembre de 1999 Nicaragua presentó una demanda contra Honduras ante la Corte Internacional de Justicia para el establecimiento de una frontera marítima única entre las zonas del mar territorial, la plataforma continental y las zonas económicas exclusivas de los dos países en el Mar Caribe. Además, las Partes pidieron a la Corte que decida sobre la soberanía de cuatro islas situadas en la zona en disputa (Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay y South Cay)¹².

En su demanda Nicaragua afirmó, entre otras cosas, que había sostenido por décadas que su frontera marítima con Honduras en el Mar Caribe nunca había sido determinada. Por su parte, Honduras manifestó que existía una frontera marítima tradicionalmente reconocida a lo largo del paralelo 15, que se sustentaba en el principio del *uti possidetis juris* y que se confirmaba por la práctica de ambos Estados y por el comportamiento de terceros Estados.

¹⁰ *Ibid.*, p. 447 y 448, párr. 304. Traducción propia.

¹¹ *Ibid.*, p. 447, párr. 304. Traducción propia. El caso citado por la Corte es: Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia v. Malta). Sentencia del 03 de junio de 1985 (fondo), CIJ, *Recueil* 1985, p. 28 y 29, párr. 24 y 25.

¹² Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua v. Honduras). Sentencia del 08 de octubre de 2007 (fondo), CIJ, *Recueil* 2007, p. 659. Versión en francés.

En efecto, como indica la CIJ:

87. Honduras alega, también, que la conducta de las partes desde la independencia demuestra la existencia de un acuerdo tácito según el cual el paralelo 15 ha sido considerado desde hace mucho como la línea que separa sus zonas marítimas. Argumenta que la conducta en relación a las islas en litigio y la frontera marítima están estrechamente relacionadas. Muchos de los actos por los cuales se ha ejercido la soberanía sobre las islas representan, igualmente, un comportamiento que equivale al reconocimiento del paralelo 15 como la frontera marítima. En ese sentido, Honduras hace hincapié, particularmente, en las concesiones petroleras, las licencias de pesca y las patrullas navales, que, sostiene, se constituyen como pruebas de la aceptación por las partes de la línea de frontera tradicional en el mar.

[...]

89. Honduras invoca igualmente la práctica de las partes que se desprende de sus intercambios diplomáticos, de sus legislaciones y de sus cartografías para demostrar la existencia, mutuamente reconocida, de una frontera marítima tradicional a lo largo del paralelo 15. Alega, también, que el paralelo 15 ha sido reconocido como tal por terceros Estados y organizaciones internacionales.

90. Si bien afirma que el paralelo 15 constituye una línea tradicional que se funda sobre el principio de *uti possidetis juris* y está confirmado por una práctica ulterior que demuestra que las partes habían, ambas, aceptado esta línea, Honduras busca igualmente demostrar que su línea reviste, en cualquier caso, un carácter equitativo¹³.

Es importante notar que en la argumentación de Honduras se hace constante referencia a una situación «tradicional» o «de facto», según se quiera considerar, vinculándola con la existencia de un acuerdo tácito, pero que sería una situación «confirmada» por comportamientos de los Estados en litigio y de terceros Estados. Es decir, Honduras le otorga gran importancia a su comportamiento, al comportamiento de Nicaragua y al de terceros Estados.

Esta referencia al comportamiento de los Estados en litigio y de terceros Estados, una vez más, podría llevarnos a entender que se está invocando una práctica reiterada que podría, eventualmente, configurar una costumbre internacional, antes que un acuerdo tácito como alega Honduras. Del mismo modo, en lugar de un acuerdo tácito, esta referencia a prácticas podría llevarnos, también, a pensar que se está intentando demostrar la existencia de una aquiescencia dada por Nicaragua.

Ahora bien, para refutar la existencia de una frontera ya fijada, Nicaragua por su parte señaló que:

¹³ *Ibid.*, p. 689 y 690, párr. 87, 89 y 90. Traducción propia.

[...] no hay una línea divisoria de las zonas marítimas de Nicaragua y de Honduras fundada sobre un acuerdo tácito o cualquier otra forma de aquiescencia o de reconocimiento que sea resultado de una práctica constante y de larga duración¹⁴.

En este alegato de Nicaragua se observa que ella pareciera considerar a los acuerdos tácitos como una forma de aquiescencia o de reconocimiento por costumbre internacional (citada como práctica constante y de larga duración). Como se aprecia, Nicaragua no establece una definición de acuerdos tácitos que permita distinguirlos de la aquiescencia o de la costumbre, sino que, por el contrario, los confunde con ellas. Quizá estas confusas referencias a dichos acuerdos, por parte de los Estados o de la misma CIJ, se producen porque esos acuerdos, algunas veces, estarían ocultando un supuesto de aquiescencia y otras, la existencia de una costumbre internacional, según indicaré más adelante.

Volviendo al caso, Nicaragua presentó luego una serie de alegatos para restar valor a las prácticas invocadas por Honduras¹⁵. Pareciera que buscaba mostrar que no había práctica válida alguna que permitiera concluir que se habría producido una aquiescencia o que se habría generado una costumbre internacional. Esto es pues, como se puede apreciar, un análisis sobre el comportamiento de los Estados que se suele seguir para efectos de la determinación de la existencia o no de una costumbre internacional o de aquiescencia.

Así, por ejemplo:

En lo que concierne a los intercambios diplomáticos entre las partes, Nicaragua sostiene que «la reivindicación que presenta Honduras del paralelo 15 como límite entre sus zonas marítimas y las de Nicaragua no ha sido nunca oficialmente formulada antes de 1982», y que, en ese momento, la rechazó inmediatamente¹⁶.

Nicaragua estaría sosteniendo, con esta afirmación, que en el marco de estos intercambios diplomáticos no ha dado su aquiescencia ni, mucho menos, permitió un transcurso de tiempo tal, que permita ser considerado como suficiente para que se haya formado una costumbre internacional.

Otro ejemplo se nos presenta cuando Nicaragua, analizando los elementos de prueba cartográficos «hace observar que su ausencia de protesta contra estos últimos no tiene relevancia, ya que las cartas están desprovistas de todo valor probatorio»¹⁷. Una vez más,

¹⁴ *Ibíd.*, p. 691, párr. 94. Traducción propia.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 691 y 692, párr. 95-97.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 691, párr. 96. Traducción propia.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 692, párr. 97. Traducción propia.

Nicaragua estaría tratando de demostrar que pese a que no protestó ante esta situación en concreto, eso no significa que la consintió, por lo que no habría aquiescencia¹⁸.

En suma, Nicaragua no hace señalamiento alguno para refutar la existencia de un acuerdo tácito, pese a haber negado tal existencia, sino solo para refutar la existencia de una costumbre internacional o de algún comportamiento de su parte que implique considerar que ha dado su aquiescencia a la situación de facto existente. Esto, quizá, porque lo que se ha dado por llamar «acuerdos tácitos», en realidad, son situaciones que se refieren a la existencia de un comportamiento que configura una aquiescencia o a la existencia de una práctica que pudiere generar una costumbre internacional.

