



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES



Konrad
Adenauer
Stiftung

UMC

LA DEMANDA MARÍTIMA DE BOLIVIA EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Contiene el Fallo de la Corte Internacional de Justicia
sobre las Excepciones Preliminares solicitadas por Chile

PATRICIO LEIVA LAVALLE
EDITOR

SERIE 8

LA DEMANDA MARÍTIMA DE BOLIVIA EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Patricio Leiva Lavalle
Editor

Contiene el Fallo de la Corte Internacional de Justicia
sobre las Excepciones Preliminares solicitadas por Chile

Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
Universidad Miguel de Cervantes

LA DEMANDA MARÍTIMA DE BOLIVIA EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Patricio Leiva Lavalle
Editor

Contiene el Fallo de la Corte Internacional de Justicia
sobre las Excepciones Preliminares solicitadas por Chile



Los contenidos de esta publicación son responsabilidad personal de los autores, no representan ni comprometen al Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, a la Universidad Miguel de Cervantes, la Fundación Konrad Adenauer, las Instituciones a las cuales pertenecen ni al Estado de Chile.

Autorizada la reproducción de los contenidos de este libro precisando su origen.

*Universidad Miguel de Cervantes
Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales.
Mac Iver 370, Santiago de Chile
Teléfono: 56-2 2927-3400*

*Copyright Universidad Miguel de Cervantes
e Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
ISBN N° 978-956-7803-14-9*

*Diseño e Impresión
Gráfica Funny S.A.
grfunny@123.cl*

CHILE 2016

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	8
Patricio Leiva Lavalle	
Reflexiones preliminares respecto del Fallo de la Corte Internacional de Justicia del 24 de septiembre de 2015	11
Claudio Troncoso Repetto	
Perspectivas anticipadas de la demanda boliviana en La Haya	17
Samuel Fernández Illanes	
El dilema de presentar excepciones preliminares	23
Miguel Schweitzer Walters	
Pacto de Bogotá, vías paralelas. Algunos Comentarios sobre los alegatos de Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia	31
Astrid Espaliat Larson	
Los casos de Bolivia: ante La Haya y la opinión pública	37
Carlos Portales Cifuentes	
El Fallo sobre las excepciones preliminares y las reacciones inmediatas en Chile	43
Jaime Lagos Erazo	
Impresiones preliminares del Fallo de la Corte Internacional de Justicia	59
Luis Winter Igualt	
Avizorando el futuro cercano de las relaciones exteriores de Bolivia	65
Cristián Faundes Sánchez	

Crónica de una Demanda anunciada: el Río Silala Paula Cortés González	77
Chile, entre la jusdiplomacia y la diplomacia de negociación José Rodríguez Elizondo	87
ANEXO Fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre Excepciones Preliminares	97

PRESENTACIÓN

PATRICIO LEIVA LAVALLE

Director

**Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
Universidad Miguel de Cervantes**

En abril del año 2013, Bolivia presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya con el objeto de lograr una salida soberana al mar. La Corte caratuló esta demanda como "Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico" Bolivia vs. Chile.

Conforme a sus procedimientos la Corte decidió iniciar el proceso con la presentación, por parte de Bolivia, de una Memoria con el objeto de exponer en detalle su solicitud, sus fundamentos y todos los antecedentes que la respaldaran. Esta primera etapa fue cumplida por el país demandante, según el calendario establecido, el 17 de Abril del año 2014.

Por su parte Chile, haciendo uso de un derecho establecido en los estatutos que rigen la Corte de La Haya, decidió invocar las denominadas excepciones u objeciones preliminares exponiendo que la Corte Internacional de Justicia no tenía competencia para tratar lo solicitado por Bolivia pues la materia planteada había sido resuelta, en forma definitiva, en el Tratado Bilateral del año 2004. Esta decisión fue presentada a la Corte el 15 de Julio del año 2014.

A partir de esa presentación se suspendió el proceso iniciado ante la demanda boliviana y se adoptó un nuevo procedimiento correspondiente al examen de las excepciones preliminares. Así, se estableció un nuevo calendario para llevar adelante las fases escritas y orales previstas para el caso. De este modo, Chile expuso los fundamentos y antecedentes de su solicitud y Bolivia analizó y dio a conocer su opinión sobre la materia.

Una vez conocidos los alegatos de ambas Partes la Corte Internacional de Justicia emitió su fallo el 24 de Septiembre del año 2015.

El fallo rechazó la solicitud de Chile y consideró “que posee jurisdicción, en base al artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer la demanda presentada por Bolivia el 24 de Abril del 2013”.

Sin embargo, es necesario destacar que la Corte redefinió la demanda de Bolivia al precisar que el asunto objeto de la disputa es si Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, si esa obligación existe, si Chile la ha incumplido. Más aún, la Corte precisó que “incluso asumiendo arguyendo que la Corte decidiera que existe esa obligación no sería tarea de la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tuviera lugar como consecuencia de esa obligación”.

Sobre estas bases, la Corte acordó reanudar el procedimiento sobre la demanda de Bolivia y se decidió que Chile debe presentar su Conmemoria, a más tardar, el 25 de Julio del 2016.

Importante es destacar que el 23 de Noviembre del 2015, el Gobierno designó al ex Ministro y ex Secretario General de la Organización de Estados Americanos Sr. Jose Miguel Insulza como nuevo Agente de Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Como Coagentes continúan el Sr. Claudio Grossmann y la Embajadora María Teresa Infante.

El Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales de la Universidad Miguel de Cervantes, de igual manera como procedió en el caso de la demanda de Perú sobre la delimitación marítima con Chile, ha seguido muy de cerca la demanda marítima de Bolivia, especialmente, mediante la continuidad de su Ciclo de Conferencias “Diálogos sobre La Haya”.

El presente libro “La Demanda Marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia” es el resultado de sus actividades destinadas a conocer, analizar, intercambiar ideas y divulgar, acerca de la naturaleza, significado y perspectivas de la demanda de negociar una salida al mar con soberanía solicitada por Bolivia.

Para ello, el Instituto ha invitado a un importante conjunto de reconocidos especialistas en estas materias quienes, desde sus distintas visiones personales, de una manera muy ilustrada y generosa, y en un marco de la más amplia libertad académica, han expuesto sus ideas y han contribuido de manera decisiva a que los diálogos con las personas interesadas en el tema puedan enriquecer los conocimientos sobre la controversia que se examina.

De los hechos mencionados anteriormente se concluye que el proceso iniciado por la demanda marítima de Bolivia ha estado consagrado, de manera fundamental, al tema de las excepciones preliminares presentadas por Chile.

Por ello el presente libro expone diversos artículos dedicados, en especial, al examen de muy distintos aspectos sobre la naturaleza y significado de las excepciones preliminares así como del fallo correspondiente de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, se presentan otros artículos que van más allá de este tema y serán motivo de particular atención en el próximo futuro. Desde luego, se aportan interesantes antecedentes sobre la nueva controversia presentada por Chile ante la Corte de la Haya, sobre el río Silala, aspectos significativos sobre las relaciones externas de Bolivia y un examen de experiencias en negociaciones internacionales que surgen tanto desde el marco de la Corte Internacional de Justicia como de esferas más amplias de las relaciones internacionales de nuestro país.

El Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales de la Universidad Miguel de Cervantes desea agradecer muy especialmente, el permanente estímulo y el apoyo financiero de la Fundación Konrad Adenauer que han hecho posible la realización del presente libro.

Reflexiones preliminares respecto del Fallo de la Corte Internacional de Justicia del 24 de septiembre de 2015

CLAUDIO TRONCOSO REPETTO*

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 24 de septiembre de 2015 rechazó por 14 votos contra 2 la objeción preliminar presentada por Chile. Por cierto no es el fallo que hubiésemos esperado. Sin embargo, efectuando un análisis equilibrado del mismo, éste presenta una serie de elementos favorables a la posición sustentada por Chile.

En primer lugar, cabe anotar que la Corte, al definir el objeto de la controversia, en la práctica reconfiguró la demanda de Bolivia. En efecto, la Corte distingue el asunto del acceso soberano al océano pacífico como objetivo final de Bolivia al presentar su demanda, por una parte, de si Chile tiene una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar y si esa obligación existe si la ha incumplido, por la otra (párrafo 32). Agrega, también, que la demanda no pide a la Corte que ella juzgue y declare que Bolivia tiene un derecho de acceso soberano al mar ni que se pronuncie sobre el estatuto jurídico del Tratado de 1904 (Párrafos 32 y 33).

En segundo lugar, la Corte fija en términos acotados el asunto objeto de la disputa. A este respecto señala que el objeto de la disputa es si Chile está

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Chile. Ponencia efectuada el día 28 de septiembre de 2015 en el Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales de la Universidad Miguel de Cervantes. Esta ponencia se efectuó a título estrictamente personal, circunscrita al ámbito propiamente académico, por lo que no representa necesariamente la opinión de institución o grupo alguno.

obligado a negociar de buena fe el acceso soberano de Bolivia al océano pacífico y si esa obligación existe, si Chile la ha incumplido (Párrafo 34). Para entender lo anterior agrega en el Párrafo 36 que las frases “acceso soberano” y “negociar un acceso soberano” no deben entenderse como la expresión de ninguna opinión por parte de la Corte sobre la existencia, naturaleza y contenido de una supuesta obligación de negociar por parte de Chile. Y aquí viene el párrafo clave del fallo del que tanto se ha hablado que es el párrafo 33 en su última frase que señala: “Incluso asumiendo *arguendo* que la Corte decidiera que existe esa obligación, no sería tarea de la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tuviese lugar como consecuencia de esa obligación” (subrayado añadido). La Corte no da más luces sobre esto ya que el fallo es muy escueto, pero entre una obligación de comportamiento y una de resultado, podemos concluir que lo que será objeto de la litis en el fondo es si con los diálogos, conversaciones y negociaciones entre los dos países que tuvieron lugar después del tratado de 1904 se configuró o no una obligación de comportamiento de negociar de buena fe con Bolivia, pero sin que se exija un cierto y determinado resultado como sería el acceso soberano al mar solicitado como única alternativa por Bolivia.

En Bolivia algunos personeros han afirmado que no es correcta nuestra interpretación del fallo de la Corte ya que –añaden– lo que se va a discutir es la existencia de una obligación de negociar con un resultado concreto y determinado, a saber, el acceso soberano de Bolivia al mar y lo que no podría predeterminar la Corte serían las diversas fórmulas en que podría concretarse dicho acceso soberano.

La verdad no es así. La Corte ha señalado muy claramente que no puede predeterminar el resultado de una eventual negociación y tampoco pronunciarse acerca del derecho de Bolivia a un acceso soberano al mar (Párrafo 33). Pero si ello no fuese suficiente, cabe leer el párrafo 64 de la opinión separada del Juez de la Corte Augusto Cancado Trindade que señala lo siguiente: “Afirmar el deber de negociar no es lo mismo que afirmar el deber de negociar un acuerdo o un resultado determinado. Lo primero no implica lo segundo. Este es un asunto para la consideración de la etapa de los méritos. La Corte está abocada aquí sólo a la primera, la alegada obligación de negociar” (subrayado nuestro añadido).

Sobre el mismo tema la jueza Louise Arbour, que participó en la deliberación de la Corte, señala que la Corte se concentra exclusivamente en la pretendida existencia de una obligación de negociar –cuya existencia debe por supuesto ser determinada en los méritos– sin referirse al pretendido contenido sustantivo y alcance de tal obligación (Número 24 de su voto disidente). Si la Corte –agrega– encontrase en los méritos que Chile tiene una obligación de ceder soberanía sobre parte de su territorio a Bolivia, bajo los términos a ser negociados (una obligación de resultado, como originalmente había sostenido Bolivia) ello caería de lleno en el artículo VI del Pacto de Bogotá y la Corte no tendría jurisdicción, ya que si una obligación de esa naturaleza fuera considerada como existente inevitablemente requeriría de modificaciones al Tratado de 1904, confirmándose que este asunto estaba regido por tal tratado y, por lo tanto, excluido de la jurisdicción de la Corte. (Número 25 de su voto disidente) y aquí agrega un párrafo clave para entender la última frase del párrafo 33 del fallo de la Corte. Dice la Jueza Arbour:

“26. Estoy consciente de que la Corte puede haber en gran medida evitado esa dificultad al caracterizar el objeto de la disputa como lo hizo en el párrafo 33 de la sentencia, que cito nuevamente: “Incluso asumiendo *arguendo* que la Corte decidiera que existe esa obligación [de negociar un acceso soberano], no sería tarea de la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tuviese lugar como consecuencia de esa obligación” (subrayado nuestro añadido).

Lo anterior confirma, a nuestro juicio, que la Corte agregó esta oración con un sentido muy claro. Era la única forma de estimarse competente para conocer del objeto de esta disputa ya reformulado por ella misma.

Cabe preguntarse entonces ¿cómo se llegó a “licuar” o “descafeinar” tanto la pretensión boliviana?

Como el fallo es muy escueto nuevamente hay que acudir a las opiniones disidentes, en este caso a la de la jueza Ad-hoc Louise Arbour. Ella se da el trabajo de hacer un minucioso relato de cómo Bolivia fue retrocediendo en sus argumentaciones durante el proceso.

Dice la Jueza Arbour que Bolivia nunca ha estado claro, si mediante las peticiones efectivamente está reclamando una obligación de resultado dado que ella ha articulado la naturaleza de su demanda de muy distinta manera (numero 4 de su voto disidente). Luego agrega que tanto en su demanda como en la memoria Bolivia requiere que la Corte declare que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia en orden a alcanzar un acuerdo que le conceda a Bolivia un acceso soberano pleno al océano pacífico (numeral 5). O sea, agrega, que la Corte declare una obligación de negociar con un resultado particular (numeral 6). Bolivia –continúa– no está pidiendo a la Corte “definir el alcance preciso o las modalidades de su derecho de acceso soberano al mar” sino que, en cambio, esas modalidades serán objeto de las negociaciones “de buena fe para alcanzar el resultado específico de acceso soberano al Pacífico”, pero ese resultado de acceso soberano según Bolivia, no es en sí mismo negociable, sino que una parte inherente a la supuesta obligación (numeral 10).

Luego la jueza Arbour anota que, aunque en la observación escrita de Bolivia a la objeción preliminar presentada por Chile, Bolivia afirma que el objeto de la controversia debe ser identificada con referencia a la demanda y memoria, ella no se refiere explícitamente a una obligación de resultado, señalando solamente que el objeto del proceso es el “no cumplimiento por parte de Chile de su obligación de negociar de buena fe un acceso soberano para Bolivia al Océano Pacífico, y su rechazo a dicha obligación” (numeral 11).

En la primera ronda de alegatos orales, añade la Jueza Arbour, Bolivia utilizó principalmente la expresión “obligación de negociar” aparentemente haciendo referencia a una obligación de resultado ya que agregó que esa obligación era para alcanzar un acuerdo de acceso soberano. El Profesor Akhavan, al final de la primera ronda, continúa relatando la Jueza Arbour, volvió a la idea de una obligación de resultado, resaltando que Bolivia no estaba requiriendo a la Corte que determine las modalidades específicas de ese acceso, sea este un corredor, un enclave costero, una zona especial u otra solución práctica. Bolivia sólo pide a la Corte que Chile honre su reiterado acuerdo de negociar tal solución. (Numeral 12).

Fue sólo durante la segunda ronda de alegatos, prosigue exponiendo la Jueza Arbour, que Bolivia introdujo cierta ambigüedad respecto de su posición en relación a la naturaleza de la pretendida obligación de negociar con Chile, sugiriendo que esa obligación no era “auto ejecutable” y podría no resultar en sí misma en que Bolivia obtenga un acceso soberano al mar, sino que simplemente constituía una obligación de entrar en negociaciones con el objetivo de alcanzar un acuerdo de acceso soberano (Forteau). Bolivia rechazó la afirmación de Chile en el sentido de que “Bolivia le está pidiendo a la Corte que ordene a Chile renegociar para cambiar el acceso no soberano de Bolivia a través de territorio chileno por un acceso soberano (Remiro Brotons). Finalmente los abogados de Bolivia citaron el caso *Gabcikovo Nagymaros* en el sentido que no es tarea de la Corte imponer un resultado para las negociaciones y corresponde a las partes determinar una solución práctica (Akhaván). (Numeral 13).

Finalmente, señala la Jueza Arbour, al responder al juez Owada, Bolivia respecto al significado de la frase “acceso soberano al mar” Bolivia señaló que “En la medida en que el significado de ese concepto y su contenido específico puedan ser definidos, es necesario determinar el entendimiento de las partes en los sucesivos acuerdos que han celebrado. La existencia y contenido específico del acuerdo entre las partes, Bolivia sostiene, que claramente no es un asunto a ser determinado en una etapa preliminar del procedimiento, y debe serlo, en cambio, en la etapa de méritos del procedimiento.” (Numeral 14).

Luego de leer todo lo expuesto por la Jueza Arbour en su voto, se puede especular sobre la razón en virtud de la cual la Corte, luego de haber acotado de esta forma el objeto de la disputa, opta por señalar que las disposiciones del Tratado de Paz de 1904 no se refieren expresa ni implícitamente a la cuestión relativa a la presunta obligación de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y que, por lo tanto, en opinión de la Corte, los asuntos en disputa son materias que no se encuentran “resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional” ni “regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del [Pacto de Bogotá]”

en el sentido que establece el Artículo VI del Pacto de Bogotá. (Párrafo 50 de la sentencia de la Corte).

En conclusión, la Corte no aceptó la solicitud de incompetencia formulada por Chile y optó por delimitar el objeto de la controversia bajo una forma distinta al acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico solicitado por Bolivia. Así, concluyó que al no estar, entonces, en cuestión el Tratado de Paz y Amistad de 1904, podría resolver que no eran aplicables la hipótesis previstas en el Artículo VI del Pacto de Bogotá que excluyen la intervención de la Corte en asuntos objeto de arreglo entre las partes o regidos por tratados vigentes al 30 de abril de 1948, como es el caso del Tratado de 1904.

Perspectivas anticipadas de la demanda boliviana en La Haya

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES*

Introducción

Seré un poco irreverente teniendo presente que mi intención es dirigirlos a una reflexión por una vía atípica, diferente a esa tradicional conocida entre nosotros.

Lo primero que quiero expresar es que apruebo absoluta y rotundamente la excepción preliminar que ha sido presentada por el Gobierno de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, no solo por el aspecto político de trascendental importancia que representa sino, también, por los matices jurídicos que se explican con eficacia.

