

EL REGIMEN JURIDICO DE LAS CONVENCIONES DE PERU Y CHILE DE 1993.

Fernando Vidal Ramírez*

PROLEGOMENO

Por el Tratado de 1929 los territorios de Tacna y Arica quedaron divididos, resolviéndose de manera definitiva la situación de Arica, que quedó desmembrada del territorio nacional y bajo la soberanía del Estado chileno, quedando privada Tacna del que había sido su puerto natural. Por ello, el artículo quinto del Tratado estableció que «para el servicio del Perú, el Gobierno de Chile construirá a su costo, dentro de los mil quinientos sesenta y cinco metros de la Bahía de Arica, un malecón de atraque para vapores de calado, un edificio para la agencia aduanera peruana y una estación terminal para el ferrocarril a Tacna, establecimientos y zonas donde el comercio de tránsito del Perú gozará de la independencia propia del más amplio puerto libre». Por la misma razón, el artículo segundo del Protocolo Complementario precisó que las facilidades de puerto «consistirán en el más absoluto libre tránsito».

A partir de 1951 y sólo para el inicio y la ejecución de las obras, aunque de manera intermitente, se fueron entablando negociaciones sin que en las mismas se tratara lo relativo al régimen jurídico al que debían quedar sometidas. Fue así que se formalizaron acuerdos en relación a las características técnicas que debían tener las obras, las que quedaron concluidas en 1987.

Las negociaciones para establecer el régimen jurídico se iniciaron recién cuando estaban por concluirse las obras, en 1985, llegándose a los acuerdos preliminares que constan en la denominada Acta de Lima. En virtud de este instrumento se pretendió establecer un régimen jurídico en el que se atribuía al Perú la operación y explotación autónoma de los establecimientos y zonas previstas en el Tratado de 1929 para conformar un sistema integrado de servicios que debían ser administrados por un funcionario del Estado peruano, quien debía actuar en coordinación con las autoridades chilenas de Arica, pues, en razón de la soberanía chilena la operación en el malecón de atraque o muelle quedaría incorpora-

* Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNMSM, de la Universidad Católica y de Lima. Ex-Decano del Colegio de Abogados de Lima.

da, jurídica y funcionalmente, al complejo portuario de Arica. Al fracasar estas negociaciones, el Acta de Lima fue declarada sin efecto compromisorio.

A fines de 1991 los Gobiernos de Perú y Chile nombraron nuevamente sendas comisiones negociadoras, llegándose a realizar una primera ronda en el mes de Marzo de 1992. Con motivo de la ruptura del orden constitucional en Abril del mismo año, Chile suspendió unilateralmente las negociaciones ya entabladas.

En los primeros días de Enero de 1993, los Cancilleres del Perú y Chile decidieron la reanudación de las negociaciones y, para tal fin, acordaron designar sendas comisiones conformadas por dos miembros cada una, las que, una vez constituidas, en un plazo de 60 días debían presentar sus propuestas a las respectivas Cancillerías. Estas propuestas han sido el antecedente inmediato de las denominadas Convenciones de Lima, la primera, sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo quinto del Tratado de 1929 y segundo de su Protocolo Complementario y el régimen jurídico al que se sujetarán las obras construidas por Chile, y, la segunda, para normar el libre tránsito, así como a las notas reversales relativas al centro integrado de administración fronteriza, al sistema operativo para el control de personas y mercaderías durante el recorrido del ferrocarril de Tacna a Arica, a la situación del predio El Chinchorro y al significado histórico del Morro de Arica.

Nos vamos a ocupar, ahora, de la Convención relativa al régimen jurídico de las obras construidas por Chile suscrita el 11 de Mayo de 1993.

1. EL MALECON DE ATRAQUE O MUELLE

Como ya se ha indicado, el artículo quinto del Tratado de 1929 dispuso, «para el servicio del Perú», la construcción de «un malecón de atraque para vapores de calado» que, junto con el edificio para la agencia aduanera peruana y la estación terminal para el ferrocarril a Tacna, son los «establecimientos y zonas donde el comercio de tránsito del Perú gozará de la independencia propia del más amplio puerto libre». El artículo segundo del Protocolo Complementario precisó que «las facilidades portuarias debían dar lugar al «más absoluto libre tránsito de personas, mercaderías y armamentos al territorio peruano, y desde éste al territorio chileno».

