

LECCIONES DEL PROCESO ENTRE CHILE Y PERÚ ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Farid Kahhat

¿CUÁNDO Y CÓMO SE APLICAN LOS FALLOS DE LA CIJ?

Consecuente con su interpretación, Colombia planteó una excepción preliminar, según la cual la CIJ (Corte Interamericana de Justicia) no era competente en la materia porque existía ya un tratado de límites entre las partes. En Diciembre de 2007 la CIJ desestimó esa excepción preliminar (no sería por ende casual que la demanda peruana fuera presentada en enero de 2008, y que Chile no respondiera presentando una excepción preliminar similar a la planteada por Colombia).

Esa decisión de la Corte constituyó una primera derrota para Colombia, y el hecho de que sus implicaciones no fueran objeto de un debido escrutinio público sería una razón por la cual la mayoría de los colombianos parecía tener expectativas poco realistas respecto al fallo final. En el Perú (a diferencia de Chile), no existió mayor debate público sobre el proceso ante la CIJ, y la virtual unanimidad entre los analistas pudo haber inducido expectativas maximalistas en un sector de la opinión pública, lo cual, a su vez, suponía el riesgo de que una victoria parcial (por ejemplo, obtener el denominado “Triángulo Exterior”, equivalente a unos 28 000 kilómetros cuadrados), fuese percibida como derrota. Esto es particularmente relevante si se toma en consideración que los fallos de la CIJ en temas limítrofes virtualmente nunca conceden a una de las partes el íntegro de sus demandas.

Las razones por las que los fallos de la CIJ virtualmente nunca conceden a una de las partes el íntegro de sus demandas pueden ser de diversa índole. Si bien se trata de una corte de justicia cuyos fallos deben atenerse a derecho, cabe presumir que las consideraciones políticas podrían influir en la adopción de decisiones que, restringiéndose a lo que permite el derecho internacional, faciliten su aplicación. Está el hecho de que la CIJ es parte del sistema de paz y seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.¹ Aunque las implicaciones que ello pudiera tener para los fallos de la CIJ no son del todo evidentes, es probable que una de ellas sea tener en consideración el efecto que un fallo pudiera ejercer sobre las relaciones futuras entre los Estados involucrados. Después de todo la CIJ, a diferencia de una corte nacional, no cuenta con fuerza policial o sistema penitenciario a los cuales pueda exigir la ejecución de sus fallos: una corte internacional depende en lo esencial de la buena fe de quienes gobiernan los Estados involucrados en una controversia para que sus fallos sean acatados. Lo que no implica sin embargo que la CIJ parta las diferencias, aun cuando una de las partes carezca de un argumento plausible desde una perspectiva legal: no es casual, por ejemplo, que Chile y Perú se abstuvieran de solicitarle el reconocimiento de algunas de sus posiciones históricas que contravienen el derecho internacional (como la tesis chilena del “Mar Presencial”, o la tesis peruana de las 200 millas de mar territorial).

Quienes en el Perú temían que Chile no implementase el fallo de la CIJ sobre su diferendo marítimo, apelaban a la historia. El Tratado de Ancón de 1883 establecía la obligación de llevar a cabo un referéndum en las regiones de Tacna y Arica (entonces bajo ocupación chilena), el cual, jamás se realizó. Los temas pendientes del Tratado de Lima de 1929 (que delimitó la frontera terrestre), se finiquitaron recién en 1999.

Pero esos precedentes no proveían el criterio más adecuado para evaluar la probabilidad de ejecución del fallo de la CIJ. De

¹ Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/unchart.php>

un lado, porque la relación bilateral no siempre fue ríspida, como se suele creer en el Perú. De otro modo, ¿cómo explicar que Chile fuese uno de los Estados garantes del Protocolo de Paz, Amistad y Límites entre Ecuador y el Perú en 1942?, ¿o que la tesis de las 200 millas de mar soberano fuese una iniciativa conjunta de esos tres países? Presumiblemente la relación entre ambos gobiernos era buena antes del fallo, mientras que el grado de interdependencia que existe entre ambas economías no tiene precedentes (sin mencionar los foros de integración que ambos Estados promueven, como la Alianza del Pacífico, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, o las negociaciones para establecer un Acuerdo de Asociación Transpacífico): parecía poco probable que el Estado chileno estuviera dispuesto a poner en riesgo unas relaciones económicas que, a criterio de quienes cuestionan su voluntad de acatar el fallo, lo beneficia en mayor proporción que a su par peruano, para desconocer sus obligaciones bajo el derecho internacional.