En su sentencia del 8 de octubre de 2007 la Corte resolvió por unanimidad que Honduras tenía soberanía sobre Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay y South Cay. Además, consideró que no existía ningún límite a lo largo del paralelo 15, sobre la base de la «práctica» de los Estados como pretendía Honduras, por lo que estableció el límite usando el método de la bisectriz. Se decidió que el punto de partida de tal frontera marítima se fijaría tres millas náuticas mar adentro. Además, ordenó a las partes que negocien el recorrido que tendría la línea de frontera marítima que uniría el punto de inicio de la actual frontera terrestre en la desembocadura del río Coco, con el citado punto de partida de la frontera marítima determinado por la CIJ tres millas mar adentro. Por último, la Corte ajustó la línea bisectriz tomando en consideración una distancia de doce millas náuticas de mar territorial alrededor de las cuatro islas cuya soberanía reconoció en favor de Honduras.

En cuanto al tema bajo análisis en este artículo, en la sentencia se estableció que:

La Corte ha indicado ya, que no existe una frontera establecida sobre la base del *uti possidetis juris* (ver párrafo 236 supra). Ella debe ahora examinar si existe un acuerdo tácito suficiente para establecer una frontera. Los elementos de prueba que acrediten la existencia de un acuerdo tácito deben ser convincentes. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia, y un acuerdo no debe ser presumido fácilmente¹⁹.

Como se observa, una vez más, la CIJ no describe qué es un acuerdo tácito. Además, pese a que señala que la existencia de un acuerdo tácito debe ser suficientemente probada, realiza un análisis de la práctica de los Estados en el litigio y de terceros Estados, que es el que se suele utilizar para demostrar la existencia o no de un

¹⁸ Recuérdese que una forma para evitar que los sujetos de derecho internacional consideren que un Estado ha dado su aquiescencia a una determinada situación, es que dicho Estado proteste contra esa situación que, eventualmente, le pudiera estar afectando.

¹⁹ Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua v. Honduras). Ob. cit., p. 735, párr. 253. Traducción propia.

comportamiento capaz de generar aquiescencia o apto para generar una costumbre internacional. Pareciera, por tanto, que la Corte está confundiendo los acuerdos tácitos con la aquiescencia o con la costumbre.

Prueba de lo anterior, es que en la sentencia se señala que:

La Corte ha constatado que en determinados periodos, como lo muestran los elementos de prueba, el paralelo 15 parece haber jugado un cierto rol en la conducta de las partes [...] La Corte observa que, durante este periodo, las partes otorgaron varias concesiones petroleras indicando que sus límites septentrional y meridional se encontraban, respectivamente, en 14°59'8". Además, la reglamentación de la pesca en la zona parecería, a veces, indicar que estaría entendido que el paralelo 15 dividiría las zonas de pesca respectivas de los dos Estados. Por último, el paralelo 15 estaría también siendo considerado por ciertos pescadores como una línea que divide las zonas marítimas bajo jurisdicción nicaragüense y hondureña. Sin embargo, estos acontecimientos, ocurridos durante un corto periodo de tiempo, no permiten a la Corte concluir que existiría una frontera marítima internacional jurídicamente establecida entre los dos Estados²⁰.

Nótese que la referencia de la CIJ a un «corto periodo de tiempo» pareciera un análisis típico para la determinación de la existencia o no de una costumbre internacional que, sabemos, requiere la existencia de una práctica por cierto tiempo prolongado o relativamente prolongado, según cada caso.

Otra muestra del tipo de análisis que hace la CIJ se presenta cuando, revisa la práctica diplomática entre los Estados en litigio, es decir, una vez más el comportamiento de los Estados, pero no cualquiera, sino el que se desprende de los actos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, principales voces de los Estados fuera de sus fronteras, que servirían, fundamentalmente, para determinar si el comportamiento del Estado puede interpretarse como un acto de aquiescencia. Aquí la Corte señaló:

Habiendo examinado el conjunto de esta práctica [...] concluye que no existía en 1982 —ni con mayor razón en cualquier otra fecha posterior— un acuerdo tácito entre las partes de naturaleza tal que permita establecer una frontera marítima jurídicamente obligatoria²¹.

En este orden de ideas, llama mucho la atención que la CIJ emplee metodologías de análisis que se suelen utilizar para la determinación de la existencia de una costumbre internacional o de un acto que muestre la aquiescencia de un Estado respecto de una situación determinada, para concluir señalando que este análisis la lleva a considerar que no existe un «acuerdo tácito», que por cierto no define ni ella ni, claramente, la doctrina.

²⁰ *Ibíd.*, p. 736, párr. 256. Traducción propia.

²¹ *Ibíd.*, p. 737, párr. 258. Traducción propia.

1.4. Asunto relativo a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala, llevado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar

El 14 de diciembre de 2009 la República Popular de Bangladesh presentó ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) una demanda contra la Unión de Myanmar (que luego pasó a llamarse República de la Unión de Myanmar), referida a la delimitación de la frontera marítima entre ambos Estados en el Golfo de Bengala. Bangladesh solicitó que el Tribunal delimite integral y satisfactoriamente la frontera marítima con Myanmar en el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, de conformidad con el Derecho del Mar²².

En cuanto a la zona que comprende el mar territorial, Bangladesh sostuvo que la frontera marítima entre los dos Estados era una línea inicialmente acordada entre ellos en 1974 y reafirmada en el 2008. Myanmar, por su parte, señaló que nunca había aceptado tal frontera marítima en dicha zona.

Al resolver el caso, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar sostuvo que:

Al examinar la conducta de las partes, el Tribunal ha tomado conocimiento de la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Myanmar hecho en Rangún el 19 de noviembre de 1985 durante la sexta ronda de negociaciones, y de la nota verbal del 16 de enero del 2008 dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Bangladesh por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Myanmar. El Tribunal es de la opinión de que estos documentos no manifiestan un acuerdo tácito o de facto de Myanmar sobre la línea descrita en el proceso verbal de 1974. En el primer documento, el Ministro de Relaciones Exteriores de Myanmar declara que su país no acepta la línea propuesta por Bangladesh, salvo que se cumpla con una condición, a saber, que todas las cuestiones de delimitación deberían estar resueltas en el cuadro de un solo instrumento. En el segundo documento, Myanmar subrayó que los dos Estados «no han delimitado todavía sus fronteras marítimas» y que «es en el espíritu de buena vecindad» que solicita la amable cooperación de Bangladesh²³.

Lo que ocurría en este caso es que Bangladesh sostenía que existía un acuerdo tácito, mientras que Myanmar lo negaba. Nótese que el Tribunal, como lo hace la CIJ, examina la conducta de las partes. Por otro lado, el TIDM no define qué es un acuerdo tácito, como tampoco lo hace la CIJ, y, además, lo llama «acuerdo tácito o de facto».

²² Controversia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala (Bangladesh v. Myanmar). Sentencia del 14 de marzo de 2012 (fondo). Versión en francés. Tomada de la página web: «https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/C16_Arret_14_03_2012_rev.pdf», visitada el 29 de marzo de 2014.

²³ *Ibíd.*, p. 44, párr. 116. Traducción propia.