Según conocida información¹, en 1951 el Gobierno de Chile evidenció su deseo de iniciar los estudios y designó una comisión técnica para que formulara los planteamientos correspondientes, a los que accedió el Gobierno peruano en 1952, para luego de períodos intermitentes, en 1965, aprobar los estudios a fin de que se diera inicio a los trabajos, los que aprobados por una comisión técnica peruana, en 1982, culminaron en 1987. De este modo quedó acordada la ubicación del malecón de atraque, pues no ha sido construido «dentro de los mil quinientos sesenticinco metros de la Bahía de Arica», según lo estableció el artículo quinto del Tratado.

El malecón de atraque - que fue la denominación utilizada por el Tratado de 1929 y

1 BROUSSET BARRIOS, Jorge. "Ejecución de las cláusulas pendientes del Tratado de 1929". EN: **Relaciones del Perú con Chile y Bolivia**, Lima: CEPEI, 1989, p. 97 y siguientes.

que la Convención de Lima llama Muelle Norte -ha sido construido como parte integrante del Puerto de Arica, siendo su estructura similar a las demás del puerto. Su losa tiene un espesor de 4 metros de concreto armado extendida sobre el terraplén y enrocado que la sostiene, siendo su ancho de 60 metros. Su longitud total es de 393 metros de los cuales corresponden 208 metros al borde para el atraque, borde que corresponde al exterior de la bahía de Arica, en el lado norte, no siendo utilizable, por el enrocado, el lado sur, que mira hacia el interior de la bahía. Ha sido levantado sobre un fondo de aproximadamente 10 metros de profundidad, que, según información de las autoridades portuarias chilenas, permite el atraque de naves de un calado de mas de 20,000 toneladas equiparándolo al muelle sur del puerto de Arica, cuya explotación corresponde a Chile.

Como puede apreciarse, el Tratado de 1929 sólo hizo referencia a «vapores de calado», sin hacer especificación alguna, por lo que la construcción del muelle quedaba librada, exclusivamente, a las características y especificaciones que a lo largo de los años han sido consultadas por Chile y aprobadas por el Gobierno. Por ello, es conveniente recordar la recomendación del Dr. Alberto Ulloa Sotomayor al analizar el Tratado de 1929 y su Protocolo Complementario aun antes de que Chile iniciara el período de consultas y comenzara los trabajos, al proponer que no habiendo previsto nada el artículo quinto en cuanto a la capacidad de los vapores y que como la arquitectura naval venía construyendo barcos cada día más grandes, era necesario un acuerdo que fijara el límite del calado de los barcos para los cuales debía construirse el malecón de atraque². Lamentablemente, pese a la anticipada y atinada recomendación de nuestro ilustre internacionalista, parece ser que nunca se formalizó tal acuerdo, ni al inicio ni a la conclusión de la obra.

Ahora bien, la determinación del régimen jurídico al que debía quedar sometido el muelle ha implicado la necesidad de interpretar el artículo quinto del Tratado de 1929 y del artículo segundo de su Protocolo Complementario. Esta labor hermenéutica debe tener por objeto el concepto de «puerto libre» y el significado de la expresión «para el servicio del Perú» que utiliza el artículo quinto del tratado de 1929.

El Dr. Ulloa Sotomayor en su Posición Internacional del Perú bajo el subtítulo de El Puerto Peruano en Arica, se limita a transcribir el artículo quinto del Tratado sin hacer exégesis alguna³. Mas bien, en su tratado sobre Derecho Internacional Público⁴, cuando vuelve a plantear el tema, permite inferir que relaciona el concepto de «puerto libre» con el libre tránsito comercial. En base a las ideas desarrolladas por nuestro ilustre internacionalista, la referencia al «puerto libre» en el artículo quinto del Tratado de 1929 debe entenderse al «comercio de tránsito del Perú» al que el mismo artículo le atribuye el goce de «la independencia propia del más amplio puerto libre». Esta interpretación la sustenta, además, el artículo segundo del Protocolo Complementario, en cuanto precisa que «las facilidades de puerto que el Tratado, en su artículo quinto, acuerda al Perú, consistirán en el más absoluto libre tránsito de personas, mercaderías y armamentos al territorio peruano, y desde éste a través del territorio chileno».

2 ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. **Posición Internacional del Perú. El Puerto Peruano en Arica.** (reproducción de la Revista del Foro), Año LXIII, Nº 1, Lima, Enero-Marzo de 1976, p. 49 y 50.

3 **Ibid.**, P. 49 y 50.

4 ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. **Derecho Internacional Público.** 4ta. edición, Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957, T. I, p. 508 y 509.

La expresión «para el servicio del Perú» tampoco ha sido objeto de exégesis por el Dr. Ulloa Sotomayor en su *Posición Internacional del Perú*, limitándose, tan sólo, ha hacer referencia a «El Puerto Peruano de Arica»⁵, al igual que en su *Derecho Internacional Público*⁶.