Jurisdicción y Competencia de la Corte

Considerando la investidura regular que detentan los integrantes de la Corte Internacional de Justicia, es necesario desarrollar una sucinta distinción entre lo que es jurisdicción y competencia; conceptos que expresados en los hechos, materializan un tanto la irreverencia que motiva ésta exposición.

La jurisdicción está más enfocada en su Estatuto, absolutamente determinada en algo que es esencial, esto es, la solución pacífica de controversias internacionales y, que no debe perderse de vista.

* Profesor de Derecho Internacional, Universidad Central de Chile.

En esta lógica, la competencia propiamente tal está mucho más aplicada y detallada en el Reglamento de la Corte. En la distinción existe una divergencia, que alcanza existencia normativa en el análisis acucioso de los artículos del Reglamento.

**La Pregunta Breve es:
¿Por qué se Observan Divergencias en la Distinción?**

Porque la Corte siempre tendrá jurisdicción, considerando hechos precisos, esto es así porque, además, de ser el principal Órgano Judicial de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto de Bogotá “es uno de los tratados” que le otorga esa investidura. Con limitaciones de fechas, pero no el único. Lo hace el Estatuto.

Los problemas de jurisdicción, siguiendo el Estatuto, más bien se materializan en algo muy determinado. La Corte Internacional de Justicia es heredera de la Corte Permanente de Justicia Internacional constituida en el tiempo de la Sociedad de Las Naciones, que cesó en sus funciones el año 1946, y en esta lógica, la Jurisdicción de la nueva Corte se adapta gradualmente por esa vía. La Jurisprudencia sigue siendo una de las Fuentes del Derecho Internacional.

Controversia

Analizando el aspecto de la jurisdicción, es poco probable que la Corte argumente la imposibilidad de resolver controversias presentadas por las partes. Sin embargo, en este punto es necesario hacer una salvedad. Es cierto que los actos unilaterales pueden ser discutidos. Constituyen un argumento serio impuesto por Bolivia en busca de un objetivo, esto es, que exista una controversia, y en los hechos ha existido en los últimos 130 años, siendo reconocida en parte por Chile.

Precisamente, en catorce oportunidades Chile lo ha indirectamente reconocido; pues le apena la situación, le complica lo que tiene Bolivia que

no puede seguir así; le presentó proyectos, propuso un corredor, una solución alternativa, propuso un tratado de cesión de territorios, más una serie de otros ofrecimientos. Por lo tanto, el reconocimiento de la controversia también ha estado presente, y es un compromiso por parte de Chile, que corre también, en las últimas negociaciones que ha tenido con Bolivia, en uno de los 13 puntos, el número seis de salida al mar.

Al reconocerse la existencia de una controversia, la Corte debería ser competente desde un punto de vista jurisdiccional para precisar la realidad fáctica y jurídica del conflicto que requiere una solución pacífica, acogiendo ésta solicitud, en consideración a su función principal, solucionarlas.

Competencia Propiamente tal

Clarificada en el Reglamento, que permite considerar las llamadas declaraciones preliminares o excepciones preliminares de todo tipo y de distinta naturaleza; por ejemplo, se anotan algunas que son muy simples. Las cuestiones incidentales, que pueden materializarse en objeciones preliminares, así, el demandante puede señalar que es nulo el acuerdo existente para la jurisdicción de la Corte, o puede indicar que es inadmisibile, o puede solicitar medidas provisionales que se pueden aplicar para prever situaciones complejas, por ejemplo, el ataque de un país a otro, etc.

Finalmente, la incompetencia de la Corte puede ser perfectamente planteada, como en la especie lo ha hecho Chile, de manera exacta y muy bien fundamentada.

La Corte actual

La Corte Internacional de Justicia ha cambiado y evolucionado, tal como ha evolucionado el derecho. En dos aspectos fundamentales:

La Comisión de Derecho Internacional, que es la que está mandatada por la Asamblea General de Naciones Unidas para la creación y codificación

del Derecho Internacional, está en un momento extremadamente difícil. Lo ha dicho el Sr. Edmundo Vargas Carreño, un gran profesor que la presidió por años. Esta crisis que afecta a la CDI se ha reflejado en un aspecto: hace tiempo que no hay ningún Tratado Universal que la Comisión haya logrado adoptar; hay algunos pendientes, pero sus avances están limitados.

Esta situación se explica porque las partes están en desacuerdo, no hay una voluntad política, no hay una idea de codificación generalizada del Derecho Internacional, tal como se venía observando a lo largo de la historia y del tiempo. Esto revela una crisis del Derecho Internacional y no hay que eludir el punto. La crisis del Derecho Internacional es tal que no la asimilan de igual forma todas las naciones, por ende, los países están ejecutando una revisión e intentan elaborar un nuevo Derecho, menos acorde a las normas clásicas, sino ahora más con los principios de equidad, justicia, proporcionalidad; en esencia, es lo que la Corte ha venido haciendo en las últimas sentencias.

Así, es posible recordar algunas decisiones trascendentes que deben ser leídas y comprendidas con sigilo. Por ejemplo, el reciente fallo de la controversia sobre el límite marítimo con Perú. ¿Fue adoptado exactamente por Derecho Internacional clásico tradicional? La respuesta es negativa. ¿Son Tratados que tenía Chile en el entendido de que habían sido absolutamente delimitantes del mar? La respuesta es negativa. El fallo consideró una práctica pesquera tácita. Con claridad resolvieron negativamente casi todo. Pero las razones son otras. El resultado si coincidió con el paralelo, aunque cortado en la milla 80, y, además, que partía del Hito número uno. En términos precisos, le concedieron a Perú parte de nuestra ZEE y de la altamar por justicia, por equidistancia, es decir, se la otorgaron según una evolución moderna del derecho del mar, lo que permite pensar, siempre en la línea especulativa, que la Corte ha evolucionado hacia soluciones equitativas, (párrafo 184 de la Sentencia).

Además hay un detalle, y esto lo sé por una experiencia muy propia, me disculpa quien lo dijo, pues fue el Juez Mohammed Bedjaoui, que había sido Presidente de la Corte, y Representante de Argelia en el Comité de Asuntos Jurídicos de la UNESCO, que por largos años presidió,

sucedíendome posteriormente en el cargo, me dijo con todas sus letras lo siguiente: El Derecho Internacional que nosotros, la mayoría de los países, los 193 actuales que venían de los 50 originales, lo heredamos sin participar en su creación. Esto debe ser modificado, teniendo presente que subsiste un derecho sin ser todavía considerado; como los distintos sistemas jurídicos del mundo y las grandes civilizaciones según la Carta, representados en la Corte, de suerte que este derecho está en una transición, en un momento distinto, para algunos es crisis, para otros un derecho nuevo. Es posible dar distintas interpretaciones a lo dicho.

Si se observa que hay un derecho en que se busca corregir irregularidades o injusticias que pueden haberse presentado en situaciones anteriores, es posible pensar que, siguiendo esta línea argumental, la Corte puede tomar tres decisiones.

La primera, concluir que Chile tiene la razón. En tal caso, Bolivia debe llevarse la Memoria y hacer lo que estime pertinente con ella, en atención a que la Corte es incompetente. De ser así, la Corte falta a su deber primordial de conocer la causa y solucionar pacíficamente la controversia.

Segunda alternativa: la Corte es absolutamente competente. Bolivia tiene la razón, Chile debe proseguir con el juicio principal.

Tercera alternativa: Es probable que cuando la Corte estudie la complejidad del caso decida analizar el asunto de fondo. De ser así, la Corte proseguirá con el juicio, a fin de que se le presenten todas las argumentaciones. En esta misma lógica, resolverá preliminarmente que es competente.

Modificaciones y Renovación de la Corte

La Corte en los últimos fallos ha demostrado una tendencia de modificación y renovación, y en los hechos, se renueva este año. Hay cinco jueces que se deben elegir. Para uno de estos puestos aspira la candidata de Argentina Susana Ruiz Cerutti. Además, está el candidato de Jamaica, el Sr. Patrick Lipton Robinson; ambos candidatos del Grupo Latinoamericano y del Caribe, buscan reemplazar al juez Mexicano. El otro juez es

el brasilero Antonio Cançado Trindade que continuará en el cargo. Cabe destacar que en las votaciones de la controversia contra Perú los dos jueces latinoamericanos fallaron sistemáticamente en contra de Chile. Es un antecedente que se debe tener en consideración.

Finalmente, se debe reiterar que algunas materias están en evolución total. Por ejemplo, todo lo electrónico es una realidad absolutamente nueva. Asimismo, el medio ambiente, es una nueva preocupación y la Corte ha creado una sala especial dedicada al tema.

En otras palabras, la Corte Internacional de Justicia está preocupada de modernizarse. En esta perspectiva es necesario plantearse ¿cómo se adquirieron los territorios en disputa por Chile? con todas las justificaciones que correspondan para el derecho de la época. Pues esa justificación del siglo XIX, perfectamente válida, reflejada en el Tratado de 1904 y en el pacto de Tregua, hoy en día no la aceptaría Corte alguna.

Si se razona en ésta línea, una Corte que conoce de controversias para ser solucionadas requiere de un derecho nuevo, que apunte hacia otros horizontes, una Corte que asimile antecedentes y situaciones fácticas que puedan ser corregidas; dando énfasis al moderno Derecho Internacional actual ¿se va a restar de ésta postura por una excepción preliminar?. Son válidas y legítimas las dudas razonables al respecto.

Resultado:

La Corte se declaró competente, como se anticipó en esta ponencia. Desechó el Pacto de Bogotá y se basó en su Estatuto. Determinó el objeto del pleito: si Chile ha faltado o no a la obligación de negociar de buena fe un acceso soberano al Océano Pacífico a Bolivia, materia no prevista en el Tratado de 1904. Chile presentará su Contramemoria al 25 de julio de 2016.

El dilema de presentar excepciones preliminares

MIGUEL SCHWEITZER WALTERS*

Introducción

Esta presentación expondrá la posición que he venido sosteniendo hace ya mucho tiempo, relativa a la necesidad de presentar excepciones preliminares,

con la prevención de que, cuando les expongo ahora los motivos en que fundamento mi postura, lo hago fundamentalmente en mi calidad de abogado. Aflora más el abogado litigante que la condición de ex canciller, o la condición de académico, que, claro, sirven enormemente para fundamentar las reflexiones, pero lo que surge y fluye es lo del abogado que ha dedicado su vida entera a la defensa. Y digo defensa y no ataque ni litigación, pues en mi vida en el ámbito penal, fui siempre fundamentalmente un defensor, pocas veces un querellante. Efectuadas esas aclaraciones, espero se tenga la condescendencia de perdonar las posibles falencias de la exposición.

Comienzo por señalar la satisfacción de que el gobierno haya tomado la decisión de interponer las excepciones preliminares, fundamentalmente la falta de jurisdicción del Tribunal de la Haya pues hasta hace muy poco, antes de que se anunciara la resolución del gobierno, el aire, lo que flotaba en el ambiente, era que se iba adoptar el criterio de alegar la falta de jurisdicción, la incompetencia del Tribunal de la Haya, pero junto con las alegaciones de fondo en la contra memoria, vale decir, para que esto lo viese el tribunal al resolver la cuestión materia de la controversia.

* Decano de Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae.

Creo que a muchos los sorprendió, debo incluirme dentro de los sorprendidos, pues se decía que lo que se anunciaría, era que se iba a defender el fondo y sin embargo ocurrió lo contrario.

Ahora, es obvio que habían y hay razones que habrían aconsejado no plantear las excepciones preliminares. Una que yo la supongo, no me consta, es que el principal encargo que el Presidente Morales tiene que haberle hecho a su asesoría jurídica, tanto interna como internacional, es que se le diera la garantía de que esta demanda no se caía con las excepciones preliminares, y, si juristas de la talla de los que son los que están asesorando a Bolivia, han redactado la demanda, es porque de una u otra manera, deben haberle dado esa seguridad de que no se acogerían las excepciones preliminares.

El otro argumento —que es bastante obvio— es el de la prudencia con que los asesores internacionales normalmente aconsejan a sus clientes, particularmente cuando éstos son latinoamericanos y normalmente estos expertos internacionales que giran en torno de los tribunales internacionales, son fundamentalmente sajones o europeos.

En lo personal me tocó vivirlo y lo traigo a colación, porque es lo que a mi juicio puede servir para explicar la reticencia de ellos a presentar las excepciones preliminares. Cuando participé en la defensa del General Pinochet en Londres, al examinar la orden de arresto que presentaba irregularidades en la forma y en el fondo, no me cupo dudas de que cabía la interposición de un recurso de amparo. Cuando se le planteó la proposición a los abogados defensores, la respuesta fue que el recurso sería rechazado de plano ya que se recurría contra la resolución de un juez, un fiscal, y en una materia como la extradición, que no contemplaba la posibilidad de un habeas corpus. Mi argumento fue el mismo aprendido en la vieja Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, recordando que el recurso de amparo había precisamente nacido en Inglaterra y hacia muchísimos años, y que operaba cada vez que se entendiese que un arresto o una privación de libertad era arbitraria o ilegal. Convencimos a los abogados, se interpuso el recurso y se ganó por unanimidad en la High Court de Londres. Sólo que el contexto político y mediático era de tal magnitud y envergadura, que como la fiscalía anunció que apelaría, la Corte resolvió no ordenar la

inmediata libertad del amparado hasta mientras no se pronunciara respecto de la apelación la House of Lords.

Y en dicha sede volvió a pasar un evento parecido, porque cuando el fallo de la Cámara de los Lores se pierde cuatro votos a tres y el voto dirimente fue el del Lord Hoffman se nos hace ver que éste había tenido y mantenía vinculaciones con Amnistía Internacional que figuraba como interviniente en la causa.

De inmediato señalamos que estábamos frente a una posible causal de recusación de ese Lord..Planteado el tema de la recusación del Magistrado, de nuevo nuestros abogados asesores nos dijeron que ello era impensable, que en 400 años en la House of Lords nunca se había planteado una recusación.

Frente a los argumentos que dimos, que en Chile no se entendería no plantearla y que en definitiva no teníamos nada que perder, se nos señaló que no bastaba nuestra opinión de abogados asesores del cliente, sino que tenía que ser el propio cliente quien personalmente instruyera al equipo entero de abogados, todos los abogados ingleses, por lo que hubo de llevarlos a todos a Virginia Waters –lugar del arresto– para oír de boca del propio General Pinochet que estaba de acuerdo en que se planteara la recusación. Presentado el recurso de recusación de Lord Hoffman se ganó por unanimidad. El fallo señaló que Lord Hoffman no debió haber participado y que de haberlo hecho, debió haber advertido de su vinculación y si la parte aceptaba su integración entonces habría quedado habilitado, pero al no haberlo hecho, daba lugar a una nueva audiencia con tribunal no inhabilitado.

Algo parecido encuentro la situación de los abogados internacionales con las excepciones preliminares. Estoy cierto que la prudencia de ellos está recomendando que no es conveniente arriesgarse a un rechazo de la Corte.

Existe la posibilidad de evitar una derrota inicial, que no solo sería jurídica pues sería, también, política y se agrega que, además, sería indicio de lo que sería la resolución definitiva. Mejor sería reservar el argumento

de la falta de jurisdicción para cuando se exponga el despliegue de todas las argumentaciones.

Si bien la verdad es que nadie puede garantizar lo que va a ser la resolución de un tribunal compuesto por seres humanos, mucho menos se puede hacer respecto de un tribunal como la Corte de la Haya. Además de estar integrado por hombres y mujeres, la composición es particular, derivada del criterio de Naciones Unidas, en cuanto a la repartición tanto geográfica como jurídica, o sea los sistemas jurídicos más relevantes están representados, lo mismo que las cinco regiones del mundo. No obstante ello, Chile en este caso, tiene muy poco que perder y, sin embargo, mucho que ganar, lo que se explicará más adelante.

El otro argumento que se esgrime en contrario, es que es la Corte la encargada de resolver su propia incompetencia, no es como en otros casos en que el conflicto lo resuelve un tribunal superior.

Consciente de todos estos aspectos, así todo, en mi opinión la decisión que se tomó es la correcta.

Los argumentos surgen de la causa de pedir de Bolivia: que la Corte declare que Chile ha violado el derecho internacional al negarse persistentemente a otorgarle acceso soberano al mar; que declare que Chile tiene la obligación de negociar una salida soberana al mar; y, que obligue a Chile a negociar de buena fe una salida soberana al mar y todo ello, respetando lo dispuesto en el Tratado del año 1904.

Tomo solamente a modo de referencia, la opinión de un analista político boliviano, Jorge Lazarte, que señala que tiene dudas sobre la consistencia de la demanda de Bolivia, porque partir de la base, que los actos unilaterales de los Estados son capaces de crear obligaciones, son conceptos, dice, vagos e interpretables. Alude al Comité de Naciones Unidas de la Comisión de Derecho Internacional que entre los años 1997 y 2006, se dio el trabajo de analizar los requisitos que debía tener el acto unilateral para que pudiese entenderse que era capaz de crear una obligación: que tenga la intención de producir el efecto de crear la obligación, de acuerdo al derecho internacional; que se consideren todas las circunstancias que

rodean el acto; que se interpreten de manera restrictiva; que cualquier declaración unilateral es nula si va contra el derecho internacional; y, que los actos unilaterales pueden ser revocados y dejan por ese solo hecho de ser fuente de obligaciones.

Que es lo que está pidiendo Bolivia? A nuestro juicio, no está pidiendo nada más ni nada menos que la modificación del tratado de 1904 de manera disfrazada. Entonces, ello resulta incompatible con la competencia de la Corte, porque la Corte no puede intervenir en actos que ya estén resueltos por las partes por actos o acuerdos anteriores al año 1948. Resulta que esto queda demostrado en la propia memoria de Bolivia, donde no se dice absolutamente nada del intento que se hizo entre los años 1920 y 1922 cuando sometió el Tratado de 1904 a la revisión del Comité Jurídico de Naciones Unidas, que se declaró precisamente incompetente para revisarlo.

En segundo lugar la memoria señala que la obligación de Chile, surge de los tratados del año 1895. Primero entonces omite la primera presentación, lo que los abogados litigantes en Chile diríamos, está privando de la excepción de cosa juzgada, si esto ya se revisó y ya se resolvió, pero lo segundo, es que la causa de pedir, nacería de los tratados del año 1895, pero omite la memoria, señalar que en el año 1896 se intercambiaron notas diplomáticas entre los representantes de ambos países, diciendo que los tratados del año 1895 no tendrían efecto ninguno y están declarados nulos porque no tuvieron la aprobación de los respectivos congresos, que era la condición para darles validez, razón por la que se llega después de un largo camino, al tratado de 1904.