Analizado el caso, el Tribunal consideró que tal acuerdo tácito alegado por Bangladesh no existía y recordó lo que la CIJ mencionó en el ya citado caso de Nicaragua contra Honduras, señalando que:

[...] el Tribunal comparte el punto de vista de la Corte Internacional de Justicia según el cual «los elementos de prueba que acrediten la existencia de un acuerdo tácito deben ser convincentes» [...] El Tribunal concluye que los elementos de prueba presentados por Bangladesh no prueban la existencia de un acuerdo tácito o de facto sobre la frontera en el mar territorial²⁴.

Algo curioso en este caso es que cuando el Tribunal estudia el comportamiento de las partes, hace referencia a un proceso verbal desarrollado en 1974 y a una nota verbal del 2008. Ahora bien, en este contexto, cabrían dos preguntas: ¿por qué se está discutiendo la existencia o no de un acuerdo tácito en vez de discutir la existencia o no de un tratado expreso, pero de naturaleza verbal?, ¿acaso el TIDM considera que los acuerdos tácitos y los tratados verbales son lo mismo?

2. La referencia a los acuerdos tácitos en la sentencia de la CIJ en el asunto de la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile

El 16 de enero de 2008 la República del Perú presentó una demanda contra la República de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, referida a la delimitación de la frontera marítima entre ambos Estados. En esa demanda, el Perú solicitó dos cosas: en primer lugar, que la Corte determine la frontera entre las zonas marítimas de ambos países en el océano Pacífico, a partir de un punto situado en la costa, llamado Concordia, que es el punto de inicio de la frontera terrestre, según lo determina el Tratado de Lima de 1929; en segundo lugar, se solicitó a la CIJ que determine la pertenencia al Perú de una zona marítima que, estando situada dentro de las doscientas millas náuticas desde la costa peruana, era considerada por Chile como parte de alta mar²⁵.

El Perú consideraba que no existía tratado de límites alguno que haya fijado la frontera marítima entre ambos Estados y basó en ello su argumentación. Por su parte, Chile sostenía que sí existían acuerdos de límites, celebrados por ambos Estados, que fijaban la frontera marítima entre ellos.

²⁴ *Ibíd.*, p. 44 y 45, párr. 117 y 118. Traducción propia.

²⁵ Controversia relativa a la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile (Perú v. Chile). Sentencia del 27 de enero de 2014 (fondo). Versión en francés. Tomada de la página web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17931.pdf>, visitada el 31 de marzo de 2014.

Este caso es particularmente especial por dos razones. La primera, es que en el marco de esta controversia ninguna de las dos partes alegó la existencia de un acuerdo tácito referido a la delimitación fronteriza marítima. En efecto, como he señalado, el Perú sostenía que no existía tratado alguno sobre límites marítimos celebrado con Chile y, por su parte, Chile sostenía que existían acuerdos expuestos sobre tales límites marítimos. La segunda razón que hace de este caso uno particularmente especial, es que es el primero sobre delimitación fronteriza marítima en el que la Corte Internacional de Justicia consideró que sí existe un acuerdo tácito aunque, como de costumbre, no define esta figura jurídica.

En otras palabras, luego de analizar los instrumentos jurídicos sometidos a consideración de la Corte por las partes en el litigio, ella no le dio la razón ni al Perú ni a Chile; señaló que no existía un acuerdo expreso sobre delimitación fronteriza marítima, negando el argumento chileno, pero que sí existía un acuerdo tácito sobre la materia, negando el argumento peruano.

En efecto, cuando la CIJ estudió el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima de 1954, recordó lo siguiente:

80. El preámbulo del acuerdo de 1954 relativo a una zona especial fronteriza marítima señala lo siguiente:

«Considerando que la experiencia ha demostrado que debido a las dificultades que encuentran las embarcaciones de poco porte tripuladas por gente de mar con escasos conocimientos de náutica o que carecen de los instrumentos necesarios para determinar con exactitud su posición en alta mar, se producen con frecuencia, de modo inocente y accidental, violaciones de la frontera marítima entre los Estados vecinos;

Considerando que la aplicación de sanciones en estos casos produce siempre resentimientos entre los pescadores y fricciones entre los países que pueden afectar al espíritu de colaboración y de unidad que en todo momento debe animar a los países signatarios de los acuerdos de Santiago;

Considerando que es conveniente evitar la posibilidad de estas involuntarias infracciones cuyas consecuencias sufren principalmente los pescadores»

81. Las disposiciones sustantivas del acuerdo se leen como sigue:

«1. Se establece por el presente acuerdo una Zona Especial, a una distancia de [a partir de] 12 millas marinas de la costa, de 10 millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye la frontera marítima [el límite marítimo] entre los dos países.

2. La presencia accidental en la referida zona de una embarcación [de uno o del otro de los] países adyacentes, del tipo descrito en el párrafo del preámbulo del presente acuerdo que comienza con las palabras «Considerando que la experiencia ha demostrado», no será considerada como violación de las aguas de la zona marítima, sin que esto pueda ser interpretado como reconocimiento de derecho alguno para ejercer faenas de pesca o caza con propósito preconcebido en dicha zona especial.

3. La pesca o caza dentro de la zona de 12 millas marinas a partir de la costa está reservada exclusivamente a los nacionales de cada país».

El artículo 4 reafirma la cláusula tipo, presentada dentro de cada uno de los seis acuerdos de 1954, en los términos en los cuales las disposiciones del acuerdo son consideradas «parte integrante y complementaria» de los textos de 1952 y no los derogan en ningún caso²⁶.

Luego, analizados los argumentos de las partes sobre este acuerdo, la CIJ concluyó que:

90. En opinión de la Corte, las disposiciones y la finalidad del acuerdo de 1954 relativo a una zona especial fronteriza marítima eran, efectivamente, estrechas y específicas. Esta, sin embargo, no es la cuestión que la Corte debe examinar en esta etapa; ella sí debe, más bien, centrarse en un punto esencial, a saber, la existencia de una frontera marítima. Y sobre este punto, la formulación del acuerdo de 1954 relativo a una zona especial fronteriza marítima, en particular la del artículo primero, considerada a la luz del preámbulo, es clara: ella reconoce, en el marco de un acuerdo internacional vinculante, que una frontera marítima ya existe. No habiendo las partes distinguido en este contexto entre la expresión «límite marítimo», que figura en el artículo primero, de una parte, y, de otra parte, la expresión «frontera marítima», que figura en el preámbulo, la Corte no lo hará tampoco.

91. El acuerdo de 1954 relativo a una zona especial fronteriza marítima no indica cuándo ni por qué medios esta frontera ha sido acordada. El reconocimiento expreso de su existencia por las partes reposa, necesariamente, sobre un acuerdo tácito celebrado entre ellas en una fecha anterior. En este sentido, la Corte ha señalado anteriormente que ciertos elementos de las proclamaciones de 1947 y de la declaración de Santiago de 1952 sugieren que la manera en que las partes consideraban su frontera marítima había evolucionado [...]. En un caso anterior, cuando reconoció que «el establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia», la Corte ha subrayado que «los elementos de prueba que demuestran la existencia de un acuerdo tácito deben ser convincentes» [...]. En el presente caso, la Corte tiene delante de ella un acuerdo que muestra claramente que existía ya entre las partes una frontera marítima que sigue un paralelo. El acuerdo de 1954 es un elemento decisivo respecto a esto. Él tiene por efecto consagrar el acuerdo tácito en cuestión.