Es conveniente considerar que el antecedente inmediato al Tratado de 1929 fue el Tratado celebrado en 1923 entre el Reino de Serbia, Croacia y Eslovenia y el Reino de Grecia, como apunta el Dr. Luis Solari Tudela⁷. Según este Tratado, celebrado para el tránsito de mercaderías en favor del Reino de Serbia, Croacia y Eslovenia por el puerto griego de Salónica, se afectó en uso y se puso bajo su administración aduanera una zona portuaria, por un período de 50 años, pero continuando como parte integrante del territorio helénico y sujeta a las leyes y al ejercicio de la soberanía helénica.

Con este antecedente y ante las posiciones extremas que sectores de opinión peruano-chilenos han planteado a lo largo de los años, en cuanto a que el malecón de atraque debía ser entregado en propiedad al Perú y en cuanto a que para su servicio bastaba con que se le diera acceso a las instalaciones portuarias de Arica, la posición de los negociadores peruanos fue de que el Muelle «para el servicio del Perú» debía dar lugar a un derecho de uso que debía constituirse a perpetuidad, lo que así ha quedado establecido en la Convención.

En su estudio de las servidumbres constituidas por el Tratado de 1929, el Dr. Ulloa Sotomayor hace referencia a la adaptación por el Derecho Internacional de las instituciones jurídicas del Derecho Romano y Civil, enfatizando que más por una razón de analogía que por una razón de identidad, y, luego de analizarlas desde una perspectiva histórica, concluye en que las servidumbres internacionales requieren como elementos esenciales, entre otros, de un carácter territorial, pues las limitaciones a la soberanía sobre el territorio en el cual se establecen deben constituir el ejercicio de derechos territoriales. Precisamente, por el carácter estrictamente territorial de las servidumbres, se constituyen sobre predios, y porque se trataba de dotar al Perú de un derecho erga omnes, esto es, exclusivo y excluyente sobre el muelle, es que se optó por la constitución de un derecho de uso, a perpetuidad.

El derecho de uso, de origen románico-civil, es un derecho real que consiste en servirse de un bien no consumible, poseyéndolo, y, por tanto, constituye una desmembración del derecho de propiedad. La Convención reconoce el derecho de propiedad de Chile, pero sólo como la de un nudo propietario en cuanto que ha cedido el dominio útil, y, por eso, se ha previsto su inscripción en el Registro Conservador de Bienes Raíces con la anotación del derecho de uso constituido a favor del Perú. Se adaptó, así, una institución jurídica de origen románico-civil al Derecho Internacional, más por una razón de analogía que por una razón de identidad, la misma que queda protegida por normas internacionales, que, en todo caso, prevalecen sobre las de derecho interno.

5 ULLOA. *La posición internacional...* Op. cit., p. 47.

6 ULLOA. *Derecho Internacional...* Op. Cit., t. 1, p. 505

7 SOLARI TUDELA, Luis. *Derecho Internacional Público*, 4ta. edición, Lima: Studium Ediciones, p. 42.

8 Ver *Posición Internacional del Perú*, p. 42 y siguientes; *Derecho Internacional Público*, t. I, p. 497 y sgtes.

El derecho de uso así constituido comprende toda la obra construida por Chile y que se ha descrito anteriormente, ya que no sólo abarca a la losa del muelle y lo que también se ha construido sobre ella, sino además lo que viene a ser su infraestructura, esto es, lo que se encuentra debajo de la losa, como la estructura misma que la soporta, los pilotes, el concreto y todos los demás elementos que integran el muelle.

2. LA EXPLOTACION DEL DERECHO DE USO SOBRE EL MUELLE

El derecho de uso constituido en favor del Perú es, pues, una consecuencia de la interpretación del artículo quinto del Tratado de 1929, que le da origen, y se rige por la Convención que establece su régimen jurídico. Es un derecho real incorporado, en cuanto dominio útil, al dominio público del Estado Peruano.

La Convención ha previsto la explotación del muelle por una empresa a la que el Estado Peruano le otorgue la respectiva concesión. Esta modalidad de explotación no es contradictoria con la naturaleza del derecho adquirido a perpetuidad por el Estado Peruano, pues los bienes del dominio público pueden ser objeto de concesión⁹.