El otro punto, es que el disfraz de la base de la demanda, es tan obvio y queda en evidencia con la reforma constitucional, que se redacta en Bolivia en el año 2009, por la que se obliga al Poder Ejecutivo a denunciar o a renegociar cualquier tratado que tenga que ver con la privación del acceso soberano de Bolivia al mar. Esta reforma aparece refrendada por el Tribunal Constitucional de Bolivia, que señala, haciendo una interpretación de ese artículo, que lo entiende cumplido bastando con que se demande en los tribunales internacionales.

Adicionalmente hay que agregar que cuando Bolivia aprueba el Pacto de Bogotá lo hace con reserva del artículo VI y fundamenta la reserva porque no hace aplicable los procedimientos a controversias que afecten los intereses vitales de un Estado, porque la inhibiría de poder ir a reclamar del Tratado de 1904. Obviamente que frente a esto Chile objeta, responde y señala que en consecuencia cualquier problema que se tenga entre Chile y Bolivia no podrá ser materia de competencia de la Corte de la Haya y así entonces que ocurre? Que cuando se da cuenta de este incordio, primero se replantea la demanda, pero el día 10 de abril del año 2013 se retira la reserva de Bolivia del artículo VI. En catorce días, en consecuencia, queda sin reserva el artículo VI, y catorce días después, el 24 de abril se presenta una demanda, pero una demanda reconfigurada, donde no se hace alusión al Tratado de 1904. Al contrario se dice que el Tratado de 1904 está vigente, pero que Chile en cambio tiene la obligación de dar una salida soberana al mar en los territorios que antes fueron de Bolivia, lo que evidentemente es el disfraz de una causa de pedir.

Como se anticipó, hemos sostenido que Chile no pierde nada al presentar las objeciones preliminares y sin embargo tiene mucho que ganar. Sólo piénsese lo que para Chile significaría estar 5, 6 años de nuevo inmersos en un litigio de carácter internacional con todo lo que le significó al país el litigio que hubo con el Perú.

En este caso lo que se trata de demostrar es que aquí hay el disfraz de una causa de pedir, que en el momento que quede develada cual es la causa de pedir, caerá por su propio peso la competencia del tribunal, la jurisdicción del tribunal y por eso se puede sostener que a Bolivia lo único que le convendría es mantener este litigio tanto tiempo cuanto sea necesario, aun cuando en definitiva y al final pierda, pero todos los años que pudiera ganar manteniendo el litigio es porque es un problema que sirve a la política interna. Lo justo y lo contrario de lo que le puede pasarle a nuestro país. Mientras menos tiempo tengamos nosotros este litigio pendiente, mejor.

Plantear la falta de jurisdicción de la Corte como excepción preliminar, da ya un recado de la posición que tiene Chile, que además enaltece su defensa porque ya demostró cómo reaccionó frente al otro demandante. Con Perú el otro demandante no se presentó excepción preliminar, lo

que refuerza el argumento de que si se presenta ahora es porque se está convencido de que hay falta de jurisdicción, además de dejar abierta una posibilidad política y jurídica de reaccionar según cual sea la resolución de la Corte. No estoy diciendo lo que se deba hacer, porque no se sabe lo que va a resolver la Corte.

Mi distinguido amigo con quien he trabajado años, ya que venimos desde el colegio juntos, me quiere advertir y me dice no te metas en ese artículo Miguel, porque me vas a obligar a decir cosas. Esta tesis que esgrimió el profesor y ex embajador Rodríguez Elizondo —que algunos encuentran muy descabellada—, y para que decir Jaime, quien la considera la aberración del derecho internacional, a mi juicio no lo es tanto. Frente a una resolución aberrante de la Corte Internacional, la reacción de Chile podría ser perfectamente bien ser, no seguir el proceso y llegar sólo hasta la excepción preliminar. Ahora se debe pensar que es muy difícil, que la Corte emita una resolución aberrante y por ende no debiera darse esta circunstancia, con lo cual espero tranquilizar a mi amigo Jaime. Pero hay que señalar que si no se plantea la excepción preliminar el país se priva de la posibilidad de conocer el criterio de la Corte. Al plantear la excepción preliminar, la resolución de la Corte que resuelva la excepción preliminar dará un campo de acción del que Chile no debe privarse por el hipotético riesgo —entre comillas “político”— de una hipotética derrota. Lo más probable, si no aprueba, si no es exitoso el planteamiento de Chile, es que la Corte vaya a resolver en definitiva tanto la excepción preliminar como el fondo.

Se ha dicho mucho que los fallos de la corte son mayoritariamente de rechazar las excepciones preliminares. Debo reconocer que el tema no lo he estudiado a fondo, pero si vi los últimos cinco fallos, El caso de Serbia Montenegro contra Bélgica del 15 diciembre del 2004, en que se acogen las excepciones preliminares. El de la República Democrática del Congo contra Ruanda, que es una excepción de incompetencia de admisibilidad de la demanda, se acoge por 15 votos contra 2. El caso de Serbia contra Montenegro del año 2007 se declara competente. El caso de Nicaragua y Colombia es mixto, se acoge en lo que dice relación con el ámbito territorial, se rechaza en lo que dice relación con el ámbito marítimo y el caso de Guinea contra la República Democrática del Congo se rechaza

la excepción preliminar. De manera que de los últimos cinco, en dos se acoge, en dos se rechaza y en uno se acoge en una parte y se rechaza en la otra.

Para terminar, cito lo señalado por la Corte cuando resuelve lo de Nicaragua: se trataba de precluir la posibilidad de que se usen estos procedimientos y en particular estos remedios judiciales para reabrir materias que habían sido resueltas entre las partes a través de un pacto, porque habían sido el objeto de una decisión judicial anterior o de un tratado, cuando se ratifica el pacto, los Estados lo que miran es traer en sus procedimientos materias que todavía no han sido resueltas. Esto es lo que lo que dijo la Corte cuando acogió, precisamente la excepción de incompetencia en el tema territorial entre Colombia y Nicaragua

Además, cuando se redacta el artículo VI del pacto de Bogotá, el delegado ecuatoriano plantea que quizás el texto sea muy duro, sea muy explícito y el delegado del Perú contesta y dice: ante todo sería muy difícil bajarle el tono, en segundo lugar abriría la puerta a provocar una disputa que es precisamente lo que se quiere evitar. Pienso que el sistema americano de paz, no solo tiene que resolver disputas, tiene también que evitar que ellas se provoquen y esto es lo que se aprobó sin modificaciones y constituye hoy día el artículo VI del pacto de Bogotá.

Pretender entonces que por la vía del disfraz de la causa del pedir se lleve a la modificación del tratado de 1904 parece riesgoso y muchas veces los tribunales agradecen que se les ofrezca la posibilidad de no tener que resolver sobre el fondo. Especialmente, cuando lo que verdaderamente se está diciendo es que todas las negociaciones diplomáticas que hubo entre Chile y Bolivia, todas fracasadas, todas perfectamente explicables con sus motivos y razones, pero en el fondo negociaciones diplomáticas que no fueron exitosas, puedan constituir declaraciones unilaterales creadoras del derecho. Puede quizá resultar más fácil para la Corte pronunciarse sobre la incompetencia que está planteando el Gobierno de Chile de manera muy bien fundamentada y con muy buenas razones, que esperar 5 años para resolver exactamente lo mismo.

Pacto de Bogotá, vías paralelas. Algunos comentarios sobre los alegatos de Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia

ASTRID ESPALIAT LARSON*

Una cuestión central en las alegaciones realizadas por Chile y Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia, en ocasión de las excepciones preliminares planteadas por nuestro país, y que es común a las dos partes, es la interpretación del artículo VI del Pacto de Bogotá, que excluye la jurisdicción de la Corte. Chile planteó una distinción entre los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes y la otra frase, con la que termina el artículo VI del referido Pacto, que se refiere a los asuntos que se hallen regidos por acuerdos o tratados vigentes en la fecha de celebración del Pacto. Cada una excluiría de manera independiente la controversia de la competencia de la Corte; las cuestiones pertinentes del caso estarían regladas y regidas por el Tratado de 1904.

Mónica Pinto hizo esa distinción, tras hacer una referencia a la historia del Pacto de Bogotá, al significado de este tratado para la región, que fue contundente y contribuyó a que los jueces entiendan de mejor manera el significado de este tratado en el contexto latinoamericano. Sin embargo, no me queda claro cuál es la pertinencia de la distinción que hizo Chile entre los asuntos “reglados” por acuerdos y aquellos “regidos” por tratados en vigor en el momento de celebración del Pacto. Creo que la Corte no va a volver sobre sus pasos en relación a la interpretación que ya dio en el caso de Nicaragua versus Colombia sobre este artículo. La Corte, en esa oportunidad, señaló que en relación a los efectos jurídicos, no

* Profesora Derecho Internacional Público. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile.

hay ninguna distinción que hacer entre asuntos reglados y regidos para la aplicación del artículo VI.¹

Parece correcto lo señalado por Antonio Remiro Brotóns² cuando señala que la Corte, el año 2007, hizo un ejercicio bastante minucioso al examinar el texto del artículo VI y su vinculación con el tratado de 1928, que estaba en vigor entre Nicaragua y Colombia. En esa ocasión, la Corte examinó el texto del tratado y determinó que ella era solamente competente para pronunciarse sobre la soberanía respecto a las tres islas que estaban específicamente nombradas en el tratado, y que la frase demás islas e islotes que conformaban el archipiélago de San Andrés planteaban a la Corte la interrogante de cual eran esas islas e islotes y, por lo tanto, se declaró absolutamente competente para entrar en esa cuestión.

Esto quiere decir, entonces, que la Corte, al resolver una objeción preliminar es extremadamente exigente en el análisis de la cuestión que se le está planteando a la luz del artículo. En este sentido, es útil recordar lo que indicó el juez Abraham, actual Presidente de la Corte, en su opinión en el caso Nicaragua contra Colombia.³ Refiriéndose al sistema instituido por el Pacto, señaló que la particularidad de éste reside en que las disposiciones de un tratado en vigor plantean un obstáculo a las pretensiones que un Estado somete a la Corte, constituyendo por sí misma una causal de incompetencia de acuerdo al artículo XXI del Pacto, mientras que en el régimen general esa circunstancia justificaría el rechazo en el fondo de esas pretensiones.

Dicho de otro modo, el sistema del Pacto transforma en una cuestión de competencia lo que en el régimen general (cuando existen declaraciones

1 Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua v. Colombia), excepciones preliminares, sentencia C.I.J., Recueil 2007, p. 848, par. 39.

2 Diferendo sobre la Obligación de Negociar acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile), fase oral, CR 2015/19, p.41, pár.9 (Remiro Brotóns, A).

3 Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua v. Colombia), excepciones preliminares, sentencia, C.I.J., Opinión individual juez Ronny Abraham, Recueil 2007, pp.903-907.

facultativas, por ejemplo) sería una cuestión de fondo, aquella de determinar si las reivindicaciones de un Estado en relación a otro están o no conforme a las disposiciones convencionales aplicables en sus relaciones mutuas. Las cuestiones de fondo, serán tratadas entonces, como cuestiones de competencia en aplicación del sistema del Pacto. Si a ello se suma la interpretación textual que realiza la Corte, existe poco margen para la aceptación de una excepción preliminar.

Lo otra cuestión sobre la que insiste Bolivia, es la existencia de las vías paralelas. Bolivia reiteró en las distintas argumentaciones, la existencia de caminos paralelos, de caminos que no se entrecruzan. Por un lado, estaría el Tratado de 1904 y, por el otro, una serie de actuaciones que realizó Chile y que habrían conducido a la adquisición, por parte de Chile, de ciertas obligaciones.

En ese contexto, Bolivia siempre estuvo insistiendo sobre cuestiones de fondo, siendo muy explícito a este respecto. El mensaje que se le está enviando a los jueces es claro: separar el Tratado de 1904 de lo que sería la demanda de Bolivia, referida a distintas actuaciones de Chile que lo habrían comprometido internacionalmente frente a Bolivia. La retórica sobre esta materia creo que va en ese sentido. Así, la intervención de la profesora Chemillier-Gendreau fue bastante llamativa, pero sin mayor relevancia desde el punto vista jurídico. Estaba destinada a dar un mensaje a ciertos jueces, más específicamente a jueces vinculados al tema de los derechos humanos, por ejemplo. No se ve en el discurso, en la argumentación de la profesora Chemillier-Gendreau, reflexiones profundas sobre la posición jurídica de Bolivia. Por el contrario, lo que exhibe su discurso es una particular y antojadiza versión de la historia entre Chile y Bolivia, sellada con su referencia a la alucinación que sufriría Chile (que éste pretendía contagiar a la Corte), país cegado, por el sol y la aridez del desierto de Atacama, inventor de obstáculos para impedir que la Corte se pronunciara sobre la demanda de Bolivia, y que no serían más reales que Las Rosas⁴ de Atacama salidas de la imaginación de Luis Sepúlveda.

4 Diferendo sobre la Obligación de Negociar acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile), fase oral, CR 2015/19, p.37, pár.35 (Chemillier-Gendreau, M.).

El profesor Payam Akhavan, en cambio, realizó una intervención más interesante porque, insistiendo en la falsedad de la objeción chilena, señaló las distintas respuestas que podría tener la reclamación de Bolivia: un corredor, un enclave costero, una zona especial o cualquier otra solución práctica. Luego, el abogado iraní se refirió al pacto de contrahendo, un término que normalmente se emplea en asuntos mercantiles, en asuntos civiles, y poco usado en el derecho internacional, pero que ha sido definido en la enciclopedia del Max Planck Institute por el juez Owada.

Este juez ha señalado que un pacto de contrahendo es un acuerdo entre partes que crean una obligación vinculante conducente a un acuerdo futuro sobre un tema en particular.⁵ El uso del pacto en contrahendo por parte de Bolivia precisó los planteamientos difusos de Bolivia relativos a la obligación de negociar. Sin embargo, planteó un problema a Bolivia porque, una vez terminado el alegato del abogado iraní, el juez Greenwood formuló la pregunta relativa al momento en que según Bolivia se habría concluido un acuerdo para negociar un acceso soberano. Bolivia no quiso contestar esta pregunta, pues el profesor Akhavan se limitó a señalar que no hay un principio en el derecho internacional que requiera “a single magical moment when agreements or understandings appear out of nothingness, like the story of creation”,⁶ indicando así su postura de discutir esa cuestión en el fondo, mensaje claramente enviado a la Corte.

Una última reflexión. Los alegatos finales de Bolivia dieron cuenta de un componente fuertemente político. En esta línea se encuentran los alegatos de la profesora francesa, quien hizo gala otra vez de su retórica, así como del profesor Antonio Remiro quien fue especialmente irónico con su

5 Ver Hisashi Owada, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, en Max Planck Encyclopedia

6 *Diferendo sobre la Obligación de Negociar acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile)*, fase oral, CR 2015/21, p.33, pár.9 (Akhavan, P.).

referencia a Moisés bajando del Sinaí, sosteniendo en una mano los diez mandamientos y, en la otra, el Tratado de 1904.⁷

Pero más allá de esa anécdota, lo que revela el mensaje persistente de Bolivia es el de llevar esta cuestión al fondo y que ya está barajando alternativas que expondrá en esa instancia, sin que sea clara su vinculación a la salida soberana inicialmente solicitada

7 Diferendo sobre la Obligación de Negociar acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile), fase oral, CR 2015/21, p.24, pár.2 (Remiro Brotóns, A.).

Los casos de Bolivia: ante La Haya y la opinión pública

CARLOS PORTALES CIFUENTES*

Este texto contiene comentarios expresados después de los Alegatos de Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia del 4 al 8 de Mayo de 2015 sobre la solicitud de nuestro país denominadas excepciones preliminares. O sea, corresponden a un hecho muy concreto y formulados en un momento muy preciso.

Deseo empezar por un alcance sobre un tema más general, que es este asunto de Bolivia y la salida soberana al mar. En realidad, tenemos dos “casos” muy distintos: un “caso para la opinión pública” tanto interna de Bolivia como internacional y otro “caso –bastante distinto– ante la Corte Internacional de Justicia”.

El alcance de esta contienda como la plantea Bolivia ante la opinión pública internacional y doméstica es el de una “causa nacional”, vinculándola a la propia “identidad nacional”. Basta escuchar las palabras del Vicepresidente de Bolivia que tantas veces ha hablado sobre “la sangre del último boliviano” o sobre “la necesidad de prolongar el mandato de Evo Morales porque si no, no habrá salida al mar” etc. Es decir, se trataría de un compromiso que va más allá de colocar el tema como un problema a resolver por los medios pacíficos de solución de controversias a través de la Corte.

Se pone un acento muy fuerte en esta “causa nacional”, imagen que hemos podido ver también corroborada durante estos días en los reportajes que ha exhibido la televisión chilena con jóvenes bolivianos sobre su visión del

* Profesor Investigador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

mundo. Es interesante contrastar esta visión con la proyectada en Bolivia durante la transmisión internacional de los alegatos en La Haya, que fue parcial y limitada sólo a la presentación de los abogados de Bolivia. La ciudadanía de ese país, así, recibe con gran intensidad el “caso ante la opinión pública”, sin disponer de los antecedentes completos del “caso ante la Corte”. Como resultado se escuchan juicios tan contradictorios como “que los tratados tienen una duración y después pueden ser reemplazados” que ha formulado el Presidente de Bolivia a la opinión pública y, por otro lado, la reafirmación repetida de los representantes de Bolivia ante la Corte, afirmando el pleno respeto al Tratado de 1904 que tendría ese país. Es decir, se proyectan diferencias substantivas entre lo que Bolivia pide en La Haya y lo que su Gobierno dice a su opinión pública.

Un examen a fondo muestra también una diferencia muy fuerte entre la posición de Bolivia en el juicio de La Haya— y por cierto en el caso de la excepción preliminar— en contradicción con otras visiones que Bolivia proyecta, como el señalar “que tienen otras alternativas” y que “hay otras demandas posibles”. Se trata de un doble juego: ante la Corte Internacional de Justicia Bolivia aparece en algún sentido como minimalista, con algunos elementos políticos, pero ambiguamente minimalista en la forma en que se presenta. En cambio, frente a la opinión pública se exalta un contenido muy completo, maximalista, buscándose los más diversos respaldos. Bolivia, así, aprovecha todo tipo de eventos internacionales con declaraciones, muchas veces fuera de contexto, para mostrar la existencia de un gran conflicto internacional. Esta estrategia comunicacional equívoca va a tener influencia en cómo se aprecie el fallo de la Corte, tanto en su fase preliminar como, eventualmente, en su fase de fondo.