92. El acuerdo de 1954 sobre una zona especial fronteriza marítima no ofrece indicación alguna sobre la naturaleza de la frontera marítima. Él no precisa tampoco su extensión, pero sus disposiciones muestran claramente que ella continúa más allá de las 12 millas náuticas desde la costa»²⁷.

²⁶ *Ibíd.*, p. 33 y 34, párr. 80 y 81. Traducción propia.

²⁷ *Ibíd.*, p. 36 y 37, párr. 90 - 92. Traducción propia.

Es importante hacer notar en este punto, por razones que explicaré más adelante, que la Corte da cierto valor a los instrumentos jurídicos internos de 1947, de cada una de las partes, y a la Declaración de Santiago de 1952 en la que intervienen tanto ellas como el Ecuador. Por otro lado, conviene notar también que la CIJ reconoce no saber cuándo o por qué medios se fijó la frontera, por lo que concluye en la existencia de un acuerdo tácito que, como he adelantado, es una figura que utiliza sin definir. Finalmente, debe resaltarse que la CIJ reconoce la vaguedad del acuerdo tácito, en el sentido de que no brinda descripción alguna de la frontera que supuestamente estaría fijando, ni en cuanto a su naturaleza jurídica ni en cuanto a su extensión.

En los párrafos siguientes de la sentencia bajo análisis la Corte determinó la ubicación del paralelo que constituye la frontera, sobre la base de las actas de 1968 y 1969, que se refieren al paralelo geográfico de latitud sur que atraviesa el Hito N° 1. La CIJ indicó, también, que esta es una frontera general, es decir, que se refiere a todas las zonas descritas en la Convemar. Finalmente, la Corte estableció que la extensión de la frontera concertada en este acuerdo tácito es de ochenta millas náuticas, luego de las cuales ella fijó una frontera marítima basada en la regla de la equidistancia y las circunstancias especiales.

Para terminar este punto, quiero mencionar que el análisis que realizó la Corte para llegar a las conclusiones señaladas en el párrafo anterior se basó, fundamentalmente, en el comportamiento de las partes, en sus declaraciones y en instrumentos jurídicos concertados entre ellas. Se podría decir, en otras palabras, que la CIJ consideró la conducta de los dos Estados antes y después de 1954, incluidos los acuerdos celebrados en ese año; fundamentalmente, analizó el comportamiento de las partes entre los años 1947 y 1986, cuando el Estado peruano presentó el llamado «memorándum Bákula», a través del que invitaba a Chile a negociar una frontera marítima.

3. Análisis sobre los acuerdos tácitos

Lo primero que se hace evidente luego de revisar la jurisprudencia sobre el tema, es que en ella no hay una definición para los acuerdos tácitos. Así, una pregunta inicial válida sería ¿qué son los acuerdos tácitos? En la doctrina se puede encontrar algunas referencias a ellos, pero con el mismo resultado: ninguna definición someramente clara ni, mucho menos, seguida por un grupo significativo de autores; por el contrario, la doctrina suele confundir a los acuerdos tácitos con otras categorías jurídicas como la costumbre internacional, la aquiescencia o el estoppel, por razones que detallaré más adelante.

En este orden de ideas, un primer punto que convendría aclarar es si cuando hacemos referencia a los acuerdos tácitos estamos o no ante «tratados» tácitos, pues pareciera que cuando se hace referencia a los primeros, se estaría haciendo mención a un nuevo tipo de tratados que sería distinto de los escritos y los verbales. Sin embargo, ¿los acuerdos tácitos podrían, realmente, ser un nuevo tipo de tratados, distinto de los escritos y verbales?

Para poder hacer esta aclaración, es necesario recordar qué es lo que se entiende por «tratado» y, al margen de la definición sobre ellos contenida en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, prefiero utilizar una definición más amplia. En ese sentido, se puede decir que un tratado es un acuerdo de voluntades; verbal o escrito; celebrado entre dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad para ello; sometido al derecho internacional general; con carácter normativo, es decir, destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica internacional; que puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos; y cualquiera que sea su denominación.

Ahora bien, al margen de que la definición de tratados recoge, tradicionalmente, la alternativa de que estos sean escritos o verbales, no podríamos negar, considerando únicamente este criterio, la posibilidad de que haya surgido una nueva tipología que incorpore a los acuerdos tácitos.

Para llegar a una conclusión en cuanto a la posibilidad de considerar a los acuerdos tácitos como «tratados» tácitos, es necesario centrarse en la naturaleza jurídica de los tratados, antes que en uno de sus criterios de clasificación. Así, conviene recordar que los tratados son normas jurídicas de naturaleza convencional.

En ese sentido, la necesidad de que exista un vínculo convencional para poder considerar que estamos ante un tratado, me lleva a pensar que referirse a «tratados tácitos» representa una contradicción en los términos, a tal punto insubsanable, que se me hace sumamente difícil aceptar su existencia como un tipo de tratados.

El hecho de que los tratados tengan naturaleza convencional representa la exigencia de que, en su formación, haya existido un acuerdo de voluntades entre los sujetos de derecho internacional que lo celebran. Por otro lado, la única forma de conocer la voluntad de un ente jurídico, como un Estado o una Organización Internacional, es a través de la exteriorización verbal o escrita de esa voluntad, por parte de sus representantes autorizados. En otras palabras, para que haya un tratado tiene que existir una exteriorización de voluntades de dos o más sujetos con capacidad para celebrarlo que, además, sean coincidentes en el sentido de expresar un deseo común de obligarse en ciertos términos.

Como recuerda Reuter, para la formación de un tratado «es necesario que haya «manifestación», es decir, la exteriorización de las voluntades en presencia [...] el jurista no puede tomar en cuenta nada de lo que permanece velado en la mente de las partes»²⁸. Esto se aplica, con mayor razón, si consideramos que los sujetos de derecho internacional que celebran tratados, en estricto, son entes jurídicos, no seres humanos, y, por tanto, están desprovistos de «mentalidad propia».

Agrega Reuter que «es por ello que los debates del Derecho nacional, que tienen lugar entre los partidarios de las teorías de la voluntad «declarada» y los partidarios de la voluntad «real», pueden considerarse estériles en gran medida, porque la voluntad expresada es la única voluntad real sobre la que las partes han podido llegar a un acuerdo»²⁹.

Ahora bien, sería justo preguntarnos si además de la exteriorización escrita o verbal de la voluntad, puede considerarse válida, para la formación de un vínculo convencional, la manifestación de voluntad tácita. Reuter señala que «toda conducta de las partes puede expresar una voluntad»³⁰. Sin embargo, ¿la conducta o comportamiento de los sujetos de derecho internacional podría llevar a la formación de un vínculo convencional, o llevaría más bien a la generación de derechos y/u obligaciones de naturaleza jurídica distinta?