La empresa concesionaria ha de ser una empresa privada, organizada como sociedad anónima y constituida con capitales peruanos. La propiedad la tienen los inversionistas peruanos pues el sentido de la respectiva cláusula de la Convención es el de que la empresa sea peruana. La posibilidad de la participación de capitales chilenos ha sido prevista, pero requerirá de la aprobación del Gobierno Peruano; y, si se trata de la participación de capitales de terceros países, la conformidad deberán darla los Gobiernos del Perú y de Chile.

La modalidad de explotación se ha convenido también que sea a perpetuidad, por lo que el Estado Peruano sólo ejercerá el derecho de uso que tiene constituido sobre el Muelle Norte mediante el derecho soberano de otorgamiento de la concesión. Por ello, la transferencia de la concesión no será posible sin la anuencia del Estado Peruano.

La empresa concesionaria, en cuanto es una empresa privada, queda sometida a la jurisdicción y leyes chilenas, máxime si va a estar domiciliada en territorio chileno aun cuando se constituya en el Perú. Pero este sometimiento debe entenderse en relación a todo aquello que no resulte opuesto a los derechos del Perú constituidos por el Tratado de 1929, su Protocolo Complementario y por la Convención. De este modo, la constitución de la sucursal o agencia de la empresa concesionaria se regirá por la ley chilena así como las relaciones jurídicas que conforme a su naturaleza privada entable.

La Convención ha previsto los servicios que puede prestar la empresa concesionaria. Tales servicios son los de muelle y estadía a las naves, los de uso del muelle a los cargamentos y equipos de operación a las empresas estibadoras, los de almacenaje en la bodega y patios del muelle y el movimiento de la carga en dichos recintos y, los de coordinación para el suministro de agua, de energía eléctrica y otros similares a las naves, para los cuales fijará y cobrará las correspondientes tarifas. Estos servicios no comprenden los de

9 Ver el estudio sobre el dominio público del Dr. Alberto Ruiz-Eldredge. EN: **Manual de Derecho Administrativo. Temática Esencial**, Lima: Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Lima, Cultural Cuzco Editores, 1990, p. 215 y sgtes.

estiba y desestiba, para los cuales habrá que solicitar los servicios de alguna de las empresas que los prestan en el puerto de Arica, a elección de los consignatarios o embarcadores de la carga, o a quien le corresponda según el contrato de fletamento o transporte.

La Convención, por último, ha previsto la exclusividad del derecho de uso del Muelle Norte en favor del Perú, mas no para la carga. Por ello, la empresa concesionaria además de despachar carga desde el Perú o para el Perú, podrá hacerlo desde Chile o para Chile y desde otros países o para otros países lo que indudablemente ha de ser un incentivo, pues la estadística de la carga peruana despachada por el puerto de Arica no registra, en la actualidad, volúmenes que puedan hacer atractiva la explotación del Muelle Norte. Obviamente, sólo la carga peruana ha de gozar del derecho de libre tránsito consagrado en el Tratado de 1929 y su Protocolo Complementario y que regula la Convención sobre el libre tránsito que ha sido también ya suscrita.

3. EL EDIFICIO PARA LA AGENCIA ADUANERA PERUANA

El artículo quinto del Tratado de 1929 dispuso también que Chile debía construir a su costo un edificio para la Agencia Aduanera Peruana, el cual también ha sido puesto a disposición del Perú para su servicio. De este modo, se dota a la Aduana del Perú de un edificio moderno y funcional, que sustituirá a las actuales oficinas que vienen funcionando en una parte de la Casa de Yanulaque, que, aunque de propiedad del Estado Peruano reconocida por el artículo séptimo del Tratado, no sólo es inadecuada por sus instalaciones sino por estar en la ciudad y no en el puerto.

La Convención declara a la Agencia Aduanera Peruana como una entidad oficial del Estado Peruano, pues se trata de una extensión de la Superintendencia Nacional de Aduanas-SUNAD. Sus funciones son las del control aduanero sobre la carga peruana en tránsito a partir de su desembarque o ingreso al Muelle Norte, para garantizar que el libre tránsito se cumpla y que no se afecte el interés fiscal peruano.

Por tratarse de una dependencia de la SUNAD, la Convención ha previsto la participación de hasta tres funcionarios a los que corresponde la representación de la Aduana Peruana y las labores de dirección, razón por las que se precisa que deben ser de nacionalidad peruana y que gozarán de las mismas garantías y privilegios que los funcionarios administrativos del Consulado General del Perú en Arica. Además, se requerirá del personal de empleados que deberá ser contratado o nombrado por la SUNAD.

El edificio para la Agencia Aduanera Peruana, la bodega y los sitios de depósito están construidos sobre la losa del muelle y por eso tienen su mismo régimen jurídico.