La “reducción” del alcance de la demanda boliviana, formulada en su presentación ante la Corte, poniendo énfasis en solicitar se declare la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico como algo completamente ajeno a las normas bilaterales que rigen las relaciones territoriales entre Bolivia y Chile —el Tratado de Paz y Amistad de 1904— lleva el caso a un terreno mucho más jurídico, que es la pregunta si la Corte tiene jurisdicción para ver este caso. Se trata de un asunto técnico-jurídico, muy difícil de seguir para una audiencia amplia

y aún árida para muchos profesionales del derecho. La forma cómo se siguió la transmisión abierta de los alegatos ante la Corte –que sirvió de ocasión para que estos medios transmitieran programas mucho más generales– y que muchas veces requirió comentarios de panelistas que no habían podido escuchar parte importante de los alegatos, demuestra que aquí hay junto al tema de fondo una serie de elementos comunicacionales que son importantes y que pueden confundir a la opinión pública.

Con todo, en el debate ante la Corte predominó el intento de ambas partes de dar razones jurídicas y tratar de fundar la competencia o incompetencia de la Corte justamente en un debate jurídico. Ahí es donde empiezan a surgir en el lado boliviano algunas contradicciones en relación al artículo 6° y al artículo 31° del Pacto de Bogotá. El profesor Claudio Troncoso ha señalado con claridad que la objeción boliviana a ese artículo 6° del Pacto se transformó en una reserva, cuando Bolivia ratificó el Tratado y fue levantada como la única forma de poder demandar a Chile ante la Corte. Desde el punto de vista boliviano toda su presentación se ha basado en la separación completa de algo que es muy difícil de separar: el Tratado de 1904 y la demanda que existe una obligación de negociar y transferir soberanía a través del intento boliviano de señalar las bases de una obligación de negociar, que sería un asunto no resuelto por el Tratado del año 1904, es decir, el Tratado que fijó los límites entre ambos países.

Es interesante ver en la argumentación boliviana la falta de distinción en todos los elementos citados y, especialmente, al tener como uno de sus fundamentos justamente un tratado que nunca entró en vigor como fue el tratado de 1895, que juega en la argumentación un papel importante pero que en definitiva queda, desde el punto de vista jurídico, como un argumento inválido justamente porque nunca entró en vigor. Para conseguirlo requería su ratificación y la de unos intercambios de notas complementarios a ese Tratado –que se consideraban partes integrantes de aquél– que nunca fueron ratificados por los Congresos. Tampoco hay una evaluación en la presentación de los hechos posteriores al año 1904 y hasta el año 1948. Por cierto no se incluyó tampoco el caso de solicitud de nulidad del Tratado de 1904 (1920-1923) resuelto por la declaración de incompetencia de la Liga de las Naciones, ni menos un análisis de los antecedentes post 1948.

En este sentido es clave el hecho de que Bolivia no haya querido precisar la respuesta al juez Greenwood y haya preferido la ambigüedad de manera de no dar ocasión a que se usara el año 1948, año de vigencia del Pacto de Bogotá, como un elemento para hacer un juicio sobre la idea boliviana de la existencia de un "pacto de contraendo", es decir Bolivia deja al tribunal sin una precisión en cuanto a cuando estima que ese Pacto estaba vigente.

Aún más, es importante también entender el segundo tema que tampoco Bolivia quiso responder, ¿qué es la obligación de negociar un acceso soberano al mar?, ¿cuál es el contenido de ese concepto? pregunta el juez Owada a Chile y a Bolivia. Y Bolivia dice que no lo va a responder, no porque no lo sepa, sino porque este es un tema de fondo, con lo cual priva al Tribunal de la posibilidad de continuar su razonamiento sobre base jurídica sólida. Bolivia, al abstenerse de responder muestra la ambigüedad como un elemento muy importante de su argumentación en esta instancia. La respuesta de Bolivia al juez Owada dice que no se trata de un asunto preliminar, que es un tema de fondo y que, por lo tanto, no lo va a responder.

Bolivia buscó distinguir la negociación que busca (la obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico) del resultado final (de esa negociación), y señala que ese resultado final puede ser distinto de una modificación del tratado de 1904, lo que fue sostenido en los alegatos por el profesor Payam Akhavan. Sin embargo, en la última frase de los mismos alegatos, Bolivia vuelve a su posición inicial, borrando la posibilidad de que ese resultado final no implique una modificación al Tratado de 1904. Aquí hay una contradicción o una estudiada ambigüedad, porque no podemos suponer que los abogados bolivianos no se dieron cuenta lo que escribían en párrafos muy cercanos.

En todo momento Bolivia ha estado tratando de postergar todos los asuntos por resolver hacia la cuestión de fondo. La pregunta que surge es hasta donde es posible en una presentación ante un tribunal frente a preguntas formales de dos de sus miembros evitar responderlas y no perder puntos ante la Corte.

Hay un elemento adicional que no deja de ser importante también y que tuvo ribetes extraños. Este fue la presentación de un documento que Bolivia entregó fuera de plazo y que contiene una relación de los tratados que, según sus autoridades, su Gobierno debería renegociar o denunciar en cumplimiento de sus nuevas normas constitucionales. Fue un documento que apareció con páginas de menos: se presentó la página 5 del documento y sin firma. En ese documento no se contenía el Tratado de Paz y Amistad entre Bolivia y Chile de 1904. Sin embargo, el documento fue finalmente retirado por la parte boliviana. Lo que se trató de probar fue que el Tratado de 1904 no se relacionaba con la reforma constitucional, pero se presentó un documento apócrifo e incompleto que, finalmente, se retiró. Este episodio muestra una improvisación seria en la argumentación boliviana y sus elementos de prueba.

Es preciso insistir en las diferencias entre la posición pública de Bolivia y los elementos entregados por sus abogados ante la Corte: la validez del Tratado de Paz y Amistad de 1904 ha sido puesta en duda en innumerables oportunidades por las declaraciones presidenciales bolivianas frente a la ambigüedad de la idea de una obligación de negociar con resultado. Ésta, a su vez, se refiere a un resultado que es muy claro al comienzo de los alegatos y que fue evolucionando en su contenido a lo largo de esos mismos alegatos.

En la respuesta boliviana a la consulta del juez Greenwood vuelve a aparecer la argumentación boliviana que trata de eliminar la importancia del artículo 6° del Pacto de Bogotá. En los alegatos de Chile, tanto la presentación de Decana Pinto como la del profesor Harold Koh, fueron muy importantes en cuanto al sentido más político de este tratado que favorecer la continuidad de las fronteras territoriales en toda la región.

Releyendo los alegatos chilenos, viendo lo que vimos en televisión, encontramos que Bolivia fue capaz de presentar una argumentación a veces muy llamativa, pero en el fondo si uno va a ver las peticiones y sus fundamentos, éstos se encuentran llenos de contradicciones y de vueltas y con muchas ambigüedades. Con todo, hay algunos elementos complejos en el artículo 6° de Pacto de Bogotá, particularmente la confusión entre fondo y forma. Ahí se radica la esperanza que podría tener Bolivia para

que la Corte pidiera ver más antecedentes en una etapa ulterior en que viera el fondo.

En todo caso, los argumentos de la parte chilena fueron presentados en forma muy seria, sin entrar en la discusión de fondo sobre si los elementos que Bolivia presentó como base de la obligación de negociar y los procesos tuvieron o no un determinado resultado, lo que sólo se podría entrar en el fondo. Si así fuere, por los antecedentes que ya se han presentado, puede verse que los procesos que señala Bolivia fueron procesos que terminaron algunos por voluntad de la propia Bolivia y en los que no hubo acuerdo en cuanto a la contra-prestación. Esos procesos de negociación entre los dos países son todos posteriores al año 1948.

Para terminar recordemos el primer comentario, aquí hay dos escenarios paralelos: el escenario de La Haya que evidentemente se juega ante la Corte y que en septiembre u octubre probablemente dará un primer resultado. Si ese resultado acoge la excepción preliminar terminará el proceso de La Haya, pero eso no garantiza que no seguiremos con el escenario paralelo de la opinión pública, que es elemento muy sustancial y vertebral de lo que el gobierno de Bolivia en este período ha estimado el eje de conducción de sus relaciones internacionales.

El Fallo sobre las excepciones preliminares y las reacciones inmediatas en Chile

JAIME LAGOS ERAZO*

Texto

Con fecha 24 de septiembre de 2015, la Corte Internacional de Justicia emitió su sentencia sobre este caso, caratulado “obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico” Bolivia v. Chile, referente a la objeción preliminar presentada por nuestro país.

Este fallo tiene 23 páginas y 56 párrafos que abarcan los siguientes temas: cronología del procedimiento, contexto, visión general de la posición de las partes, objeto de la disputa, si las cuestiones en disputa presentadas ante la Corte caen bajo el artículo VI del Pacto de Bogotá, la conclusión de la Corte con respecto a la objeción preliminar y la cláusula operativa.

Sobre la base de la traducción al español de dicha sentencia se presentan algunos capítulos y párrafos que merecen a nuestro juicio un comentario específico.

Contexto

Como es habitual, los fallos de la Corte se inician relatando, luego de algunos aspectos de procedimiento, la descripción geográfica e histórica y el marco de la disputa.

* Profesor Invitado Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

En el párrafo 16, referido al contexto histórico, se incluye una descripción totalmente falsa y basada en las versiones bolivianas sobre el origen de la Guerra del Pacífico. Textualmente dice “*en 1879, Chile declaró la guerra a Perú y Bolivia... en el curso de esta guerra, Chile ocupó el territorio costero de Bolivia*”. Esta antojadiza versión de que nuestro país declaró dicha guerra no es un problema menor en el contexto de este litigio, con el agravante de que fue aceptada por votación de los Jueces en su sentencia. Es de esperar que la Corte en su decisión final rectifique este error.

El Asunto Objeto de la Disputa

De este capítulo, se exponen a continuación, editándolos, los siguientes párrafos referidos al objeto de la controversia que han provocado mayores reacciones contrarias y divergentes:

“25. El artículo 40, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, y el artículo 38, párrafo 1, del Reglamento de la Corte requieren que el demandante indique el “asunto en disputa” en la Solicitud. La Solicitud también debe especificar la “naturaleza precisa del reclamo” (art. 38, para 2, del Reglamento de la Corte).

“26. Corresponde a la propia Corte, sin embargo, determinar de manera objetiva el asunto objeto de la disputa entre las partes, eso es, “aislar la verdadera cuestión sobre la que gira el caso e identificar el objeto de la demanda”. Al hacer esto, la Corte examina las posiciones de ambas partes, “poniendo particular atención a la formulación de la disputa elegida por el demandante. La Corte recuerda que el Reglamento de la Corte requiere que la Solicitud especifique los “hechos y fundamentos en los que se basa la demanda” y que la Memoria incluya una declaración de los “hechos relevantes” (art. 38, para. 2 y art. 49, pfo. 1, respectivamente). Para identificar el asunto objeto de la disputa, la Corte se basa en la Solicitud, como también en los escritos y alegatos orales de las partes. En particular, toma en consideración los hechos que el demandante identifica como la base de su reclamo.

“27. La Demanda boliviana establece que la disputa entre Bolivia y Chile se relaciona con,

“La obligación de Chile de negociar de buena fe y efectivamente con Bolivia en orden a alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso completamente soberano al Océano Pacífico.” Además, indica que *“El objeto de la disputa recae en: (a) la existencia de una obligación, (b) el incumplimiento de dicha obligación por parte de Chile, y (c) el deber de Chile de cumplir con dicha obligación.”*

28. Chile sostiene que el objeto de la demanda boliviana es soberanía territorial y el carácter del acceso boliviano al Océano Pacífico. No controvierte que la Solicitud representa la petición boliviana como una concerniente a una obligación de negociar. Sin embargo, de acuerdo con Chile, esta presunta obligación es de hecho una obligación de realizar negociaciones con un resultado predeterminado, concretamente, el otorgamiento a Bolivia de acceso soberano al Océano Pacífico. Sólo los detalles de ese acceso soberano - como cuanto territorio está involucrado y su ubicación estarían sometidos a negociación. De este modo, desde el punto de vista de Chile, Bolivia no está buscando una negociación abierta compuesta por intercambios de buena fe, sino que negociaciones con un resultado judicialmente predeterminado. Chile sostiene que la supuesta obligación de negociar debe ser vista como un “medio artificial” para implementar el presunto derecho boliviano a un acceso soberano al Océano Pacífico.

Chile también sostiene que sólo se podría otorgar una salida soberana al mar a Bolivia mediante la revisión o anulación del Tratado de Paz de 1904. Cualquier negociación resultante en un acceso soberano al mar modificaría la asignación de soberanía sobre el territorio y el carácter del acceso de Bolivia al mar, materias que las Partes acordaron en ese Tratado. En consecuencia, Chile sostiene que la Demanda boliviana busca “la revisión del acuerdo alcanzado en 1904 relativo a soberanía territorial y al carácter del acceso al mar de Bolivia”.

29. Bolivia responde que Chile malinterpreta la disputa que es materia de la Solicitud. Enfatiza que la Solicitud pide a la Corte que declare

que Chile tiene una obligación de negociar un acceso soberano al mar. Bolivia sostiene que el resultado de esa negociación y las modalidades específicas de acceso soberano no son materias para ser decididas por la Corte, sino que son materias para el futuro acuerdo a ser negociado por las Partes de buena fe. También declara que no existe una disputa respecto de la validez del Tratado de Paz de 1904 y que no busca la revisión o anulación de ese Tratado en este juicio. En cambio, de acuerdo a Bolivia, la supuesta obligación de negociar existe de manera independiente de, y en paralelo a, el Tratado de Paz de 1904.

30. La Corte observa que, consistentemente con el Artículo 38 párrafo 2 del Reglamento de la Corte, la Solicitud especifica los hechos y fundamentos en los que se basa la demanda. En apoyo a la alegación de que existe una obligación de negociar un acceso soberano al mar, la Solicitud cita “acuerdos, práctica diplomática y una serie de declaraciones atribuibles a los más altos representantes [de Chile]”. También señala que Chile -contrariamente a la posición que Chile ha adoptado- posteriormente rechazó y negó la existencia de la presunta obligación de negociar en 2011 y 2012, y que Chile ha incumplido esta obligación.

La Solicitud no invoca el Tratado de Paz de 1904 como una fuente de derechos u obligaciones para ninguna de las Partes y tampoco pide a la Corte pronunciarse sobre el estatus legal de ese Tratado. Por lo tanto, la Solicitud presenta una disputa sobre la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al mar y su supuesto incumplimiento.

31. Chile quisiera que la Corte dejara a un lado la disputa tal y como se presenta en la Solicitud porque, en su opinión, la Solicitud confunde el verdadero asunto objeto de la demanda de Bolivia – soberanía territorial y el carácter del acceso boliviano al Océano Pacífico. Como la Corte ha observado en el pasado, las solicitudes que son sometidas a la Corte frecuentemente presentan una disputa particular que surge en el contexto de un desacuerdo más amplio entre las partes. La Corte considera que si bien puede asumirse que el acceso soberano al Océano Pacífico es, al final, el objetivo de Bolivia, debe hacerse una distinción entre ese objetivo y lo que es la disputa misma, relacionada pero separada de ese objetivo, presentada por la Solicitud, esto es, si Chile tiene una obligación

de negociar un acceso soberano de Bolivia al mar y, de existir dicha obligación, si Chile la ha incumplido. La Solicitud no pide a la Corte que juzgue y declare que Bolivia tiene un derecho de acceso soberano.

33. En cuanto a la afirmación de Chile de que la Solicitud presenta una construcción artificiosa del asunto objeto de la disputa, porque la pretensión buscada por Bolivia llevaría a negociaciones con un resultado judicialmente predeterminado y a la modificación del Tratado de Paz de 1904, la Corte recuerda que Bolivia no pide a la Corte que declare que tiene derecho a un acceso soberano al mar, ni que se pronuncie sobre el estatus jurídico del Tratado de Paz de 1904. Más aún, si este caso continúa al examen de los méritos, la demanda de Bolivia pondría frente a la Corte las respectivas posiciones de las Partes sobre la existencia, naturaleza y contenido de la supuesta obligación de negociar acceso soberano. Incluso asumiendo arguyendo que la Corte decidiera que existe esa obligación, no sería tarea de la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tuviese lugar como consecuencia de esa obligación.

34. Sobre la base del análisis anterior, la Corte concluye que el asunto objeto de la disputa es si Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y, si esa obligación existe, si Chile la ha incumplido.

35. La Corte recuerda que las peticiones en la Solicitud y Memoria boliviana se refieren a una “obligación de negociar (...) en orden a alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso completamente soberano al Océano Pacífico”. Bolivia ha declarado reiteradamente que Chile tiene una “obligación de negociar un acceso soberano al mar”. Chile también ha usado en sus escritos y alegatos orales la frase “acceso soberano al mar”.

36. Teniendo en cuenta las observaciones de las Partes, la Corte enfatiza que la utilización en esta Sentencia de las frases “acceso soberano” y “negociar acceso soberano”, no debe entenderse como la expresión de ninguna opinión por parte de la Corte sobre la existencia, naturaleza y contenido de una supuesta obligación de negociar por parte de Chile.

Conclusión de la Corte en Relación a la Objeción Preliminar

Teniendo en consideración el asunto objeto de la disputa, como fue identificada anteriormente, es decir, si Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico y si esa obligación existe, Chile la ha incumplido (ver párrafo 34 anterior), la Corte concluye que los asuntos en disputa no son asuntos “resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional” o “regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del *Pacto de Bogotá”. Por consiguiente, el Artículo VI no excluye la jurisdicción de la Corte bajo el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá y, por lo tanto, concluye la Corte, la objeción preliminar de Chile a la jurisdicción de la Corte debe ser desestimada.

De conformidad con el artículo 79, párrafo 9, del Reglamento de la Corte, los plazos de los futuros procedimientos serán fijados por orden de la Corte.