Personalmente considero 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. Sin embargo, en el derecho internacional los comportamientos no muestran una voluntad con capacidad para formar un tratado, sino que evidenciarían una voluntad con capacidad para formar otro tipo de normas jurídicas internacionales, como la costumbre internacional, o con capacidad para generar directamente derechos u obligaciones en virtud de otras figuras jurídicas, como la aquiescencia o el estoppel.

En otras palabras, la celebración y el contenido concreto de un tratado no se acuerdan por el comportamiento de los sujetos de derecho internacional con capacidad para celebrarlo, sino por la coincidencia de sus voluntades exteriorizadas por escrito o verbalmente. El comportamiento de los sujetos de derecho internacional tiene reser-

²⁸ REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 45.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

vado, en ese ordenamiento, otros efectos jurídicos distintos a la formación de vínculos de naturaleza convencional.

Conviene recordar, sobre este punto, lo señalado por la propia CIJ en el Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte. Dinamarca y los Países Bajos sostenían que si bien la República Federal Alemana no estaba contractualmente obligada por la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, en tanto que no la había ratificado, esta Convención se había convertido en obligatoria para la República Federal en razón de su comportamiento, de sus declaraciones públicas y de sus proclamaciones; en otras palabras, consideraban que por tales razones la República Federal habría asumido unilateralmente las obligaciones de la Convención, o que habría aceptado el régimen convencional, o reconocido este régimen como generalmente aplicable; es decir, se habría producido una suerte de «manifestación tácita» del consentimiento en obligarse por el tratado³¹.

Sin embargo, la Corte fue enfática sobre este punto al señalar que no podría aceptar esta tesis a menos que el comportamiento de la República Federal Alemana haya sido absolutamente claro y constante; e, incluso en ese caso, habría que preguntarse cuáles serían las razones por las cuáles no se habría cumplido con las medidas impuestas por tal Convención para manifestar el consentimiento en obligarse por ella (ratificación o adhesión). Finalmente, la CIJ concluyó que el comportamiento de la República Federal Alemana solo podría, si fuera el caso, generar la aplicación de la figura del estoppel³².

Como se puede apreciar, la CIJ no estaba dispuesta, en el caso citado, a aceptar una suerte de manifestación tácita del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado. Cuando señala que solo aceptaría esto, y no tan fácilmente, si hubiere un comportamiento claro y constante, está haciendo una clara referencia a la costumbre

³¹ Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal Alemana v. Dinamarca, República Federal Alemana v. Países Bajos). Sentencia del 20 de febrero de 1969 (fondo), CIJ, *Recueil* 1969, versión en francés, p. 25, párr., 27. Traducción propia.

³² *Ibid.*, p. 25 y 26, párr., 28 y 30. Traducción propia.

Además de lo señalado en la cita 8 (*supra*), conviene en este punto mencionar otra definición de estoppel. «En términos generales, esta figura consiste en una regla del Derecho inglés que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio [...]. La esencia del estoppel es, principalmente, de carácter procesal (forma parte de las llamadas «rules of evidence») y radica en que a una persona no le puede ser permitido negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o implícitamente a través de su conducta, en algún momento anterior». JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. *Ob. cit.*, p. 48 y 49.

internacional. En otras palabras, estaría diciendo que solo por costumbre internacional podría aceptar que la Convención, sin haberse formado el vínculo convencional, se habría convertido en obligatoria para la República Federal. Es decir, estaría reconociendo que el comportamiento de los Estados no puede llevar a la formación tácita de un vínculo convencional, sino solo a la formación, en el supuesto de una práctica clara y constante, de una costumbre internacional, evidentemente, siempre que se verifiquen los demás elementos que esta última requiere³³.

En todo caso, lo que la Corte reconoce es que si un Estado se ha comportado de una manera determinada, en aplicación de la doctrina de los actos propios (estoppel) no podría alegar, en el proceso ante ella, algo que contradiga su comportamiento previo. Así, el comportamiento de un Estado, por sí mismo, le podría estar generando ciertas obligaciones internacionales, pero sin que se haya formado, evidentemente, vínculo convencional alguno.

Ahora bien, si por las razones expuestas concluimos que los acuerdos tácitos no pueden ser considerados «tratados» tácitos, tendríamos que preguntarnos si estos acuerdos serían una nueva fuente del derecho internacional. La respuesta a esta interrogante reviste una importancia fundamental, ya que: o los acuerdos tácitos son «tratados» tácitos, supuesto que acabo de negar, o dichos acuerdos son una nueva fuente de derecho internacional, o simplemente el nombre «acuerdo tácito» estaría siendo utilizado por la CIJ para referirse a otras figuras jurídicas ya existentes, como la costumbre internacional o la aquiescencia.

³³ Una situación similar se presenta, precisamente, en la controversia limítrofe marítima entre el Perú y Chile. La CIJ señaló que «el agente del Perú formalmente ha declarado, en nombre de su gobierno, que «la expresión 'dominio marítimo' que figura en la Constitución peruana es utilizada de conformidad con la definición de los espacios marítimos previstos por la Convención de 1982 [CONVEMAR]» [...] [y que] La Corte toma nota de esta declaración que expresa un compromiso formal del Perú» (Controversia relativa a la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile (Perú v. Chile). Ob. cit., p. 61, párr., 178).

Adicionalmente, en la Declaración Conjunta de los Ministros de Relaciones Exteriores y Defensa del Perú y Chile con ocasión de la Reunión Extraordinaria del Comité Permanente de Consulta y Coordinación Política (2+2), se establece en el numeral 3 que: «Conforme a lo dispuesto por la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 178 del Fallo, el Perú ejercerá sus derechos y obligaciones en toda su zona marítima, en forma consistente con el Derecho Internacional como se encuentra reflejado en la Convención de 1982, tanto respecto de Chile como frente a terceros Estados».

Así, en suma, se podría decir que estos actos; unilateral el primero y, desde mi punto de vista, convencional el segundo; implicarían que el Perú está reconociendo que aplica y seguirá aplicando las normas de la Convemar, en tanto que las considera costumbre internacional. En este supuesto, sin haberse formado el vínculo convencional entre el Perú y los Estados partes en la Convemar, dado que el primero no se ha adherido a dicha Convención, el Perú estaría aceptando cumplir con todas las obligaciones contenidas en ella, pese a no poder beneficiarse de todos los derechos que tiene un Estado parte, en tanto que no tendría tal condición.

Al respecto, recomiendo revisar: NAMIHAS, Sandra. «¿Mar soberano de 200 millas o derechos soberanos hasta las 200 millas?». *Panorama Mundial*, Boletín Electrónico del IDEI – PUCP, 6, 30 (enero-febrero 2014).

Entonces, ¿pueden los acuerdos tácitos ser considerados como una nueva fuente del derecho internacional? Para responder a esta pregunta hay que tomar en cuenta la labor que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a la luz de los objetivos fundamentales de esta organización internacional, establecidos en el artículo 1 de su Carta, que señala que:

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales [...]
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad [...] y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

Este mandato general contenido en la Carta de la ONU se busca cumplir de diversas maneras. Una de esas formas para lograr la paz y seguridad internacionales, basadas en relaciones de amistad, es buscando que en el sistema internacional exista la mayor seguridad jurídica posible. Con la existencia de normas jurídicas internacionales claras y cuya aplicación ofrezca a los Estados resultados previsibles, se contribuye a que las relaciones entre esos Estados sean pacíficas.