En esta ocasión no estamos ante un tratado bilateral, sino ante el fallo de una corte internacional. El criterio más adecuado para evaluar su probabilidad de ejecución sería por ende el historial de acatamiento de los fallos emitidos por la CIJ. Y con respecto a ese historial de acatamiento, tanto la investigación pionera de Constanze Schulte,² como investigaciones posteriores,³ coinciden en algunas conclusiones fundamentales. La primera es que cuando un Estado no desea someterse a un eventual fallo adverso de la CIJ, comienza por cuestionar su competencia sobre la materia objeto de controversia. Si pese a esa objeción la CIJ decide que tiene competencia en la materia, el Estado en cuestión no presenta una defensa en la fase de evaluación de los méritos del caso, ni acude a la lectura del fallo. Además, los pocos casos de desacato involucran a dos tipos de Estado: o bien se trata de un miembro

² Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

³ V. Aloysius Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", en *The European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 5, 2008, pp. 815-852.

permanente del Consejo de Seguridad de la ONU (cuyo derecho a veto por ende lo protege de cualquier acción que el Consejo pudiera considerar en su contra), o bien se trata de un Estado capaz de existir en aislamiento dentro del sistema internacional, y de ignorar las preferencias de sus propios ciudadanos (como fue el caso del régimen comunista albanés durante la Guerra Fría).

En cambio, cuando un Estado acepta la competencia de la CIJ, presenta una defensa, y acude a la lectura del fallo comprometiéndose a su acatamiento, tarde o temprano lo implementa. El problema que identifican los investigadores en esos casos no es el riesgo de un desacato, sino de una dilación prolongada en el proceso de implementación. La dilación en la implementación del fallo suele cumplir dos objetivos. El primero es buscar acuerdos con la parte beneficiada por el fallo, para salvaguardar ciertos intereses de la parte que debe hacer concesiones (por ejemplo, obtener derechos de pesca y evitar nuevas controversias limítrofes, en el caso de Colombia y Nicaragua). El segundo objetivo de la dilación es reducir el costo político de implementar un fallo adverso, esperando por ejemplo que su implementación progresiva reduzca con el paso del tiempo la intensidad de la animadversión hacia el fallo. Salvando las diferencias con la controversia entre Colombia y Nicaragua, sería algo similar a lo que ocurrió entre Ecuador y Perú tras el conflicto armado de 1995: hoy en día la relación entre ambos países es a tal punto ejemplar, que pocos recuerdan que la mayoría de los encuestados en Perú se opuso en su momento al fallo arbitral emitido por los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro.

La dilación en el acatamiento del fallo es posible porque los antecedentes sugieren que, durante un cierto período de tiempo posterior a su emisión, ni la propia CIJ ni el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (facultado por la Carta de la ONU para obligar al cumplimiento de los fallos de la CIJ), serán proclives a involucrarse en la materia. Pero es sintomático que ningún Estado haya optado por tentar el albur de someter su desacato a la consideración del Consejo de Seguridad (pues suelen implementar el fallo antes de que se plantee esa posibilidad).

LA CIJ NO ESTÁ OBLIGADA A SEGUIR SUS PRECEDENTES

Además de denegar la excepción preliminar planteada por Colombia en su diferendo con Nicaragua, en diciembre de 2007, la CIJ desestimó el argumento colombiano (similar al planteado por Chile), según el cual su prolongado control de facto sobre la zona marítima en controversia, al no haber sido desafiado por Nicaragua (como tampoco lo hizo Perú), demostraría el reconocimiento por parte de ese país de la existencia de una frontera marítima (y cabría recordar que Colombia ejerció ese tipo de control 28 años más de los que lo ejerció Chile). El fallo ratificó además un precedente medular establecido por la propia CIJ en su fallo en torno al diferendo entre Honduras y Nicaragua: al ser un límite marítimo permanente un tema de la mayor importancia, la evidencia de un acuerdo tácito debía ser convincente, y este no podía ser fácilmente presumido.⁴ Lo cual, indicaba que la carga de la prueba recaía sobre Colombia (y sobre Chile, en la eventualidad de que Perú lo demandase ante la CIJ). El fallo de la CIJ en el diferendo entre Colombia y Nicaragua además aplicó el principio de equidistancia como criterio de delimitación, con modificaciones por la presencia de islas y cayos (el mismo principio que, según el Estado peruano, debía definir el íntegro de su límite marítimo con Chile). Por último, la CIJ aplicó dicho principio de equidistancia invocando la Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), pese a que Colombia no formaba parte de ella (como tampoco lo hacía Perú).