56. Por estas razones, se emite el siguiente veredicto con las votaciones, declaraciones y opiniones que se mencionan a continuación:

LA CORTE, (1) Por catorce votos a dos,

Rechaza la objeción preliminar presentada por la República de Chile;

A FAVOR: Presidente Abraham; Vice-Presidente Yusuf; Jueces Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Juez ad hoc Daudet; EN CONTRA: Juez Gaja; Jueza ad hoc Arbour;

(2) Por catorce votos a dos,

Considera que posee jurisdicción, en base al artículo XXXI del Pacto de Bogotá, para conocer de la demanda presentada por el Estado Plurinacional de Bolivia el 24 de Abril de 2013.

A FAVOR: Presidente Abraham; Vice-Presidente Yusuf; Jueces Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; Juez ad hoc Daudet;

EN CONTRA: Juez Gaja; Jueza ad hoc Arbour.

(Firmado) Ronny ABRAHAM Presidente

(Firmado) Philippe COUVREUR Secretario

El Juez BENNOUNA adjunta una declaración a la Sentencia de la Corte; el Juez Cançado Trindade adjunta una opinión separada a la Sentencia de la Corte, el Juez Gaja adjunta una declaración a la Sentencia de la Corte, la Jueza ad-hoc Arbour adjunta una opinión disidente al Fallo de la Corte.¹

En cuanto a las opiniones de Arbour y Gaya, se reproducen a continuación en forma resumida algunos párrafos de mayor interés. Sobre todo la primera deber ser leída con mucha atención ya que describe con mucha claridad el dilema que debe encarar la Corte en la fase futura al examinar los méritos de este caso.

Jueza Arbour: “En mi respetuosa opinión, hasta que se escuche el caso *en cuanto al mérito y la Corte esté en una postura para determinar no solo la existencia de la supuesta obligación de negociar, sino también su verdadera naturaleza, contenido y alcance, no es posible decidir si el verdadero objeto, en este caso, es un “ asunto...establecido por acuerdo entre las partes o regidos por acuerdos o por Tratado (de Paz de 1904) ”, antes de 1948, dentro del artículo VI del Pacto de Bogota. Es solo en la etapa de mérito del caso que estaremos en condiciones de determinar si la supuesta obligación de negociar, si es que existe como un asunto de derecho internacional, obliga a Chile a llegar a un acuerdo con Bolivia*

1 Las declaraciones y opiniones separadas de los jueces Bennouna, Cancado Trindade, Gaya y Arbour fueron publicadas junto al sumario del fallo por la Corte, con fecha 24 de septiembre. Sin perjuicio de ello, entre los anexos se incluye una traducción no oficial al español de la versión completa con la opinión de la juez ad hoc de Chile, Louise Arbour.

otorgándole acceso soberano al Océano Pacífico –en condiciones de ser acordado– o si simplemente obliga a las Partes a explorar en la buena fe la viabilidad así como las modalidades de esa opción. En mi opinión, es solo en este último caso que Bolivia puede evitar la aplicación del artículo VI del Pacto de Bogotá. Este es un triunfo de la forma sobre la sustancia. En el párrafo 32 de la sentencia, la Corte establece una distinción entre objetivo final de Bolivia de una salida soberana al Océano Pacífico y “la disputa relacionada pero distinta presentada por la solicitud, es decir, si Chile tiene una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar y, si existe tal obligación, si Chile la ha incumplido”. El Tribunal se centra exclusivamente en la supuesta existencia de una obligación de negociar - la existencia de lo que, por supuesto, tiene que ser determinado por méritos - sin abordar explícitamente el supuesto contenido sustantivo y el alcance de esa obligación. Hasta que los méritos estén completamente argumentados, la Corte no está en postura de identificar la verdadera naturaleza, contenido y alcance de la supuesta obligación de negociar, y si acaso asciende a la obligación de resultado o una obligación de medios. Solo una vez que esta obligación o se haya definido el Tribunal puede determinar si se trata de un asunto “resuelto” o “gobernado” por el Tratado de Paz de 1904 a los efectos del artículo VI, y por lo tanto si es competente.

Juez Gaja. En el presente caso, la Corte podría haber considerado en su sentencia sobre la excepción preliminar si ciertos asuntos habían sido resueltos por el Tratado de 1904. Sin embargo, la Corte no podría haber llegado a una decisión sobre la jurisdicción sin examinar también si un asunto resuelto por dicho tratado se había quedado sin resolver posteriormente. Con este fin, la Corte habría tenido que tener en cuenta algunos asuntos relacionados con las negociaciones que también forman parte de los méritos del caso. Dada la conexión entre el rol que las negociaciones pueden haber tenido inquietando un asunto previamente establecido, por una parte, y la posibilidad de deducir de las negociaciones de la obligación de negociar, por otro, la Corte debería haber constatado que, en las circunstancias, la objeción no tiene un carácter exclusivamente preliminar.”

Las Primeras Reacciones en Chile

En una simbólica ceremonia, en la Moneda, la Primera Mandataria Michelle Bachelet, expresó lo siguiente: “El pronunciamiento de la Corte sobre su competencia no afecta en nada nuestra integridad territorial. Y en ese sentido, Bolivia no ha ganado nada. Lo único que se ha decidido hasta ahora es que la Corte es un tribunal apto para conocer del reclamo boliviano, sin que exista ninguna evaluación sobre lo que pretende Bolivia”.

A continuación, según una versión de *El Mercurio*, de 25 de septiembre, la Jefe de Estado leyó una declaración en la que junto con afirmar que Bolivia no ha ganado nada en el plano territorial, destacando que la Corte no podrá predeterminar el resultado de una eventual negociación y que Chile dejará en evidencia las ambigüedades, contradicción y falta de fundamento de la demanda boliviana, aseguró que “confiamos en nuestros argumentos, en el derecho internacional y que la razón está de nuestro lado”. Luego agregó: “mantenemos la firme convicción de que la demanda boliviana carece de toda base, pues confunde derechos con aspiraciones y tergiversa completamente lo que ha sido la historia entre Chile y Bolivia, y muy especialmente el Tratado de 1904, el contexto y alcance de los diferentes diálogos diplomáticos que han existido entre ellos. Chile no tiene ningún tema territorial o limítrofe pendiente con Bolivia”.

Ese mismo día, el canciller Heraldo Muñoz, conforme a esa misma versión, declaró a la prensa que la Corte limitó la petición boliviana y que “no está predeterminado un eventual resultado de una negociación”. Agregó que se habían corrido solo 150 metros de una carrera de 1500 metros. El canciller Muñoz destacó que “lo fundamental es que aquí no está en cuestión la integridad territorial de nuestro país”.

Ese mismo día, tres ex Presidentes chilenos formularon separadamente las siguientes declaraciones, las que, en su parte medular, conforme a *El Mercurio*, explicitaron la postura chilena en los siguientes términos: el ex Presidente Ricardo Lagos expresó que “no está en cuestión la cesión territorial de ningún kilómetro de Chile a favor de Bolivia cualquiera sea

el resultado de fondo”. Luego añadió: “Con la misma fuerza tenemos que explicitar a América Latina y el mundo los esfuerzos que hemos hecho por encontrar una solución adecuada. No ha sido Chile el que ha roto las relaciones diplomáticas con Bolivia”. Por su parte, el ex Presidente Sebastián Piñera manifestó que a “partir de ahora debemos actuar con mucha unidad, con mucha firmeza y mucha claridad, y utilizar todas las herramientas...para defender los legítimos intereses de nuestro país”. Sobre este mismo aspecto, el ex Presidente Eduardo Frei expresó “que Chile debe incrementar su campaña comunicacional para explicar con fuerza y claridad a toda la comunidad internacional los fundamentos que animan a nuestro país, pues lo que está en juego, es decir, la estabilidad de los tratados que fijan fronteras, podría verse gravemente amenazada”.

Asimismo, los tres ex Jefes de Estado destacaron que tras el fallo la Corte no podría determinar el resultado de una negociación. Ricardo Lagos señaló sobre el particular “el que nos sentemos nuevamente a conversar, a partir de un fallo de la Corte, no significa que esa conversación tiene que tener un resultado específico”. De la misma manera, Sebastián Piñera comentó que “es muy importante destacar que el fallo de la Corte deja meridianamente claro que lo que se va a discutir de aquí en adelante es si Chile tiene o no obligación de negociar con Bolivia, si ha cumplido con esta obligación, pero en ningún caso esta negociación tiene un resultado predeterminado”.

También el viernes 25 de mayo, ocho ex cancilleres chilenos emitieron una declaración en la cual destacan que Chile actuó con unidad y que respaldan totalmente lo realizado por el Gobierno y el equipo jurídico; respecto del fallo mismo expresaron que no comparten sus fundamentos y que aquel ha acotado significativamente el tema “quedando en claro que la Corte no acogerá la existencia de una obligación de negociar con un resultado predeterminado...”

Por su parte, el Agente de Chile en el diferendo con Bolivia, Felipe Bulnes, desde La Haya, opinó que “la Corte ha resuelto que Bolivia no está pidiendo una obligación de negociar con un resultado predeterminado que pudiera finalmente conducir...a una cesión territorial sino que,

esquivando la objeción chilena, estaría solamente “pidiendo una mera obligación de negociar una salida al Océano Pacífico”. Al mismo tiempo, enfatizó que no ha habido una afectación territorial y solo la Corte podría declarar si Chile tiene o no una obligación de negociar de buena fe. Con posterioridad conforme a un reportaje de Canal 13 del mismo día: preciso que si bien la Corte desestimó la objeción de nuestro país, emitió una frase que a juicio del equipo chileno es clave para la fase escrita y oral que protagonizarán durante los próximos años Chile y Bolivia.

Se trata de la siguiente frase: “si hubiese de examinarse el fondo de este asunto la Corte debería pronunciarse sobre los argumentos de cada una de las partes respecto de existencia, de la naturaleza y el contenido de la supuesta obligación de negociar un acceso soberano. Incluso, suponiendo el argumento de que la Corte llegase a la conclusión de que existe tal obligación, no les correspondería tampoco predeterminedar el resultado de cualquier negociación que pudiera tener lugar como consecuencia de dicha obligación”.

Para el Agente Felipe Bulnes, esta aclaración es fundamental: “hemos oído que la Corte ha declarado que entiende que la demanda boliviana no está pidiéndole a la Corte, y por ende no se siente llamada ni autorizada a hacerlo, a declarar un derecho a una salida soberana a favor de Bolivia, ni tampoco a determinar que la supuesta obligación que demanda Bolivia tendría un resultado predeterminedado”.

“Por lo tanto, se produce como consecuencia de esta decisión un efecto que es significativo para el destino de este juicio, que es que la petición boliviana ha quedado significativamente reducida porque ya no estamos discutiendo el eventual derecho de Bolivia a una salida soberana, ni tampoco de una existencia de una obligación que tendría además sobre Chile la obligación de conceder un resultado, sino que sobre la obligación de negociar sin que se pueda pronunciar la Corte respecto de su contenido”, sentenció.

El hecho que la integridad territorial del país estuviera fuera de discusión, así como que Bolivia hubiera cambiado o reorientado su defensa hacia la obligación de negociar fueron los temas dominantes de otras reacciones chilenas.

En este sentido, destacó la opinión del co-Agente chileno, Claudio Grossman, quien en una entrevista a *El Mercurio*, de 26 de septiembre, opinó, entre otras materias, que la “ Corte, para establecer jurisdicción, recortó o jibarizó sustancialmente la demanda de Bolivia, que pretendía que la Corte decidiera que Chile tenía la obligación de negociar con Bolivia para obtener un resultado concreto; a saber, la salida al mar con soberanía y que Chile estaba violando y continuaba violando “su derecho” a obtener ese resultado. La Corte rechazó directamente esa pretensión al decidir que lo que determinará es si existe o no la obligación por parte de Chile de tener que negociar con Bolivia el tema del acceso soberano por parte de ese país. No le corresponde a la Corte predeterminar el resultado final de esas negociaciones.

En los días posteriores a la dictación del fallo se conocieron numerosos otros pronunciamientos de personeros oficiales de distintas tendencias, de expertos jurídicos y de la prensa, varios de los cuales tienen un sesgo más crítico y realista, a mi juicio.

El Vicepresidente Jorge Burgos, en ausencia de la Presidenta que estaba en Nueva York, manifestó que “desde el punto de vista procesal, fue un mal resultado para nosotros ¿que duda cabe?, apuntando que “sobre el fondo, no hay que tener temor respecto de la sólida posición jurídica chilena y que el propio fallo dejó muy limitadas las posibilidades de la pretensión boliviana de obtener territorio chileno.

Con esta apreciación coincidió el entonces Presidente de la Democracia Crisitiana Senador Ignacio Walker, quien reconoció que “hemos sufrido un revés procesal” pero que cuando uno va a un tribunal puede ganar o perder.

Otros personeros oficiales fueron más allá en sus comentarios criticando por ese resultado adverso, de 14 contra 2, cuando inclusive estos dos últimos –según se dijo– no apoyaron la postura de Chile, a la Cancillería de nuestro país, al Agente chileno Bulnes y a la política comunicacional del gobierno.

La opinión pública chilena, consultada a través de una encuesta de la Universidad del Desarrollo, según apunta una crónica de *El Mercurio*, con fecha 27 de septiembre, en un 83% consideró dicho fallo injusto, si bien un 58% de los consultados expresó que se debe acatarlo frente a un 38% que propiciaba retirarse del juicio.

En cuanto a la prensa nacional, el titular del principal editorial de *El Mercurio*, del 25 de septiembre, lo expresa todo: *“fallo decepcionante”*.

Dicho comentario editorial, entre otras cosas, manifiesta que *“la Corte ignora, consciente y doblemente, que el verdadero propósito de Bolivia es el desconocimiento de lo acordado por las partes en 1904 y lo dispuesto por el Pacto de Bogotá en 1948. Improcedentes son también las afirmaciones inexactas y descontextualizadas de la Corte sobre hechos históricos”*.

Más adelante, el mismo periódico critica la falta de imparcialidad del tribunal de la Haya y si bien defiende “nuestra sólida defensa jurídica” insinúa la necesidad de introducir cambios en la estrategia seguida hasta entonces. Esta fue la tónica que, asimismo, prevaleció en diversos sectores nacionales, con distintos énfasis por supuesto.

Desde luego, el principal editorial del diario *La Tercera*, también al día siguiente del fallo, titulado “La Haya: Chile conserva sus derechos territoriales”, censura aún más fuertemente a la Corte que, según señala, “antes que ser un foro para hacer respetar siempre el derecho internacional, empieza a ser funcional a aquellos que pretenden desafiarlo”, y “que la competencia asumida por la Corte contraviene el derecho internacional y sienta un precedente muy negativo para el futuro de las relaciones internacionales.” Asimismo, este matutino nacional se extiende largamente en los matices que contiene dicho fallo que no debieran llevar a considerar que fue una rotunda victoria boliviana como tampoco a considerar que con aquel Bolivia no haya ganado nada.

Dos meses más tarde, *El Mercurio*, publicó un comentario editorial de Tamara Avetikian, el que bajo una perspectiva legal analiza este fallo. Por su interés, lo reproducimos a continuación:

“Con todo respeto, no estoy de acuerdo con la Presidenta Bachelet cuando anunció solemnemente que “Bolivia no ha ganado nada”. Es verdad que el fallo de la Corte Internacional de Justicia no le dio nada concreto a Bolivia, pero aceptó juzgar el caso y, más grave aún para Chile, mostró que podría reconocer la validez de una teoría jurídica que es polémica entre los expertos, pero que cada día gana espacios. El veredicto de la CIJ acepta implícitamente que “los actos unilaterales de los Estados pueden generar obligaciones”, y es en esa teoría que basaron los abogados de Bolivia la demanda para obligar a Chile a negociar. Es decir, en la discusión legal Bolivia ganó un punto clave. La Corte, entonces, pone a Chile entre la espada y la pared porque, aun aceptando el estatus legal del Tratado de 1904, asume que el tema de discusión no es ese, sino la “obligación de negociar una salida soberana al mar” que tendría Chile, y si ha incumplido esa obligación. O sea, la discusión se ha trasladado desde la vigencia de un instrumento jurídico contundente a una zona gris, en la cual hay un debate abierto entre los juristas, y no sería sorprendente que los mismos jueces de La Haya tengan opiniones divergentes respecto de esta doctrina. El caso Bolivia versus Chile les dará una gran oportunidad para revisar conceptos e incluso podría servir de antecedente para próximos debates (aunque los fallos de la CIJ no necesariamente sientan jurisprudencia). ¡Qué les podrá gustar más a los magistrados que debatir teorías jurídicas a costa de dos países que tienen una controversia! Antonio Remiro Bretons, el abogado de Bolivia, forjador de la demanda, es uno de los promotores de la teoría. Y ya en 1997 escribió que “bajo ciertas condiciones, declaraciones verbales o escritas o comportamientos unilaterales de los representantes de los Estados, en relación con determinadas situaciones de hecho o derecho, producen por sí solas, sin necesidad de concurso de la voluntad de otros sujetos, un efecto de creación de obligaciones y/o pérdida de derechos para quien los realiza”. Y el fallo de la Corte recoge este argumento cuando dice que las partes deberán exponer su discusión “sobre la existencia, naturaleza y contenido de la supuesta obligación de negociar un acceso soberano”. Ahí está el núcleo de lo que tendrá que defender Chile. Por una parte, oponerse a esta teoría, con argumentos que muestren que cuando un país inicia un diálogo no se compromete a un resultado cierto, porque solo está explorando salidas a una situación conflictiva. Y, por otro lado, tal como lo pide el fallo, explicar cada una de las instancias en las que

hubo avances notorios -como la propuesta de Charaña, por ejemplo-, por qué estas no llegaron a término y por qué no pueden ser motivo de obligación para Chile. Habrá que esperar un largo juicio para saber si ese párrafo 32, en el cual la CIJ reconoce que Bolivia no le está pidiendo que se pronuncie y declare que tiene derecho a un acceso soberano, y el 33, donde señala que la Corte “no podría predeterminar un resultado de cualquier negociación”, son recogidos tal cual en el fallo final.

Impresiones preliminares del Fallo de la Corte Internacional de Justicia

LUIS WINTER IGUALT*

Debo decir que no comparto la decisión de la máxima autoridad judicial de Naciones Unidas. Esperaba un fallo distinto que, en el peor de los casos, dejara la excepción preliminar de falta de jurisdicción para ser resuelta junto al fondo, como se desprende claramente del voto disidente de nuestra jueza ad hoc, Louise Harbour. Ello hubiera permitido al Tribunal fallar al final la excepción presentada por nuestro país, en conocimiento de todos los antecedentes de hecho y de derecho presentados por las partes y verificar si, realmente, lo que pretende Bolivia es revisar el Tratado de 1904. Debo recordar que hasta el momento, el tribunal no ha recibido siquiera la respuesta chilena a la demanda boliviana – a Contramemoria – es decir, conoce solamente la demanda de Bolivia – la Memoria.