Así, para lograr esa ansiada seguridad jurídica, el artículo 13.1.a, establece que:

1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:
 - a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación.

Cumpliendo con este precepto, en el marco de la ONU se creó la Comisión de Derecho Internacional que, de acuerdo con el artículo 1 de su Estatuto, tiene como función encargarse de las labores de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional³⁴. Como recuerdan De la Guardia y Delpech: «Las Naciones Unidas no son, ni pretenden ser, un centro de investigación científica del Derecho, sino que aspiran a la armonización, en la medida de lo posible, de las aspiraciones y necesidades de los Estados [...] y de la comunidad internacional organizada [...] para contribuir, por medio del Derecho, al mantenimiento de la paz y seguridad, su fin primordial»³⁵.

³⁴ El artículo 15 del Estatuto [de la Comisión de Derecho Internacional] establece una distinción «por conveniencia» entre el desarrollo progresivo, en el sentido de la «preparación de proyectos de convenciones sobre temas que aún no han sido regulados por el Derecho internacional o en razón de que la norma aún no se ha desarrollado lo suficiente en la práctica de los Estados» y la codificación, en el sentido de «la más precisa formulación y sistematización de las normas del Derecho internacional en los campos en los que ya ha sido extensa la práctica de los Estados, respaldada por precedentes y doctrina». En la práctica, el trabajo de la Comisión sobre un tema, por lo general, implica algunos aspectos del desarrollo progresivo, así como de la codificación del Derecho internacional, con el equilibrio entre estas dos variables según el tema en particular» (Tomado de: «<http://www.un.org/law/ilc/>», visitada el 02 de abril de 2014).

³⁵ DE LA GUARDIA, ERNESTO y Marcelo DELPECH. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*. Buenos Aires: La Ley, 1970, p. 133.

En efecto, «el entusiasmo por el «movimiento codificador» [...] en general se debe a la creencia de que el derecho internacional escrito dispararía las incertidumbres del Derecho internacional consuetudinario, llenando las lagunas existentes en las normas, así como dando precisión a los abstractos principios generales cuya aplicación práctica no se resuelva»³⁶.

En este orden de ideas, considerar que los acuerdos tácitos serían una nueva fuente del derecho internacional creada por la doctrina o por la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia de la ONU, implicaría no solo desconocer, sino también ir en contra de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas y del trabajo realizado, en virtud de ella, por la Comisión de Derecho Internacional para lograr seguridad jurídica internacional, bajo el entendido de que esta última se constituye en un medio para lograr la paz y seguridad internacionales, garantizando relaciones pacíficas entre los sujetos de derecho internacional.

Es evidente que la determinación de la existencia de un acuerdo tácito no brinda seguridad jurídica alguna. En la sentencia que puso fin a la controversia limítrofe marítima entre el Perú y Chile, la propia CIJ señala que no se puede determinar la fecha en la que se «realizó» el acuerdo tácito, que sí considera que existe; tampoco puede la Corte precisar el contenido exacto de dicho acuerdo ni sus alcances ni la naturaleza jurídica de la frontera que dice que en él se establece³⁷.

Como se puede observar, no habría instrumento jurídico más inseguro que un acuerdo tácito. En tanto la CIJ u otro tribunal no determinen la existencia de un acuerdo tácito, los Estados no serían capaces de conocer tal existencia; en tanto un tribunal no determine su contenido, los Estados supuestamente vinculados por dicho acuerdo, tampoco conocerían tal contenido.

En suma, 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. Adicionar más normas inseguras a las que, por la naturaleza del derecho internacional ya existen, sería una locura; iría contra todo lo que significó la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el sistema ideado en torno a ella para lograr la paz y la seguridad internacionales.

En este orden de ideas, si ya he descartado la posibilidad de considerar a los acuerdos tácitos como «tratados» tácitos y ya he señalado, también, que es imposible, desde mi punto de vista, considerarlos como una nueva fuente del derecho internacional:

³⁶ Tomado de: «<http://www.un.org/law/ilc/>», visitada el 02 de abril de 2014.

³⁷ Controversia relativa a la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile (Perú v. Chile). Ob. cit., p. 33 y ss., párr. 80 y ss.

¿serán los acuerdos tácitos simplemente un recurso de la CIJ para poder emitir sentencias que logren el objetivo final de garantizar la paz y seguridad internacionales? En otras palabras: ¿será que cuando la CIJ quiere referirse a otras figuras jurídicas ya existentes, pero encuentra problemas para acreditar la existencia de ellas, utiliza los acuerdos tácitos como un recurso, más político que jurídico, aunque finalmente efectivo, para resolver un caso y lograr la tan ansiada paz entre los Estados?

En este sentido, parece quedar como tarea pendiente la determinación de las normas jurídicas internacionales o las categorías jurídicas internacionales que podrían estar siendo confundidas o, quizá, escondidas detrás del nombre «acuerdos tácitos». Para lograr esto, es muy importante recordar que a lo largo de este artículo se ha podido observar que cuando la CIJ analiza la existencia o no de acuerdos tácitos, se basa siempre en el comportamiento de los Estados.

Ahora bien, como he señalado ya, el comportamiento de los sujetos de derecho internacional puede llevar, fundamentalmente, a la formación de una costumbre internacional o a la generación de derechos y obligaciones en virtud de la doctrina de los actos propios, entiéndase, por aquiescencia o estoppel. Así, podría considerarse que cuando en un caso la CIJ hace referencia a los acuerdos tácitos, quizá está confundiendo con la existencia, en dicho caso, de una situación que ha generado una costumbre internacional o que ha generado derechos y obligaciones producto de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Para ejemplificar esto, la controversia limítrofe marítima entre el Perú y Chile, primera de este tipo en la que la Corte ha considerado que sí existe un acuerdo tácito, resulta de suma utilidad. Es decir, analizando los hechos de este caso, vamos a poder plantear algunas hipótesis sobre la norma o categoría jurídica que podría estar presentándose en el caso, detrás de lo que la Corte ha venido a llamar «acuerdo tácito».

Los hechos que quiero destacar son los siguientes. El 23 de junio de 1947, a través de una norma interna, Chile reivindica una zona de mar de doscientas millas náuticas de ancho desde sus costas hasta una línea imaginaria, matemáticamente paralela a ellas. Nótese que Chile no hace mayor precisión, en atención a los límites laterales con los países vecinos, sobre cómo es que el ancho de esas doscientas millas debía medirse.

Por su parte, un poco más de un mes después, el 01 de agosto de 1947, se emite en el Perú el decreto supremo 781, a través del cual se reivindica también una zona de mar de doscientas millas náuticas desde las costas. El citado decreto señala en su numeral 3 que esta zona estará: «comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos».