Todo lo que parecía favorecer la posición peruana en su diferendo marítimo con Chile (por ejemplo, en relación a la posición peruana según la cual la Declaración de Santiago de 1952 no constituía un tratado de límites). Pero al igual que en el caso del diferendo entre Colombia y Nicaragua, el que tenía a Chile y el Perú como protagonistas involucraba más de un tema en controversia. De la reacción colombiana ante el fallo de la CIJ, derivaba una lección

⁴ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 4 May 2011. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/16482.pdf>

relevante tanto para el fallo en el diferendo entre Chile y Perú como para futuros casos: hay que escuchar todo el fallo antes de juzgar sus implicaciones. Dado que el fallo de la CIJ se pronunció primero sobre el tema terrestre (reconociendo a Colombia soberanía sobre islas y cayos), llevó a una celebración prematura, la cual se tornó en una profunda decepción cuando se leyó la parte concerniente a la soberanía marítima.

En el caso del diferendo entre Chile y Perú, al leer el presidente de la CIJ el fallo respectivo, requirió pocos minutos desestimar el argumento chileno según el cual la Declaración de Santiago de 1952 constituía un tratado de límites marítimos. Pese a que esa era la posición planteada por el Estado peruano, el fallo de la CIJ no le dio la razón al Perú en concluir que, dado que no existía un tratado formal de límites, no existía un límite marítimo entre las partes. Basándose en otros documentos y en los “actos propios” (es decir, la conducta de las partes en el tema objeto de controversia), la CIJ concluyó que existía un acuerdo tácito que trazaba el límite marítimo entre las partes en el paralelo que atraviesa el primer hito de la frontera terrestre, pero que ese acuerdo tácito no definía la extensión de su proyección hacia aguas internacionales (por lo que la CIJ procedió a definir esa extensión, la que no se prolongaba 200 millas como pretendía Chile, sino tan sólo 80 millas, a partir de las cuales el límite marítimo pasaba a ser definido por una línea equidistante de las costas relevantes, como pretendía Perú).

De lo anterior deriva otra lección: con base en su propia interpretación de los méritos de un caso, la CIJ puede arribar a una decisión que sea no sólo diferente a lo que las partes demandaban, sino incluso a lo que previeron dentro de lo posible (como integrante de la Comisión Consultiva Ad Hoc de la cancillería peruana sobre el tema, puedo atestiguar que la posibilidad de un fallo que definiera el paralelo como límite marítimo a lo largo de una extensión mayor a 12 pero menor a 200 millas, jamás fue contemplada como uno de los escenarios probables). Es decir, Chile sostenía que existía un tratado formal de límites, que establecía un límite marítimo de 200 millas de extensión trazado a partir del primer

hito de la frontera terrestre. El Perú sostenía que no existía un tratado formal de límites, y que por ende no existía un límite marítimo entre las partes. Ninguna de las partes planteó jamás la posibilidad de que existiera entre ellas un acuerdo tácito pero incompleto de límites, como sostuvo el fallo de la CIJ.

Incluso algunos jueces de la propia Corte consideraron que el fallo en el diferendo marítimo entre Chile y Perú parecía cuestionar el estándar establecido en la materia por la CIJ en sus fallos anteriores (a saber, que al ser un límite marítimo permanente un tema de la mayor importancia, la evidencia de un acuerdo tácito debía ser convincente, y este no podía ser fácilmente presumido). De hecho, eso era lo que decía en forma explícita el Juez Bernardo Sepúlveda (Vicepresidente de la CIJ), en su opinión discrepante. Pero el punto es precisamente que la CIJ no está obligada a seguir sus propios precedentes, y en cualquier caso siempre es posible argumentar (como hizo la CIJ en este fallo), que el caso en cuestión difiere en forma significativa de aquellos que establecieron el precedente en cuestión, y que por ende debe ser juzgado con base en otros criterios.