En primer lugar, quisiera discrepar de quienes han sostenido que la presentación de la excepción chilena, fue un error. Sabemos que, a nivel nacional, se discutió largamente la pertinencia de recurrir a este recurso procesal y de cómo, a distintos niveles, primó la idea de presentar la excepción. Por mi parte, debo reconocer que, en un primer momento, estimé que podría evitarse la suspensión del procedimiento recurriendo a esta incidencia y que, en todo caso, dadas las repercusiones políticas de la decisión del tribunal, correspondería a las principales autoridades políticas del país decidir sobre el particular. Sin embargo, poco a poco me fui convenciendo que, si el fallo final nos fuera desfavorable, con toda razón se nos podría preguntar por las razones que habríamos tenido para no interponer la excepción, sobre todo si disponíamos de buenas razones para hacerlo.

* Profesor Derecho Internacional Público, Universidad de los Andes.

Pero, más que esa razón, recurriendo a la jurisprudencia internacional, tuve presente el caso de Nueva Zelandia con Francia respecto de las explosiones nucleares en el Pacífico, en que la Corte, en su sentencia, expresa: "... pertenece a la Corte, como ya se ha mencionado, asegurarse respecto del verdadero objeto de la demanda, del objeto y del propósito de la demanda. Para hacerlo, debe tomar en consideración no solamente las conclusiones del demandante sino del conjunto de la demanda, los argumentos que ha desarrollado ante la Corte y los demás documentos a que se ha referido antes." Como puede verse, allí la Corte analiza el verdadero objetivo planteado por Nueva Zelandia señalando que es su deber asegurarse acerca del verdadero objeto de la disputa, del sujeto y el propósito del reclamo.

En el caso que nos ocupa estimé que la Corte tenía facultades suficientes para buscar el verdadero objeto de la demanda que, como planteó Chile en su excepción, es finalmente revisar el Tratado de 1904. Y la Corte podía llegar a ello tomando en consideración no solo la demanda sino, también, todos los argumentos planteados en ella y otros antecedentes referidos al caso. Y más aún, la Corte señala que tiene la obligación de llegar a determinar cuál es el verdadero objetivo seguido por el demandante.

Pues bien, desde este punto de vista, si bien es cierto que para poder llegar a determinar si Chile tenía razón, era también importante recurrir a los demás elementos, lo que se haría evidente si se pasaba al fondo. Por esta razón era difícil que la Corte aceptara la incompetencia en esta etapa del juicio. La jueza Harbour en su voto disidente señala que al rechazar la excepción, la Corte se ha fijado solamente en los elementos de forma y no en los elementos de fondo, del verdadero objetivo que persigue Bolivia, esto es, la revisión del Tratado de 1904.

Pero, además de lo expuesto, me pareció que era necesario presentar la excepción ya que, de perderse y determinar el tribunal que necesitaba conocer todos los antecedentes, Chile habría tenido la oportunidad de presentar dos veces su caso aunque, reconozco, no de manera completa durante la incidencia procesal, lo que habríamos reiterado en nuestra Contramemoria, Dúplica y alegatos orales.

Un segundo aspecto a tratar es el referente a la obligación de negociar con resultado. Llama enormemente la atención la afirmación del fallo en el sentido que a la Corte nunca se le había pedido una obligación de negociar con resultado. Los que hemos tenido la oportunidad de conocer la Memoria de Bolivia, y digo esto por cuanto los Gobiernos tienen la obligación, por razones reglamentarias de la propia Corte, de guardar reserva hasta el comienzo de los alegatos orales, sabemos que la demanda boliviana es una demanda de negociación con resultado y así lo afirma no una sino varias veces.

Esto debe llevar a analizar qué es una obligación de negociar con resultado. Uno de los mayores conocedores de esta materia es el propio juez Owada, el mismo que hizo la pregunta a Bolivia respecto a qué entendía por salida soberana al mar. Owada en su pregunta reveló que había una confusión en lo que es una obligación de negociar con resultado y una simple obligación de negociar. En otras palabras, lo que en su texto sobre esta materia y en su artículo escrito sobre el mismo tema en la revista del Instituto Marx Plank, deja en claro que la diferencia entre uno y otro pacto es el resultado. En el pacto de contraendo la negociación debe obligatoriamente concluir con el resultado previsto y en el pacto de negociando debe hacerse todo lo posible por obtener dicho resultado pero no es obligatorio lograrlo. Sin embargo, el mismo Owada deja en claro que se trata de una diferencia de matices. Mientras un pacto de contraendo habría obligado a la Corte a resolver acerca del derecho de Bolivia a una salida soberana al Océano Pacífico, el pacto de negociando obliga a los dos países a negociar, a conversar pero sin un resultado obligatorio.

En todo caso, el que no exista un resultado obligatorio no implica que los países no deban negociar de buena fe, tener la intención de llegar a un resultado y ese resultado no es otro que el está establecido en la demanda de Bolivia. Esto significa que la diferencia entre un pacto de negociando y un pacto de contraendo es muchas veces sutil. Lo importante es que, en este caso, la Corte definió que no se va a pronunciar sobre el derecho de Bolivia y que lo máximo a que podría llegar es establecer si Chile está obligado a negociar pero sin resultado. Y esto ha limitado la petición boliviana contenida en su Memoria cual es, repito, declarar que Chile está obligado a negociar con resultado.

El siguiente punto a tratar dice relación con los Actos Unilaterales de los Estados como fuente de Derecho Internacional Público. Autores como el Profesor Edmundo Vargas y, en especial, principios establecidos por la Comisión de Derecho Internacional son bastante claros sobre esta materia. No obstante, es importante relevar la importancia de algunos de ellos. El tercer principio dice que: “Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron”. Además de este vital principio que obliga a realizar un análisis bastante sutil y detallado del acto unilateral, nos encontramos con el principio de la buena fe, también vital en las declaraciones unilaterales y en el pacto de negociando. Sabemos que ha habido grandes discusiones respecto de su definición y significado. Tal vez la sabiduría inglesa encuentra una buena definición en el texto de un Profesor de Oxford que lo explica con una negación. Dice que negociar de buena fe es no negociar de mala fe, y no negociar de mala fe es no engañar, no hacer uso del abuso del derecho. De alguna manera la buena fe la vincula con la intención que las partes deben tener en una negociación para poder llegar a un resultado.

Un último aspecto que deseo destacar es la votación misma del fallo de la Corte. Fue de 14 a dos o, si se quiere, de 16 a 0 como han señalado ciertos medios de prensa si tomamos en consideración que los dos votos que no se sumaron a la mayoría tampoco adhirieron a la tesis de Chile como se evidencia en sus explicaciones de voto.

Tratando de buscar explicaciones, creo que una respuesta podría encontrarse en el tiempo transcurrido entre la fecha en que quedó el caso para fallo y su dictación misma. Ello podría explicarse por la falta de acuerdo que habría existido entre los jueces. Y me atrevo a pensar, aunque carezco de todo antecedente para opinar, que podría haber existido una división entre los que habrían estado por aceptar la excepción y quienes postulaban dejarla para el fondo. En este virtual empate podría haber surgido la postura del Juez Owada que, al acotar la petición de Bolivia desde una obligación de negociar con resultado predeterminado (pacto de contraendo) hacia una simple obligación de negociar (pacto de negociando), habría terminado por arrastrar a las dos posiciones mayoritariamente hacia una sola.

El efecto político que el fallo y su votación produjo en Chile fue muy grande. Se habló que Chile habría sido “barrido” por Bolivia y se preguntó de cómo fue posible que nuestro país presentara una excepción desestimada por todos los jueces, incluso por la jueza ad hoc.

La sorpresa del acotamiento de la demanda boliviana y un mayor análisis de lo sucedido y del fallo mismo, ha permitido hacer un juicio más moderado. Es cierto que perdimos la excepción preliminar pero también es cierto que, desde el punto de vista jurídico, tenemos una realidad un tanto distinta.

A partir de ahora tenemos un inmenso trabajo histórico-político-diplomático por delante, lo que significa analizar cada una de las oportunidades a que se refiere la misma demanda boliviana. Ello obligará a analizar el concepto de negociación y qué se entiende por una negociación diplomática. Estudiar si es posible obligar a un país a continuar una negociación no obstante haberse concluido con su fracaso, como es el caso de las que tuvieron lugar en los años cincuenta y setenta.

En fin hay otros aspectos que seguirán discutiéndose en el tiempo que viene como el relacionado con si Chile debe mantenerse en el Pacto de Bogotá o si debe hacer uso del artículo 53 del Estatuto de la Corte, aunque no parece que esta última alternativa sea seria pues constituiría una renuncia a defendernos. Lo que se hablado de la Corte y de Naciones Unidas no hace bien y tampoco es consecuente con la tradición jurídica chilena. Hay que acordarse, asimismo, que nuestras fronteras, en el fondo nuestra integridad territorial está basada en el respeto del derecho internacional y en el cumplimiento fiel de los tratados válidamente suscritos.

Avizorando el futuro cercano de las relaciones exteriores de Bolivia

CRISTIÁN FAUNDES SÁNCHEZ*

El presente ensayo se elabora teniendo en cuenta la siguiente pregunta: ¿Cómo se proyecta el futuro de las relaciones exteriores de Bolivia? Para aproximarnos a una respuesta es necesario observar la situación actual y consignar la existencia de tres elementos clave: la inusitada estabilidad política desde el 2006; el crecimiento económico sin precedentes en la historia del país; y, el enfoque ideológico “anticolonialista” y “antiimperialista” que le imprime el mandatario a la política exterior. Mientras los primeros dos elementos sirven para proyectar el poder, el tercero se aplica como un elemento discriminatorio, a partir del cual se polarizan las preferencias. Al respecto, cabe tener en cuenta que en materia internacional los esfuerzos se orientan a una activa participación en países del ALBA y UNASUR. Sin embargo, paralelamente, se advierte una constante búsqueda de aliados extra regionales con afinidades ideológicas que le permitan mejorar sus condiciones de desarrollo, sea por medio de inversión extranjera directa o aporte en capacidades tecnológicas.

Mirar en detalle estos tres elementos permitirá avizorar la evolución de la política exterior boliviana en el futuro cercano. Recordando que el principal eje en las relaciones exteriores es la aspiración marítima, que lisa y llanamente no es más ni menos que el interés por expandir la frontera al Pacífico a través de territorio chileno, se hace necesario indagar cómo evoluciona en el corto plazo.

* Co-Director del Centro de Investigación en Defensa.

La Estabilidad Política

La estabilidad política sin precedentes que ha alcanzado el país tiene como resultado un significativo aumento de poder, que ha sido posible proyectar en el tiempo y en las relaciones exteriores. El proyecto del Estado Plurinacional es el puntal estructural de esta situación, por lo tanto, cualquier medida que atente en contra de sus cimientos debilitará las posibilidades de consolidación del proyecto y compromete el equilibrio político alcanzado.

En un marco histórico que se caracteriza por la inestabilidad, la trayectoria de Evo Morales como Presidente es una excepción, recordemos que entre 2000 y 2006, cinco mandatarios se suceden en la jefatura de Estado hasta su llegada. La relevancia que tiene el factor tiempo en la permanencia de los altos cargos políticos incide principalmente en la proyección de la agenda y hacer el trabajo en miras a una visión de Estado. Desde otra perspectiva, de manera optimista, es posible pensar que la experiencia facilita la eficiencia en el cumplimiento de funciones. Sin embargo, lo que se ve afectado es la alternancia, elemento sustancial de un sistema democrático.

No obstante lo anterior, no es posible perder de vista el hecho que con la Constitución de 2009 el estamento político se comprometió a desarrollar uno de los más profundos procesos de transformación política, económica y social en la historia del país. En este contexto, cabe resaltar que la administración busca solucionar problemas con una mirada práctica a futuro y en etapas, donde destaca en particular los planes de desarrollo adoptados en función de la cosmovisión indígena. Lo anterior se ha realizado en forma consecuente con el programa de gobierno y con la legitimidad que otorga el respaldo de los movimientos sociales. Muchas veces con una auténtica visión estratégica.

Desde otro punto de vista, las cualidades personales del mandatario constituyen un elemento fundamental para cooptar los diversos sectores políticos, sociales y económicos tejiendo una mayoría que le ha permitido ganar tres elecciones presidenciales (2005, 2009 y 2014). En este punto, cabe agregar su tenacidad y determinación a la hora de contrarrestar el

surgimiento de rivales políticos aprovechando los vacíos del sistema judicial.

Lo abordado en el presente acápite tiene como marco el proceso de instauración del Estado Plurinacional. El nuevo andamiaje ha permitido la estructuración de un sistema político afín a las necesidades del país, que a su vez potencia sus capacidades. Ir en contra de ese sistema implica debilitar los cimientos de la estabilidad política de Bolivia. Al respecto, es determinante tener en cuenta la siguiente paradoja: el proyecto de Evo Morales no se va a consolidar hasta que el Presidente entregue el cargo en forma pacífica y democrática a un candidato legítimamente electo. Es decir, una vez que se institucionalice el proceso de reforma estructural y se perpetúe un sistema más allá de las figuras caudillistas. Pero a contrapelo de lo anterior, el mandatario actual busca perpetuarse en el poder, llamando al referéndum para modificar la Constitución en febrero de 2016, en miras a admitir una cuarta postulación consecutiva al cargo presidencial. Y aunque la ciudadanía se opuso a modificar la Carta Magna, la consulta misma dio inicio a un cuestionamiento de las intenciones del gobierno levantando suspicacias en el país y el exterior, afectando la credibilidad del régimen y el equilibrio político que ha generado la estabilidad que hasta ahora mantiene el país. Lo anterior, se refuerza con el surgimiento de nuevas señales de autoritarismo y una serie de acusaciones de corrupción que manchan a figuras cercanas al mandatario.

Confirman estas apprehensiones las informaciones de prensa que, en el mes de mayo de 2016, indican la voluntad de ciertos sectores cercanos al mandatario a formular una nueva consulta ciudadana para el referéndum constitucional, el denominado “re-referendum”.¹ En cuanto Evo Morales busque perpetuarse en el poder, se presenta a sí mismo como un caudillo más en la historia de ese país, posicionándose en una situación de riesgo, esperando a que otro lo desplace a la larga.

1 Los medios de prensa se refieren a una división al interior del MAS entre la corriente “jacobina” que lideran Álvaro García Linera y Juan Ramón Quintana, quienes postulan la permanencia de Evo Morales; y la “termidoriana”, liderada por David Choquehuanca y Carlos Romero, abiertos a una alternancia en el poder.

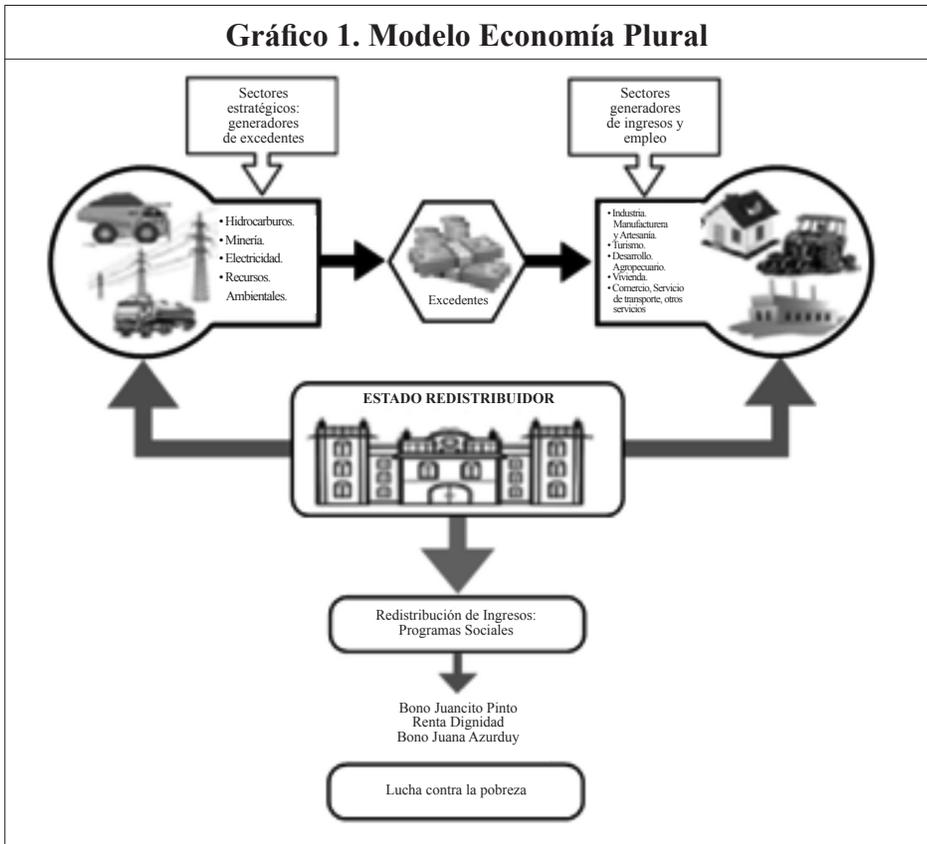
Como resultado de los hechos reseñados, se anticipa una acelerada baja en el poder político del Estado y deslegitimación del proceso de reformas. La consecuencia inmediata es que la administración de gobierno perderá tiempo valioso concentrándose en materias del ámbito político interno en desmedro del internacional. Desde otra perspectiva, a corto plazo podría verse disminuido el interés de otros países de verse vinculados con una figura autoritaria. En primera instancia, lo anterior se traduce en el desinterés por entrevistarse y sacarse fotos con el mandatario y una acelerada disminución en invitaciones desde el exterior, cerrando las posibilidades de la diplomacia directa. Las posibles alusiones en torno a la aspiración marítima quedarían confinadas al círculo más estrecho. En un segundo momento, se reducen las opciones de obtener créditos. Luego, viene una baja en la inversión extranjera directa, en la medida en que el escenario interno se torne más convulso a partir del cuestionamiento a la administración y gestión de gobierno.