Como se puede observar hasta aquí, la utilización de los paralelos geográficos para la medición de las doscientas millas náuticas es «propuesta» o señalada por el Perú. Pareciera o podría considerarse, entonces; aunque esto no se dice expresamente, pero se deduce lógicamente; que el Perú estimó que los límites laterales con los países vecinos debían estar determinados por los paralelos geográficos.

Años después, en 1952, Ecuador, Chile y Perú celebraron un tratado, reconocido así por la CIJ, llamado «Declaración de Santiago de 1952»³⁸. En el numeral IV de dicho instrumento se precisa que:

En el caso de territorio insular, la zona de 200 millas marinas se aplicará en todo el contorno de la isla o grupo de islas. Si una isla o grupo de islas perteneciente a uno de los países declarantes estuviere a menos de 200 millas marinas de la zona marítima general que corresponde a otro de ellos, la zona marítima de esta isla o grupo de islas quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos.

En este sentido, la Declaración de Santiago de 1952 precisa, para el caso de islas, es decir, entre Ecuador y Perú, que el paralelo geográfico será el límite lateral si esas islas están a menos de doscientas millas náuticas de zona marítima del otro Estado. En otras palabras, se estaría reforzando la idea —considerando el tema de las islas— de que los paralelos geográficos eran considerados para la determinación de los límites laterales de las zonas marítimas de los tres Estados involucrados.

Luego, en 1954 se celebra el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima entre Ecuador, Chile y Perú. En el primer considerando del preámbulo de este acuerdo se señala que: «se producen con frecuencia, de modo inocente y accidental, violaciones de la frontera marítima entre los Estados vecinos». De pronto, sin explicación alguna, los tres Estados están reconociendo que ya existe una frontera marítima entre ellos.

Es más, el primer artículo del citado acuerdo de 1954 establece una zona especial: «a partir de las doce millas marinas de la costa, de diez millas marinas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países». Así, no solo se reconoce la existencia de una frontera marítima, sino que se precisa que esa frontera es un paralelo geográfico, quizá siguiendo lo propuesto por el Perú en su decreto de 1947.

En 1954 no se precisa, sin embargo, la ubicación del paralelo que estaría siendo considerado como la frontera marítima entre los Estados, en concreto, entre Chile y Perú. Sin embargo, en los años 1968 y 1969 se realizaron labores en la zona de frontera para la colocación de marcas de enfiliación visibles desde el mar (faros) que,

³⁸ Al respecto, se puede revisar: Controversia relativa a la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile (Perú v. Chile). Ob. cit., p. 23, párr., 45-48.

según señala el acta del 26 de abril de 1968: «materialicen el paralelo de la frontera marítima que se origina en el Hito N° 1».

En ese sentido, pareciera que el acta de 1968 no solo confirma, una vez más, que el paralelo geográfico es el límite lateral entre las zonas marítimas de Chile y Perú, sino que, además, determina su ubicación al señalar que será el paralelo geográfico que atraviesa el Hito N° 1 de la frontera terrestre entre ambos países.

En este contexto surge una pregunta evidente: ¿cómo así, aparentemente de la nada, se considera que la frontera marítima entre los Estados es un paralelo geográfico? La respuesta de la CIJ es que entre 1952 y 1954, nadie sabe exactamente cuándo ni con qué contenido preciso, se produjo un acuerdo tácito. Sin embargo, habiendo descartado que los acuerdos tácitos sean «tratados» tácitos y aclarado que estos acuerdos no pueden considerarse una nueva fuente del derecho internacional, me gustaría plantear algunas alternativas sobre la norma o categoría jurídica que podría estar presentándose en el caso, detrás de lo que la Corte llamó «acuerdo tácito».

En primer lugar, ¿podría decirse que el acuerdo de 1954 es un tratado expreso de límites marítimos? No voy a entrar en la discusión sobre la forma que suelen tener o debieran tener los tratados de límites. Quiero, en lugar de ello, centrarme en el contenido del acuerdo de 1954.

La CIJ ha señalado que las frases inicialmente propuestas en las negociaciones del acuerdo de 1954: «zona neutral» y «paralelo que pasa por el punto sobre la costa que marca la frontera entre los dos países», fueron reemplazadas por las frases: «zona especial fronteriza marítima» y «paralelo que constituye la frontera marítima entre los dos países». ¿Podría esto llevarnos a pensar que el acuerdo de 1954 buscaba ser un tratado de límites? Considero, definitivamente, que esta no era la intención.

Nótese que ya desde el preámbulo del acuerdo se reconoce que existe una frontera marítima; entonces, si ya había frontera, cómo podría el acuerdo de 1954 buscar ser un tratado que estableciera tal frontera ya existente. Por otro lado, hay que advertir que la segunda frase que se modificó: «paralelo que constituye la frontera», evidencia, también, que la frontera ya existe. Dicha frase no se lee: paralelo que «se» constituye «como» frontera marítima. Entonces, o este es un pésimo y muy mal redactado tratado de límites o simplemente, como creo, no lo es.

En segundo lugar, ¿podría señalarse, como lo hace la CIJ, que el acuerdo de 1954 consagra un acuerdo tácito? Personalmente, considero que el citado acuerdo no materializa ni reconoce ni consagra un acuerdo tácito. Esto, por la sencilla razón de que los acuerdos tácitos, como he señalado, no pueden ser considerados «tratados» tácitos ni tampoco una nueva fuente del derecho internacional.

Entonces, ¿podría, tal vez, decirse que se produjo un tal «acuerdo tácito» durante el proceso de celebración del acuerdo de 1954 y como parte de ese proceso, que luego se evidenció en la redacción final de dicho acuerdo? Una vez más, estimo que no es posible afirmar esto. Sumado a lo recién señalado líneas arriba, recuérdese que he precisado antes que los tratados tienen naturaleza convencional, es decir, que exigen la exteriorización de las voluntades, por escrito o verbalmente, de los Estados que intervienen en su celebración, tanto en el momento de la determinación de su contenido, como en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse.

En tercer lugar, ¿podría haberse formado una costumbre instantánea entre 1947 y 1954, en el sentido de reconocer que la frontera marítima es el paralelo geográfico? Esta, en efecto, es una posibilidad que sería interesante considerar. Para la determinación de la existencia de un acuerdo tácito, la CIJ ha valorado el comportamiento de las partes; sin embargo, como he señalado, el comportamiento de los Estados no lleva a la formación de un vínculo convencional, pero sí puede llevar a la formación de una costumbre internacional.

Analizadas con detalle, se puede advertir que las disposiciones de 1947 antes citadas, tanto de Chile como del Perú, no son contradictorias y, por el contrario, podrían considerarse complementarias. Así, quizá en esa época existió una coincidencia entre estos Estados sobre la visión que tenían respecto de la forma en que debía medirse el ancho del mar de cada uno de ellos y establecerse las fronteras laterales.

En ese sentido, si entendemos la coincidencia señalada en el párrafo anterior como una *opinio iuris* formada, que luego fue seguida por una práctica, podría decirse que se habría generado una costumbre internacional instantánea. Evidentemente, este proceso de formación sería bastante heterodoxo, en el sentido de que lo que suele ocurrir primero es una práctica que luego se torna obligatoria porque los Estados la van entendiendo así con el paso del tiempo; y en este caso se habría producido un proceso inverso, en el que primero aparece la *opinio iuris* motivada, evidentemente, por el contexto internacional de la época en lo que concierne al mar, los problemas que en él ocurrían y las declaraciones que otros Estados habían hecho al respecto³⁹.