La administración del edificio -no de la Agencia Aduanera Peruana-, así como de la bodega y los sitios de depósito, estará a cargo de la empresa concesionaria para la explotación del derecho de uso constituido sobre el Muelle Norte. Esto significa que corresponde a la empresa concesionaria ocuparse del mantenimiento y conservación del edificio, de la bodega y de los sitios de depósito.

4. LA ESTACION TERMINAL PARA EL FERROCARRIL A TACNA

El artículo quinto del Tratado de 1929, dentro de los establecimientos y zonas donde

el comercio de tránsito del Perú debe gozar de la independencia propia del más amplio puerto libre, previó la construcción de una estación terminal para el Ferrocarril a Tacna.

El Ferrocarril de Tacna a Arica fue terminado de construir en 1857 y entregado en concesión a una empresa para que lo explotara durante 99 años y luego revirtiera al Estado Peruano. Por eso, el artículo séptimo del Tratado de 1929 lo consideró entre los derechos privados legalmente adquiridos que debían ser respetados en los territorios que quedaban bajo las respectivas soberanías de los Gobiernos del Perú y Chile, constituyendo Chile, sin perjuicio de la soberanía que le corresponde ejercer, a perpetuidad y en la parte que la línea férrea atraviesa su territorio, el derecho más amplio de servidumbre en favor del Perú. Esta servidumbre ha sido prolongada por la Convención pues el ferrocarril tendrá acceso hasta el muelle a fin de facilitar las operaciones de carga y descarga.

El lugar donde ha sido construido el edificio de la estación no dista mucho del antiguo, pero está más cerca del terreno que ha sido ganado al mar, que en la Convención se denomina Explanada y que une el Muelle Norte con la costa. Esta ubicación facilita la interconexión de los servicios del Muelle con los del transporte carretero.

El artículo séptimo del Tratado de 1929 le asignó al Ferrocarril de Arica a Tacna la categoría de derecho privado y es con esta categoría como se produjo su reversión al Estado Peruano, pasando a formar parte de su dominio privado. Es por esta consideración que la Convención ha dispuesto la inscripción del derecho de propiedad sobre el nuevo edificio, y sobre la Estación misma, en el Registro Conservador de Bienes Raíces, lo que la somete a la ley chilena, pero con la importante ventaja de que quedan debidamente precisadas su superficie, linderos y medidas perimétricas frente a los cambios que puedan operarse en el futuro para el desarrollo de las instalaciones portuarias de Arica.

La Convención ha previsto la explotación del Ferrocarril de Arica a Tacna por una empresa concesionaria que, en la actualidad, es la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A.-ENAFER, que, dentro de la nomenclatura de la actividad empresarial del Estado, es una empresa estatal de derecho privado.

5. EL DERECHO DE LIBRE TRANSITO

El malecón de atraque o muelle, el edificio para la Agencia Aduanera Peruana y la Estación Terminal del Ferrocarril son los llamados establecimientos y zonas, en los que, según el artículo quinto del Tratado de 1929, «el comercio de tránsito del Perú gozará de la independencia propia del más amplio puerto libre» y deben dar lugar, según el artículo segundo del Protocolo Complementario, al «más absoluto libre tránsito». El régimen jurídico establecido por la Convención corrobora el derecho de libre tránsito consagrado en favor del Perú.

En 1992 el único medio terrestre que unía a Tacna y Arica era el Ferrocarril y el puerto de Arica servía, además, para unir a Tacna con el resto del litoral peruano. Por eso, tanto el Tratado como el Protocolo Complementario refirieron el libre tránsito a la línea ferroviaria, lo que quedó confirmado con la Convención de Tránsito de Mercaderías y Equipajes entre Tacna y Arica suscrita por el Perú y Chile el 31 de diciembre de 1930. La Convención ha extendido el libre tránsito al transporte carretero.

El régimen jurídico establecido por la Convención facilita el ejercicio del derecho de libre tránsito, el que será normado por la convención que deroga y viene a sustituir a la de 1930, la que ha sido también ya suscrita.

COLOFON

La Convención de la que nos hemos ocupado, conjuntamente con la relativa al libre tránsito, así como los acuerdos que constan en las notas reversales, abren una nueva etapa en las relaciones bilaterales con Chile. La superación de los rencores y antagonismos estériles no significa, de modo alguno, soslayar los valores patrióticos ni el recuerdo imperecedero de quienes, en su circunstancia, supieron encarnarlos. La nueva etapa de las relaciones bilaterales debe avistar un futuro pleno de realizaciones en pro del desarrollo económico y del bienestar social.