El Crecimiento Económico sin Precedentes

En los últimos años, Bolivia creció económicamente como nunca antes, aumentó la inversión extranjera y redujo significativamente su deuda externa, asimismo los niveles de pobreza, especialmente la rural, por medio del repunte del gasto social y un incremento en la inversión pública.² De hecho, según datos del Banco Mundial, el PIB per cápita de Bolivia se incrementa de US\$167 en 1960 a US\$1.042,6 en 1998, hasta alcanzar US\$2.867,6 en 2013. En los últimos 15 años, el PIB ha crecido en un 360%. Sobresale la nacionalización de los hidrocarburos en el 2006, y en especial el alto precio que alcanzó el *commodity*. Pero la economía no tiene una base sustentable aún, por ende existe un amplio rango de incertidumbre en el futuro cercano.

2 Ver: Faundes, Cristián (2015) “Configurando una Nueva Estructura Económica”. En León, Pablo; Faundes, Cristián y Gallardo, Marjorie (editores) *La Punta del Iceberg. La aspiración marítima boliviana y sus implicancias en la seguridad y defensa de Chile*. Santiago: Centro de Estudios Estratégicos, Academia de Guerra del Ejército de Chile. Pp. 69-76.

El positivo impulso bajo la administración de Morales, responde al modelo de economía plural, que tiene el objetivo de asegurar “el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo” (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009: art. 306°). La iniciativa se instaura sobre dos ejes: 1.- los sectores estratégicos generadores de excedentes; y, 2.- los sectores estratégicos generadores de ingresos y empleo. El mecanismo opera de la siguiente forma: el Estado nacionaliza los recursos naturales renovables y no renovables, capta los excedentes y los redistribuye, para potenciar el segundo eje y financiar programas sociales para luchar en contra de la pobreza; al menos en teoría.



Fuente: Faundes, Cristián (2015) “Configurando una Nueva Estructura Económica”. En León, Pablo; Faundes, Cristián y Gallardo, Marjorie (editores) La Punta del Iceberg. La aspiración marítima boliviana y sus implicancias en la seguridad y defensa de Chile.

La clave se encuentra en los hidrocarburos, específicamente en la exportación de gas natural a Argentina y Brasil que, en conjunto, representan más de la mitad de los ingresos del tesoro de Bolivia en 2014. Básicamente, La Paz depende de las divisas de Buenos Aires y Brasilia para sustentar el modelo económico implementado. Sin embargo, dos cuestiones atentan contra el modelo: la caída en los valores de gas natural, a la baja desde junio de 2013; y los recursos limitados existentes en Bolivia, que según los datos oficiales más recientes, que datan de diciembre de 2013, alcanzarían a cubrir los compromisos contraídos apenas hasta el 2025.³

El primer factor obliga a aumentar los niveles de explotación a modo de amortiguar la disminución de ingresos fiscales. De hecho, según cifras oficiales, en el primer cuatrimestre de 2016 los ingresos por exportaciones de gas natural caen 49,1% en relación a igual periodo del año anterior. Por su parte, la limitada disponibilidad de gas natural, establece un límite temporal al modelo económico instaurado, que se podría acortar en forma creciente dado el aumento en la explotación. En razón de lo anterior, a partir de 2014 se incrementa en forma acelerada la prospección, aumentando de 47 áreas de exploración en el mes de julio, a 72 en octubre del mismo año. No obstante lo anterior, hasta el momento no se han encontrado grandes yacimientos que permitan extender significativamente la exportación del hidrocarburo.

Desde otra perspectiva, los esfuerzos por industrializar el litio con *expertise* de China⁴ y Alemania⁵ apuntan a explotar el mineral a fines de esta

3 De acuerdo con los datos oficiales proporcionados por Yacimientos Petrolíferos Bolivianos (YPFB) en julio de 2014, la empresa GLJ Petroleum Consultants certifica que al 31 de diciembre de 2013 Bolivia contaba con reservas probadas de gas natural equivalentes a 10,45 trillones de pies cúbicos, que de acuerdo a los niveles de exportación de esa época, alcanzaban a cubrir compromisos contraídos hasta el año 2025. Fuente YPFB, ver: <http://www.ypfb.gob.bo/es/14-noticias/220-reservas-certificadas-de-gas-de-bolivia-suman-10-45-tcf.html>

4 Convenio firmado en julio de 2015 con CAMC Engineering Co. Ltd.

5 Convenio firmado en agosto de 2015 con K-UTEK Ag Salt Technologies.

década, tal vez en miras a transformar la matriz exportadora. Finalmente, el sector generador de ingresos y empleo está sufriendo los embates de la economía pero, en especial, se registran acusaciones de corrupción en el rol del Estado como redistribuidor de excedentes. Como consecuencia, no se vislumbra a la brevedad el surgimiento de este sector como motor de la economía.

Los datos indican que en la medida en que no aumenten las reservas de gas, ni se industrialice la capacidad de explotación de otros recursos (tales como el litio), le será imposible a Bolivia articular un esquema de desarrollo funcional al modelo de economía plural y las necesidades básicas del país.

Pero todavía más, a efectos del presente ensayo, es necesario constatar que Bolivia, al convertirse en proveedor de gas natural para Brasil y Argentina, ha adquirido una posición de privilegio en la región. Aunque el aporte boliviano para la matriz energética de Brasil no es cuantitativamente tan significativo, sí es clave en cuanto alimenta el sector industrial de Sao Paulo. Respecto de Argentina, La Paz se convierte en socio estratégico en la medida en que aumentan los envíos, triplicando el volumen de exportación entre 2010 y 2013. Se estima que el potencial de injerencia por una dependencia del hidrocarburo no sería reemplazable por la explotación del litio. Tal vez por este motivo es que Bolivia pretende también potenciar sus recursos para exportar energía eléctrica.

El Enfoque Ideológico en Materia de Política Exterior

La nueva izquierda viene en retroceso en la región y Bolivia lo resiente, al punto en que acusa intervencionismo y acciones conspirativas, radicalizando su postura. Como consecuencia en el corto plazo, al 2020, o incluso hasta el 2025 (si continúa Morales o un candidato del MAS), no veremos ningún acercamiento significativo hacia Colombia, Chile y mucho menos a Estados Unidos.

El alineamiento de Perú hacia la derecha hace muy difícil pensar en la puesta en práctica de los Convenios de Ilo, mucho menos la construcción

de un Corredor Ferroviario Bioceánico Central (CFBC) que pase por territorio boliviano. Sí es posible vislumbrar un fortalecimiento de mecanismos bilaterales en la lucha en contra del narcotráfico. Desde otro enfoque, Macri ha demostrado tener cierta habilidad negociadora que permitiría vislumbrar la continuidad de la dependencia energética, aunque claramente el trasfondo es una situación de conveniencia mutua; sin embargo en esa relación queda pendiente observar si es que Morales guarda algún rencor por el acuerdo de exportación de gas desde Chile a Argentina a un precio mayor del que La Paz recibe de Buenos Aires, y si es así, quedaría pendiente averiguar en qué se podría traducir. Por otra parte, el alto nivel de incertidumbre en Brasil no impide advertir que si con Dilma, del izquierdista Partido de los Trabajadores (PT) la relación bilateral era tensa, difícilmente será fluida con Temer, quien tiene una orientación de centro y milita en el Partido del Movimiento Democrático Brasileiro (PMDB).

En otro orden de cosas, China permanecerá expectante ante la desaceleración económica, en especial se mantendrá alerta a la capacidad de pagos crediticios del país andino y la injerencia alemana y rusa en la explotación de recursos naturales. Rusia en cambio, ha encontrado en Bolivia un socio comercial ávido de tecnología en materia energética, nicho que pretende explotar en la región.

Situación con Chile

La relación entre Bolivia y Chile no se puede observar de manera integral excluyendo a Perú. Se trata de una dinámica trilateral que tiene un carácter cíclico al menos desde inicios de la Guerra del Pacífico, en 1879. Se pueden distinguir cinco etapas con tres fases cada una.⁶ En cada fase, primero, Chile adopta una posición demasiado retórica, deja en la

6 Ver Faundes, Cristián (2015) “Acuerdos, Ambiciones y Contención, relación Trilateral en la Aspiración Marítima”. En León, Pablo; Faundes, Cristián y Gallardo, Marjorie (editores) *La Punta del Iceberg. La aspiración marítima boliviana y sus implicancias en la seguridad y defensa de Chile*. Santiago: Centro de Estudios Estratégicos, Academia de Guerra del Ejército de Chile. Pp. 129-140.

nebulosa el tema del mar ante la posibilidad de retomar las relaciones cordiales, tras de lo cual, Bolivia se autogenera expectativas a partir de su pretensión histórica (Martínez Sotomayor en Zegers y Calm, 2001: 153). Segundo, La Paz presiona por un “sí” o un “no” ante la aspiración marítima, y Santiago responde con un “no” categórico (Martínez Sotomayor en Zegers y Calm, 2001: 153). Tercero, la reacción de Bolivia es de rechazo, más intensa de la que tenía al inicio del ciclo (Martínez Sotomayor en Zegers y Calm, 2001: 153). En el proceso, es posible identificar la influencia peruana especialmente a partir de 1950.

Actualmente vivimos una quinta etapa, cuya última fase se ha alargado: la intensa reacción de Bolivia en rechazo a la postura chilena de otorgar salida soberana al Pacífico, en el marco de la “Agenda de los 13 Puntos”, desencadena la demanda judicial de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya.

Dos elementos clave mantienen la dinámica de este ciclo histórico: 1.- los intentos de La Moneda por solucionar el conflicto, sin tener claridad de las dimensiones; y 2.- las condicionantes políticas y estratégicas que traban cualquier negociación.⁷ Respecto del primero, Bolivia busca resarcir una derrota de hace más de un siglo. En especial, Evo Morales desea convertirse en el indígena que recuperó para el pueblo el mar que la oligarquía “entregó” al adversario. Desde su perspectiva, se trata de una reivindicación, que se enmarca en un proceso interno de justicia social. Sin embargo, pretende “exportar” ese enfoque nacional desconociendo que el Tratado de 1904 plasma una cesión territorial a cambio de compensaciones. En este tenor, cualquier cesión inferior a la Región de Antofagasta (el antiguo Departamento del Litoral) o el puerto de Arica (la histórica aspiración boliviana que antes era peruana) será insuficiente para satisfacer el interés boliviano.

En cuanto al segundo factor, las condicionantes de Bolivia son esencialmente políticas: como se trata de una “recuperación” territorial no es posible transar compensaciones para adquirirla. Mientras que para Chile

7 Ver Faundes, Cristián (2014) “Condicionantes Políticas y Estratégicas de la Demanda Marítima Boliviana”. *Conjuntura Global*, Vol.3, n. 4, out./dez., 2014, p. 218-225.

es todo lo contrario, cualquier negociación supone las posibilidades de un intercambio en función de los propios intereses. Desde otra perspectiva, Chile no puede permitir cortar el territorio en dos, por lo tanto una única hipotética opción se ubicaría en el extremo norte del país. Pero Arica y Tarapacá alguna vez fueron peruanos, por lo que ahí rige el Protocolo Complementario de 1929, el que establece que Chile y Perú no pueden ceder sin previo acuerdo a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que quedan bajo las respectivas soberanías. Y Perú nunca va a estar dispuesto a ceder a Bolivia territorio que perdió derramando su propia sangre, menos aún teniendo en cuenta que ese país lo abandonó en el campo de batalla.

En vista de lo anterior, la relación entre Bolivia y Chile seguirá siendo cíclica mientras La Moneda busque opciones para satisfacer la aspiración marítima, aunque sea buscando mecanismos para obtener ventajas del intercambio. Esta dinámica se mantendrá además mientras Palacio Quemado tenga esperanzas de alcanzar sus fines.

Conclusiones

La situación política permite advertir que la estabilidad de Bolivia se asocia directamente a la creación del Estado Plurinacional y el sistema que instaura, por tanto, cualquier modificación al mismo implica dañar los cimientos del equilibrio político actual. Desde otra perspectiva, el personalizar el proceso merma sus posibilidades de éxito porque se restringen a las capacidades de un caudillo y no a la institucionalidad que puede proporcionar un sistema, que por lo demás podría existir largamente y fortalecerse con las herramientas de la democracia. Evo Morales, de insistir en perpetuarse en el poder, podría ver afectada la disminución de inversión extranjera directa, asimismo su capacidad de gravitar en organismos internacionales como la ONU y se arriesga a perder el caudaloso capital político que hasta el momento ha producido en el escenario internacional. En las relaciones con Chile, la inestabilidad se torna en debilidad, por lo tanto, las posibilidades de éxito disminuyen. Sin embargo, mantener el conflicto “vivo” se podría capitalizar para aumentar la adhesión política interna.

En términos económicos, la sustentabilidad de Bolivia depende a largo plazo del hallazgo de mayores yacimientos de gas, o en su defecto de la explotación de otros recursos como el litio. Sin embargo, se estima que una mayor capacidad de poder radica en los hidrocarburos y la posibilidad de activar la dependencia energética de países como Argentina y Brasil para fines propios, lo que a su vez requiere una diplomacia de primer nivel. El crecimiento económico en Bolivia viene aparejado con un mayor comercio, por ende un mayor tráfico en los puertos del Pacífico, como consecuencia aumenta la dependencia de ese país con Chile; teniendo en cuenta el giro a la derecha en Perú es poco probable que la carga que se comercia en Arica se traspase al puerto de Ilo.

Desde otro punto de vista, el peor escenario económico se alcanza si es que fracasan los intentos de encontrar nuevos yacimientos gasíferos y resultan infructuosos los intentos de emprender la industria del litio. Teniendo en consideración que un rotundo fracaso es muy poco probable, una situación de estas características conlleva al corto plazo a una situación de inestabilidad política, que no es deseable para Chile en la medida en que no hay interlocutor válido con quien avanzar en las relaciones bilaterales.

Los lazos ideológicos se podrán mantener en la medida en que se encuentren aparejados de intereses. China y Rusia se mantendrán como actores relevantes en Bolivia en cuanto puedan extraer algo de las relaciones bilaterales, de lo contrario se retirarán como Irán lo hizo luego de constatar que el uranio que había allí no le servía.

Respecto de las relaciones trilaterales entre Bolivia, Chile y Perú, es momento de romper la dinámica cíclica de las relaciones. Son cuatro las claves para lograrlo: 1.- promover el acercamiento de Chile y Perú en alianza, con el claro objetivo de bloquear toda aspiración marítima boliviana. 2.- promover una buena vecindad con Bolivia buscando mecanismos para perfeccionar la salida al Pacífico SIN soberanía. 3.- buscar mecanismos para atacar la violencia cultural en los tres países sin interferir en la política interna de los otros. 4.- afianzar la legitimidad del Tratado de 1904 y el Protocolo Complementario de 1929 en los tres países, considerando en especial su rol en la estabilidad vecinal.



FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Estado Plurinacional de Bolivia (2009) Constitución Política del Estado.
La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia.

Zegers, Cristián y Calm, Lilian (2001) “Entrevista a D. Carlos Martínez Sotomayor”. *Societas*, Año X, N° 7, pp. 127-169.

Crónica de una Demanda anunciada: el Río Silala

PAULA CORTÉS GONZÁLEZ*

Cuando ya se cumplen más de 110 años desde que Chile y Bolivia (oficialmente, “Estado Plurinacional de Bolivia”), pusieran punto final al conflicto armado existente entre ambos Estados (el que había comenzado con el estallido de la Guerra del Pacífico en 1879), y más de cuatro décadas desde que rompieran relaciones diplomáticas luego del fracaso de las negociaciones de Charaña, el siglo XXI, lejos de “calmar las aguas”—las que precisamente son el centro de las disputas— entre estas dos naciones, ha dado paso a la que pareciera será la nueva forma en que uno y otro Estado se relacionarán: entregando la resolución de sus conflictos a un tercero independiente.

Estando aún pendiente la resolución del fondo de la demanda boliviana en contra de Chile para que la Corte Internacional de Justicia (en adelante “CIJ” o “la Corte”) se pronuncie sobre la existencia (o no) de una obligación de negociar contraída por Chile para dar una salida al mar al Estado de Bolivia —y que si de existir, ésta se ha incumplido—¹ el Presidente Evo Morales anunció que la nación altiplánica volvería a

* Académica Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Académica en la categoría de Instructor adscrita al Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. LL.M en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg.

1 Al respecto, ver el artículo de la autora “La obligación de negociar de buena fe en el Derecho Internacional: una reflexión a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la excepción preliminar opuesta por Chile en la demanda boliviana sobre la obligación de negociar una salida al Océano Pacífico. Revista Tribuna Internacional, 4 (8) , p. 61-70. Disponible en www.tribunainternacional.uchile.cl

demandar a Chile en el tribunal de La Haya, pero esta vez, por el uso de las aguas del río Silala.

La Cancillería chilena –quien en una primera instancia anunció que si la demanda sobre el río Silala se concretaba, contrademandaría a Bolivia dentro del mismo juicio– sorprendió a todos cuando el pasado 06 de junio de 2016 anunció que el Estado de Chile había interpuesto esa mañana, una demanda en contra de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia para que ésta se pronunciara en lo principal sobre el estatus del mencionado río y los derechos que a Chile le asisten sobre el mismo.

El presente artículo intentará analizar, primeramente, los efectos que la interposición de la demanda tendrá en la relación entre ambos países, para luego hacer un somero análisis sobre la solicitud misma y el peso de sus argumentos jurídicos ante el Derecho Internacional. Finalmente, haremos algunos comentarios a modo de conclusión.

A Falta de Acuerdo, Buenos son los Juicios

Si bien las relaciones chileno-bolivianas han tenido más de agraz que de dulce desde ya los albores de ambas repúblicas a principios del siglo XIX, no es menos cierto que los gobiernos de turno de ambos Estados han ido evolucionando en su política exterior acorde lo ha hecho el Derecho Internacional.

Los que hace más de un siglo legitimaban el uso de la fuerza para resolver una contienda, hoy son los primeros en señalar que, ante las discrepancias de intereses, la única vía legítima para solucionarlas son los medios de solución pacífica de controversias. Incluso, los dictadores Pinochet y Banzer, así lo entendieron (aunque quizás por defender algún interés particular, más que por el respeto al Derecho Internacional mismo). En este sentido, no podemos más que aplaudir la primacía de la razón, por sobre las opiniones de aquellas acaloradas minorías que, de uno u otro lado, a veces preferirían solucionarlo todo a punta de cañón.