Precisamente, quizá esta situación heterodoxa en el proceso de formación de esta hipotética costumbre instantánea haya generado que la CIJ prefiera no tratar el tema y recurrir a la idea de los acuerdos tácitos. Sin embargo, si aceptamos la hipótesis de la costumbre instantánea, el acuerdo de 1954 estaría declarando una costumbre

³⁹ Sobre el tema, se puede revisar: Controversia relativa a la delimitación fronteriza marítima entre Perú y Chile (Perú v. Chile). Ob. cit., p. 17, párr., 26.

existente; lo que en las relaciones entre los tratados y la costumbre internacional se conoce como el efecto declarativo⁴⁰.

En cuarto lugar: ¿En todo caso, si no hubo costumbre instantánea, se podría considerar que había una costumbre en formación, cristalizada en el acuerdo de 1954? En efecto, esta sería otra variable interesante. Es posible, en el contexto de la época, considerar que dado el escaso desarrollo del derecho del mar, los asuntos vinculados a ese tema no estaban del todo «claros». En ese sentido, se podría afirmar, como hipótesis, la posibilidad de que entre 1947 y 1954 se haya empezado a llevar a cabo una práctica entre Ecuador, Chile y Perú, en el sentido de considerar como fronteras laterales a los paralelos geográficos.

En este supuesto, la práctica citada en el párrafo anterior no habría contado con una *opinio iuris* o, en todo caso, no habría quedado claro, en el contexto de la época, si tal conciencia de obligatoriedad realmente existía. Así, podría afirmarse, bajo esta hipótesis, que existía una costumbre en formación aún no consolidada.

Además, podría afirmarse que cuando la Declaración de Santiago de 1952 establece, para el caso de países adyacentes que tengan islas en la zona de frontera, que se consideraría al paralelo geográfico como frontera lateral entre esos dos países, estaría aportando elementos de juicio para la determinación futura de una *opinio iuris* o, incluso, que estaría cristalizando una conciencia de obligatoriedad de la práctica, pero para el caso concreto de la existencia de islas.

Así, cuando en 1954 el Convenio sobre Zona Especial Fronteriza Marítima se refirió a una frontera existente, lo que habría hecho, en este hipotético caso, sería consolidar finalmente la costumbre que, hasta ese momento, estaba en formación, referida a que el paralelo geográfico debe ser considerado como la frontera marítima entre dos países adyacentes. En las relaciones entre los tratados y la costumbre internacional, a esto se le conoce como el efecto cristizador.

El punto débil de esta hipótesis, sin embargo, es precisamente la referencia a una frontera ya existente y a la aplicación de sanciones en los casos de violación de tal frontera, que se puede leer en el preámbulo del acuerdo de 1954. Si los Estados están considerando que ya existe tal frontera e, incluso, que imponen sanciones en casos de violación de esa frontera, tendría poco sentido considerar que estamos ante una costumbre en formación que sería luego cristalizada y, por el contrario, tendría más sentido considerar que ya existía una costumbre instantánea que luego fue declarada, según he explicado.

⁴⁰ Sobre las relaciones entre los Tratados y la costumbre internacional, se puede revisar: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y Fuentes*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP y Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 112 y ss.

Finalmente, en quinto lugar, si negamos los supuestos anteriores, ¿podría considerarse que Ecuador y Chile habrían dado su aquiescencia a la posición peruana, lógicamente deducida del decreto supremo 781, de considerar que los paralelos geográficos son la frontera lateral entre las zonas marítimas de estos tres países? Quizá esta sea otra alternativa que pueda discutirse.

En efecto, recordemos que el citado decreto señala en su numeral 3 que la línea imaginaria paralela a la costa peruana sería: «trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos». Como he señalado también, esta forma de medir el ancho del mar que propone el Perú podría considerarse, válidamente, como una intención peruana de reconocer que los límites laterales con los países vecinos debían estar determinados por los paralelos geográficos.

Si partimos de la premisa de que lo señalado al final del párrafo anterior es correcto, sería el Perú el que habría propuesto que los paralelos geográficos sean la frontera marítima lateral entre él y sus países vecinos. Luego, en tanto que Ecuador y Chile no protestaron esta pretensión peruana, quizá por considerarla adecuada a sus intereses, podría entenderse que dieron su aquiescencia a ella. Nótese que ni en la época ni en los años posteriores, por lo menos hasta 1986, hubo comportamiento alguno referido al reconocimiento del paralelo geográfico como frontera marítima lateral, que haya sido considerado inamistoso o perjudicial por cualquiera de estos tres Estados.

En este orden de ideas, habiendo Ecuador y Chile dado su aquiescencia y, por tanto, considerando que la frontera marítima lateral entre cada uno de ellos y el Perú sería el paralelo geográfico, no tuvieron ningún problema en celebrar los citados acuerdos de 1952 y 1954 que, bajo esta hipótesis, habrían reconocido por escrito una situación consentida ya, en el sentido de que los paralelos geográficos serían el límite marítimo lateral entre ellos y el Perú. En otras palabras, estos Tratados, y sobre todo el de 1954, no reflejarían acuerdo tácito alguno, sino que habrían plasmado la posición peruana que antes habría sido consentida por Ecuador y Chile (aquiescencia).

Ahora bien, en las tres últimas hipótesis, habría quedado pendiente la determinación de la ubicación del paralelo que constituye la frontera marítima lateral. Sin embargo, como he indicado, en cuanto a la frontera entre Chile y Perú, las actas de los años 1968 y 1969 solucionaron la anterior omisión, al considerar que el paralelo que constituye el límite marítimo lateral es aquel que atraviesa el Hito N° 1, hoy determinado a 18°21'00.42» de latitud sur, siguiendo el Sistema de Referencias Geocéntrico para las Américas (Sirgas)⁴¹.

⁴¹ Esta determinación, por cierto, no tendría relación alguna con el acuerdo posterior entre Ecuador y Perú que, a la luz de la sentencia de la CIJ en el caso entre Perú y Chile, y sin impedimento jurídico alguno, habría

Por otro lado, en cualquiera de esas tres hipótesis, como también en el supuesto de la Corte de entender que existe un acuerdo tácito, habría quedado pendiente la determinación de la extensión del paralelo geográfico que constituye la frontera lateral entre los dos países. Asunto, este, solucionado con el Ecuador en el año 2011 a través de la celebración de un tratado, vía intercambio de notas reversales; y solucionado con Chile a través de la determinación hecha por la CIJ.

En suma, tal como se puede observar, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se puede encontrar una definición clara de los acuerdos tácitos. Desde mi punto de vista estos acuerdos que, por lo expuesto, 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). Sin embargo, como indiqué al inicio, este análisis no pretende zanjar la discusión sobre el tema, sino todo lo contrario, generarla.

modificado un límite acordado entre los dos primeros países, fijando uno nuevo con una ubicación y extensión claramente definidas.