Conocido el fallo de la CIJ, se produjo en el Perú un breve debate sobre los criterios con base en los cuales había que juzgar su contenido. Sugiero que hay al menos dos razones por las cuales juzgar el fallo, con base en las pretensiones máximas de cualquiera de las partes, constituye un error. La primera es que, como se indicó anteriormente, la CIJ virtualmente nunca concede a una de las partes el íntegro de sus demandas: era por ende previsible que cualquier expectativa maximalista habría de verse frustrada. En cualquier caso, y en segundo lugar, el contenido del fallo no debería contrastarse con esas expectativas maximalistas, sino con el *statu quo* ante. Es decir, habría que comparar el estado de cosas existente tras el fallo con el que prevalecía antes del fallo, para establecer si el cambio en la posición relativa del Estado peruano es favorable a sus intereses. Al juzgar el fallo con ese criterio, resulta incuestionable que antes del 27 de enero de 2014 (fecha en la que se emitió el fallo), ningún Estado del mundo reconocía como

Zona Económica Exclusiva del Perú los cerca de 50 mil kilómetros cuadrados que la Corte le reconoció como tal en esa fecha. Desde el 27 de enero de 2014 en cambio, ningún Estado del mundo puede cuestionar bajo el derecho internacional el hecho de que el espacio en mención constituye Zona Económica Exclusiva del Estado peruano. Es innegable por ende que, como producto del fallo, el Perú obtuvo control exclusivo sobre los recursos contenidos en unos 50 mil kilómetros cuadrados de mar, suelo y subsuelo, sin perder ningún territorio que estuviera bajo su control antes del fallo. Podría afirmarse que el Estado peruano no obtuvo todo lo que cabía esperar dentro de lo posible, pero no que perdió como consecuencia del fallo de la CIJ.

LAS LECCIONES DE LA PSICOLOGÍA

El fallo de la CIJ, en la controversia limítrofe entre Colombia y Nicaragua, obliga al Estado colombiano a ceder el control que de facto ejercía sobre unos 75 000 kilómetros cuadrados de espacio marítimo. El fallo de la CIJ en la controversia limítrofe entre Chile y Perú, obliga al Estado chileno a ceder el control que de facto ejercía sobre unos 22 000 kilómetros cuadrados de espacio marítimo. Parece razonable presumir que de haber buscado una negociación bilateral, tanto Colombia como Chile podrían haber obtenido resultados mejores que los que obtuvieron a través de los fallos de la CIJ. ¿Por qué entonces no buscaron esa negociación?

Una respuesta posible es que ambos países sobrestimaron la fortaleza jurídica de su propio caso. El caso colombiano se basó en el argumento de que el Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 había definido el límite marítimo con Nicaragua. El caso chileno se basó en el argumento de que la Declaración de Santiago de 1952 había definido el límite marítimo con el Perú. La CIJ desestimó ambos argumentos, en el primer caso al rechazar en diciembre de 2007 la excepción preliminar presentada por Colombia, en el segundo caso a través del fallo que emitió en enero de 2014. A

contramano de la tendencia a emitir fallos “salomónicos” que el ex presidente chileno Eduardo Frei le atribuyera a la CIJ, sus decisiones en estos casos fueron categóricas. De un lado, la Corte rechazó por unanimidad el cuestionamiento colombiano de su competencia en materia de delimitación marítima. De otro lado, la Corte desestimó en pocas líneas y sin ambages el argumento chileno de que la Declaración de Santiago (documento que no contiene la palabra “límite”, y que solo menciona la palabra “frontera” dentro de la frase “frontera terrestre”), constituía un tratado de límites marítimos.

En otras palabras, la explicación de por qué Colombia y Chile no buscaron un acuerdo bilateral con Nicaragua y Perú (respectivamente), no parece ser la confianza en la fortaleza de sus argumentos jurídicos. Una explicación alternativa sería aquella que proveen los hallazgos tanto en psicología social como experimental.⁵ En ambos casos, la parte más poderosa en lo militar (Colombia y Chile, respectivamente), era la que controlaba de hecho el espacio en controversia. Eso es relevante por lo que en psicología se denomina “Endowment Effect”,⁶ lo cual podría traducirse como “Efecto de Dotación”. Chile ejerció control efectivo sobre el espacio marítimo en controversia por más de medio siglo, mientras Colombia lo hizo por más de ochenta años. El “Efecto de Dotación” sugiere que la posesión efectiva de un bien genera en quien la ejerce la convicción de que le asiste un derecho de propiedad o, en este caso, de soberanía. Es decir, no parecía existir duda alguna entre chilenos y colombianos sobre el hecho de que las zonas en controversia les pertenecían.

A eso habría que añadir otro hallazgo de la psicología, que da en denominarse “Reactive Devaluation”⁷ (lo que podría traducirse como “Devaluación Reactiva”). Alude a que en situaciones

⁵ James Golgeier, “Psychological Perspectives”, en Christian Reus-Smit y Duncan Snidal [eds.], *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Idem.*

de conflicto no solemos evaluar las propuestas de quien es percibido como un rival con base en su contenido, sino con base en la identidad (potencialmente hostil) de quien formula la propuesta. En otras palabras, qué se propone importa menos que quién lo propone. En los casos que abordamos, operaría la siguiente lógica: sería altamente improbable que tanto la opinión pública como las élites en Chile acepten entregar el control de un espacio en controversia simplemente porque el Estado peruano lo demanda (sobre todo cuando Chile posee una amplia superioridad militar sobre el Perú, y por ende la pérdida de control territorial no podría ser racionalizada como un acto de realismo político, como al parecer ocurrió en el caso de Crimea). Si resulta tolerable, sin embargo, ceder el control del mismo territorio cuando la decisión proviene de un tercero neutral, al que las partes reconocen la legitimidad necesaria para decidir sobre la materia.

Lo mismo podría decirse de Colombia, y cabría recordar que, formalmente, el gobierno colombiano no desató el fallo: se limitó a señalar que el mismo era inaplicable en ausencia de un tratado de límites con Nicaragua. Aunque los expertos parecen coincidir en que la posición colombiana no tiene asidero en el derecho internacional, la misma deja abierta una posibilidad para su implementación: si el fallo es inaplicable en ausencia de un tratado de límites, luego entonces si sería aplicable en caso de suscribirse ese tratado. A juzgar por los antecedentes antes mencionados en cuanto a la implementación de los fallos de la CIJ, cabe esperar que tarde o temprano Colombia acate el fallo.⁸

⁸ Recordar fechas y encuestas permite atisbar las razones que pudieron motivar la decisión del presidente Santos. En septiembre de 2012 (cuando el gobierno de Santos da a conocer su intención de iniciar negociaciones de paz con las FARC), la aprobación de su gestión presidencial alcanzó un 62.9%. Sin embargo, en noviembre de 2012 (tras la emisión del fallo de la CIJ), esta cayó hasta un 45%. El anuncio según el cual el fallo de la CIJ era inaplicable en ausencia de un tratado se realizó en septiembre de 2013: es decir, un mes después de iniciarse el mayor Paro Agrario que Colombia ha experimentado en décadas, y *ad portas* de cumplirse un año del inicio de las negociaciones con las FARC (durante las cuales sólo se habían alcanzado acuerdos en torno a uno de los cinco temas en agenda). Según una encuesta regional de Consulta Mitofsky, Juan Manuel Santos se ubicaba en septiembre de 2013 en el lugar

Lo dicho es aplicable a otra controversia territorial pendiente entre Chile y Perú, en torno a la soberanía sobre una pequeña franja de territorio conocida como “Triángulo Terrestre”. No sólo porque los hallazgos de la psicología antes mencionados sugieren que ninguna de las partes será proclive a ceder ante la otra, sino además porque la soberanía territorial es una de las razones por las que Benedict Anderson considera que las guerras nacionales son un sucedáneo de las guerras por religión: preservar la integridad territorial del propio Estado es lo más cercano a un valor sagrado en política internacional. Por eso, como se indicó, la única forma tolerable de ceder en materia territorial es a través de la mediación de un tercero neutral al que las partes reconocen la legitimidad necesaria para dirimir la controversia. Según el Tratado de 1929, ese tercero neutral sería el presidente de los Estados Unidos, quien a su vez solicitaría un peritaje a expertos sobre cuya recomendación basaría su decisión. Es sabido que el gobierno estadounidense es renuente a involucrarse en el tema. Por eso las partes deberían ofrecerle un incentivo para hacerlo: acordar de antemano que, sea cual fuere la decisión, se comprometen a edificar en el lugar en cuestión un símbolo de confraternidad que gestionarían de manera conjunta. Pero determinar primero de qué lado de la frontera se encontraría ese hipotético símbolo, es una condición necesaria para poner fin a las controversias territoriales entre ambos países.

18 entre los 19 jefes de gobierno cuya gestión fue objeto de evaluación, con una aprobación del 25%. Cabría añadir dos datos adicionales. En primer lugar, según una encuesta publicada en su momento por la revista *Semana*, un 91% de los colombianos calificaba el fallo de la CIJ como injusto, y un 85% creía que el gobierno de Juan Manuel Santos debía desacatarlo incluso si ello pudiese implicar una guerra con Nicaragua. En segundo lugar, el presidente Santos aspiraba a ser reelegido en el cargo en mayo de 2014. En resumen, esperar que un presidente decidido a tentar la reelección contando sólo con un 25% de aprobación se comprometiera sin dilaciones a acatar un fallo que aborrece sin contemplaciones el 90% de los votantes, equivalía a pedirle peras al olmo.