Luego de que Bolivia interpusiera la demanda en la CIJ reclamando la existencia e incumplimiento de una obligación de negociar una salida marítima por parte de Chile, y que Chile interpusiera a su vez una excepción preliminar ante la misma, fundada en la incompetencia que habría tenido la Corte de pronunciarse sobre un asunto ya resuelto –la que fue rechazada de manera contundente, pero que delimitó la controversia señalando que la Corte sólo estaba llamada a pronunciarse sobre dicha obligación y no sobre el resultado esperado por Bolivia, es decir, sobre el otorgamiento de una salida soberana al Océano Pacífico– podría haberse pensado que una vez que la CIJ dictaminara sobre este diferendo, las relaciones entre ambos países podrían descomprimirse y abrirse a una nueva etapa de diálogo y cooperación.

No obstante, fue el mismo presidente de Bolivia, el que consultado en más de una ocasión sobre si respetaría la decisión de La Haya si ésta le era desfavorable, quien señaló que Bolivia seguiría buscando todas las instancias internacionales para poner fin a su mediterraneidad. Así las cosas, ya notificados por nuestra contraparte boliviana, no le quedaba a la Cancillería chilena más que prepararse para lo que podría ser un siglo de juicios internacionales para dar solución a las antiguas y nuevas diferencias que plantea Bolivia. Es por esto que, aunque la presentación chilena sobre el río Silala no era algo esperado, no es más que la confirmación de que los arreglos de las diferencias internacionales a través de la vía diplomática, al menos con Bolivia, deberán esperar al menos por un buen tiempo.

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, conocido como “Pacto de Bogotá, del que Chile es parte desde 1967 –y que fuera ratificado por Bolivia en 2011– se ha convertido en el instrumento jurídico que ha dado la llave de acceso para que ambos países hayan podido acudir a la CIJ a solicitar que zanje sus diferencias jurídicas. Porque –al contrario de lo que señala Bolivia– Chile, jamás ha negado la competencia de la Corte para solucionar dichos diferendos, sino que sólo ha reclamado –apoyado en el artículo VI del mismo Tratado – que Bolivia había sometido a discusión un punto ya resuelto entre ambos, cuestión que la Corte rebatió y se pronunció en la forma que ya se conoce.

Pues bien, al interponer Chile una demanda en contra de Bolivia en la CIJ –la primera vez en su historia que hace uso de este derecho– no sólo confirma la plena vigencia del Pacto de Bogotá, sino que pone en Bolivia la presión de sentarse en calidad de demandado a controvertir cada uno de los puntos que Chile ha sometido a discusión en la Corte.

Demanda Anunciada, Demandante Sorpresa

Cuando el presidente Evo Morales anunció por la prensa, en marzo pasado, que Bolivia demandaría a Chile por el uso de las aguas del río Silala, dentro del plazo de dos años, para que la Corte declarara que el río pertenecía exclusivamente a Bolivia y que Chile debería pagar una compensación monetaria por más de 100 años de uso ilegal de sus aguas, jamás se habría imaginado que a sólo 3 meses de dichas declaraciones sería la Cancillería chilena quien respondiera –ya no por la prensa– con una demanda interpuesta ante la Corte Internacional de Justicia, la que no sólo pretendía que se declarara el carácter internacional del río Silala, sino que una serie de otras obligaciones que el Estado de Bolivia debe asumir derivados de dicho carácter.

La demanda interpuesta por Chile ante la Corte Internacional de Justicia, pretende que la Corte juzgue y declare que:

“(a) El sistema del Río Silala, junto con las porciones subterráneas de su sistema, es un curso de agua internacional, cuyo uso se rige por el derecho internacional consuetudinario;

(b) Chile tiene derecho al uso equitativo y razonable de las aguas del sistema del Río Silala de conformidad con el derecho internacional consuetudinario;

(c) Bajo el estándar de utilización equitativa y razonable, Chile tiene derecho al uso que actualmente hace de las aguas del Río Silala;

(d) Bolivia tiene la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para prevenir y controlar la contaminación y otras formas de daño a Chile que resulten de sus actividades en las cercanías del Río Silala;

(e) Bolivia tiene la obligación de cooperar y de proporcionar a Chile una notificación oportuna de medidas planificadas que pudiesen tener un efecto negativo sobre recursos hídricos compartidos, de intercambiar datos e información y de realizar, cuando proceda, una evaluación de impacto ambiental, para permitir que Chile pueda evaluar los posibles efectos de tales medidas planificadas, obligaciones que Bolivia ha incumplido”.²

Los argumentos esgrimidos por Chile tienen sólidos fundamentos, no sólo en los hechos –considerando que Chile ha usado y gozado de dichas aguas por más de cien años, sin oposición de Bolivia y que existen mapas y estudios independientes que confirman que el curso del Silala fluye naturalmente hacia Chile– sino que en el Derecho. Sobre este último punto, podemos señalar que la costumbre internacional está del lado de Chile, incluso siendo ésta avalada por un tratado internacional, la “Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación” (en adelante “UNWC”, por sus siglas en inglés).

Así las cosas, la jugarreta boliviana de intentar mantener en la palestra internacional un nuevo supuesto incumplimiento de Chile, esta vez, por el Silala, podría costarle cara, ya que Chile hasta antes de entablar la demanda se había mantenido como un actor pasivo, siempre dispuesto al diálogo en esta materia. Incluso en el 2009, ambos Estados arribaron a un pre-acuerdo referido a la preservación, sostenibilidad, uso y aprovechamiento del sistema hídrico del Silala para beneficio de ambos países, el que nunca fue firmado debido a la oposición presentada por las comunidades de Potosí, las que insistieron en la pertenencia a Bolivia del río y en que Chile debía pagar por el uso de sus aguas, incluso de manera retroactiva. Dicho acuerdo reconocía a Bolivia el derecho sobre el 50% de

2 “Proceedings instituted by Chile against Bolivia with regard to a dispute concerning the status and use of the waters of the Silala River system” (Solicitud de inicio de procedimiento instituido por Chile en contra de Bolivia en relación a la disputa concerniente al estatus y uso de las aguas del sistema del Río Silala), párrafo 50. Disponible en inglés en <http://www.icj-cij.org/> . Traducción de la autora.

las aguas del Silala y establecía la posibilidad de que personas jurídicas de derecho público o privado chilenas pudieran pagar a Bolivia por el uso de las aguas de libre disponibilidad pertenecientes a dicho Estado, y que incluso, estas aguas pudieran ser reconducidas a Chile.³

Han surgido dentro de Bolivia algunas voces que señalan que Chile habría reconocido en dicho pre-acuerdo que la naturaleza del Silala era controvertida y que una comisión técnica sería quien establecería el carácter internacional o no del río. Del análisis del texto del pre-acuerdo –el que nunca llegó a ser firmado–, esa afirmación no puede ser corroborada, y sería mucho extrapolar que de las palabras de su artículo 5 –“Por este Acuerdo las Partes se comprometen a efectuar conjuntamente estudios complementarios sobre el sistema hídrico del Silala (Siloli), para lograr un mayor conocimiento sobre su funcionamiento y naturaleza”– el Estado de Chile hubiera puesto en duda el carácter internacional del río. Lo mismo podría decirse del artículo 6.1⁴ de dicho pre-acuerdo, el que reconociendo el 50% de los derechos de agua en favor de Bolivia, señala que éstos podrían incrementarse en función de los resultados de los estudios conjuntos que se llevaran a cabo según el acuerdo. De hecho, el que Bolivia pudiera tener más del 50% sobre los derechos del Silala, no obsta a la petición chilena de la demanda sobre el “uso racional y equitativo” de las aguas del río, por ejemplo, la UNWC no establece que los derechos sobre un curso de agua internacional deban ser divididos según la cantidad de Estados por los que fluyen sus aguas, sino más bien establece factores que deben

3 El borrador final del fallido pre-acuerdo del 2009 puede ser leído en http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Silala/SilalaAgreement_Spanish.pdf

4 “Las Partes establecen, de conformidad con el Artículo 2, que del volumen total del agua del Silala o Siloli, que fluye a través de la frontera (100%), el 50% corresponde, inicialmente, al Estado Plurinacional de Bolivia, es de su libre disponibilidad y lo podrá utilizar en su territorio o autorizar su captación para su uso por terceros, incluyendo su conducción a Chile. Este porcentaje podrá ser incrementado a favor de Bolivia, en función de los resultados de los estudios conjuntos que se lleven a cabo en el marco del presente Acuerdo”.

ser considerados para establecer dicho uso⁵, entre ellos, los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; la población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua, etc.

Sin duda, y a pesar de que en el 2014 la UNWC entró en vigencia –convención de la cual Chile es Estado firmante, pero no ha ratificado– Bolivia se abstuvo de firmar dicho tratado internacional, por lo que Chile tendrá que desplegar grandes esfuerzos para demostrar ante la CIJ que las disposiciones esgrimidas de dicha convención ya forman parte del derecho consuetudinario internacional, cuestión que de no ser demostrada pondría en peligro las pretensiones chilenas, lo que podría empañar su presentación ante la Corte.

Lo más probable es que Chile pueda demostrar ante la CIJ que el Silala es un curso de agua internacional –ya que existen abundantes pruebas de que río fluye de manera natural desde Bolivia hacia Chile, incluso producto de la pendiente que se produce desde su nacimiento a su llegada al territorio chileno– y que el uso que debe corresponder dar a sus aguas es el “racional y equitativo”⁶.

5 UNWC, Artículo 6 “Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable 1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros: a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto”.

6 La CIJ se ha pronunciado sobre el uso equitativo y razonable de las aguas de un río internacional en casos como el de “Las Papeleras” entre Argentina y Uruguay y en el caso del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia.

Respecto de la obligación boliviana de prevenir y controlar la contaminación de las aguas del río, creemos igualmente, que podrá ser probado su carácter de consuetudinario.

En cuanto a poder demostrar la obligación boliviana de cooperar y de proporcionar a Chile una notificación oportuna de medidas planificadas que pudiesen tener un efecto negativo sobre recursos hídricos compartidos, de intercambiar datos e información y de realizar, cuando proceda, una evaluación de impacto ambiental, para permitir que Chile pueda evaluar los posibles efectos de tales medidas planificadas, la situación es más compleja; sobre este último punto, vemos más difícil el poder acreditar el carácter consuetudinario de las normas que contendrían dicha petición.

Sin duda, el conflicto sobre el Silala está lejos de terminar. No sería extraño que Bolivia contrademandara a Chile, dentro del mismo juicio. En este escenario, no creemos que las relaciones entre Chile y Bolivia vayan a mejorar en el corto plazo, al parecer, los juicios en La Haya llegaron para quedarse.

Algunos Comentarios a modo de Conclusión

A diferencia de la física y la matemática, las ciencias jurídicas y sociales, no se caracterizan por ser una disciplina exacta, por lo que vaticinar resultados en un juicio podría ser tan difícil como saber cuántos puntos anotará mañana la bolsa de Santiago. Y claro –si se hace la comparación con la economía– los argumentos de una y otra parte, las decisiones previas de la Corte sobre un mismo punto o bien la doctrina internacional existente sobre lo mismo, podrían darnos un atisbo de lo que finalmente los jueces de la Corte Internacional de Justicia decidirán ya sea en el diferendo sobre la obligación de negociar una salida al Océano Pacífico, o bien, en la demanda sobre el Río Silala.

No creemos pertinente pronosticar resultados, sino más bien señalar que cualquiera que ellos sean deberán servir de cimiento para construir una nueva, fraterna y duradera relación bilateral chileno-boliviana. No nos parece que las demandas interpuestas en la CIJ sean obstáculo para que

este diálogo se reanude de manera inmediata, perfectamente podría establecerse una agenda bilateral, excluyendo los puntos que están sometidos a decisión de la Corte. Lo que realmente falta, es la verdadera voluntad política de que esto prospere, no sólo en las más altas autoridades, sino en la misma sociedad civil. Es irrisorio, que dos naciones hermanas, sigan tan polarizadas.

Chile tiene mucho que beneficiarse de Bolivia, y viceversa. Bolivia no puede seguir entrampada pensando que todos sus problemas provienen de su falta de acceso soberano al mar, y Chile debe seguir intentando colaborar con Bolivia de todas las maneras necesarias para que ambas naciones puedan tener índices de desarrollo similares.

En el peor de los escenarios, las demandas internacionales se multiplicarán, Bolivia no quedará conforme incluso si la Corte declara que existe una obligación de negociar una salida al Océano Pacífico –ya que negociar, no implica que el resultado de la negociación sea el esperado por una de las partes– y si Chile gana en su demanda sobre el río Silala, lo más probable es que Bolivia interponga demandas similares, para que se declaren y respeten sus derechos sobre los ríos Lauca y Caquena –que nacen en Chile y cruzan hacia Bolivia–. Pero incluso, en ese escenario, seguiríamos mirando el vaso medio lleno: el Derecho Internacional habrá triunfado y el principio de la solución pacífica de las controversias quedará reafirmado desde Latinoamérica hacia el mundo.

En una realidad internacional marcada por los distintos conflictos armados que azotan a distintos pueblos del orbe, el que aún nos podamos sentar frente a un tribunal a intentar convencer jurídicamente a un tercero imparcial sobre nuestra postura, hace que nos podamos sentir orgullosos de llamarnos naciones civilizadas. Son preferibles cien demandas en La Haya, que la sola amenaza del uso de la fuerza entre naciones hermanas.

Chile, entre la jusdiplomacia y la diplomacia de negociación

JOSÉ RODRÍGUEZ ELIZONDO*

Parteaguas Poco Advertido

Comienzo por reconocer algo que está en la mente de muchos, pero que se frasea poco: vivimos una coyuntura vecinal grave. La palabra que uso es “grave” y no “crítica”. Hay que tener mucho cuidado con las palabras en las coyunturas de los conflictos internacionales.

Hemos perdido espacio oceánico con Perú, hemos tenido un fallo desfavorable en las excepciones preliminares con Bolivia y, recientemente, el presidente Ollanta Humala se ha involucrado en el segundo tema, al solidarizar con Evo Morales y potenciar, simultáneamente, el del triángulo terrestre. Todo esto, en un contexto en que Chile ha consumido una gran energía en la defensa judicial de sus intereses, generando una suerte de “lucro cesante” en lo diplomático. Hay tantas cosas que debiera hacer un país como Chile y que no ha hecho, ocupado como está en responder demandas.

Quizás por eso, en el exterior solo hemos ganado expresiones de neutralidad técnica, respecto al acuciante tema boliviano. Bolivia, en cambio, ha ganado importantes expresiones de simpatía política a nivel global. La más notoria, naturalmente, es la del Papa. Hay que hacer una mención especial, también, para los apoyos que ha tenido en Perú y en la Argentina de la señora Kirchner.

* Director Programa de Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

A la par, la evaluación interna de nuestro comportamiento se ha ido haciendo paulatinamente más difusa. Primero, porque sólo teóricamente nuestra política internacional ha sido una política pública. No ha habido un debate conocido e informado sobre esta materia. Por eso, ahora se han desbordado las inquietudes. Hemos tenido polémicas públicas sobre temas tan álgidos, como el de si seguimos o no perteneciendo al Pacto de Bogotá. Y hace cuestión de días, supimos de la renuncia de nuestro agente en La Haya por “falta de cohesión”, como dijo él mismo.

Como chileno, no es cómodo analizar estos temas. Es doloroso verificar cómo la realidad ha confirmado determinados pronósticos que he hecho, en mi labor académica y periodística. Pero silenciar los hechos no ayuda a rectificarlos, máxime si aún no asumimos que, tras el fallo de la demanda del Perú, se nos produjo “el momento de la verdad”. Esto es, la necesidad de externalizar lo que nos estaba pasando. Ese fallo fue un parteaguas, que nos llamaba a terminar con el tiempo de los eufemismos y a reconocer que en este tipo de conflictos hay que actuar con estrategia. Pero, ojo, empleando la palabra estrategia en su verdadero sentido y no con la banalización con que se usa en todo tipo de actividades.

Visto así el tema, me parece que potenciar, como se hizo, el equipo de la defensa chilena, es una señal en la dirección correcta, pero eso no basta. Hay que reconocer los errores estratégicos cometidos, no para buscar culpables, sino para no seguir cometiéndolos. En este sentido, yo suelo mencionar un aserto del general y estadista Charles de Gaulle, según el cual, el Ejército construye sus doctrinas, temas y reglamentos, reparando los errores del último conflicto. Donde dice: “Ejército”, léase “Estado”. Eso es lo que debemos hacer como Estado.

Cuestión de Diagnóstico

Dicho esto, quiero contar que recuerdo una reunión de un grupo de expertos, tras el fallo de la demanda peruana y cuando todavía no se había presentado la boliviana. En esa reunión algunos se centraron en lo jurídico-judicial. Descubrieron que había mucha jurisprudencia que estudiar e investigar, en el tema de los actos unilaterales del Estado o, como los

llamaba antes Bolivia, los “derechos expectaticios”. A mí me pareció que, después del fallo con Perú, ese juridicismo estaba algo desfasado y planteé que no debíamos legitimar la demanda de Bolivia. Incluso mencioné el artículo 53 del estatuto de la Corte, que permitía no comparecer a juicio.

La verdad es que tuve cero éxito. Volver a la Corte Internacional de Justicia fue la tónica predominante. ¿Por qué? Porque teníamos “sólidas razones jurídicas” (¿cuántas veces se ha escuchado esta frase?), porque teníamos un equipo excelente, porque habíamos ganado experiencia en los pleitos ante esa Corte. Además, porque la misma Corte nos había dado la razón en la demanda peruana, al aceptar que el límite era el anclaje del paralelo con el Hito 1. Es decir, omitíamos la pérdida real de masa oceánica y volvíamos a refugiarnos en la intangibilidad de los tratados, a contratar especialistas extranjeros y a desconsiderar que la Corte de La Haya es un organismo de las Naciones Unidas. Cosa importante, ésta, pues no podría cortarse las venas por mantener ningún *statu quo*, si percibe peligro para la paz y la seguridad internacionales, cuya protección es la función primaria de las Naciones Unidas.

Así pues, volvimos a la solución judicial, saltándonos la negociación u otros medios de solución pacífica de controversias, con lo cual dejamos automáticamente sin piso el factor disuasión defensiva. En el mundo de hoy no cabe ejercer esta disuasión sin un marco previo de negociación. Con esto, la pregunta que comenzaron a hacerse muchos compatriotas es si había inseguridad diplomática para negociar, aversión al riesgo o fetichismo legal.

Pero no era eso lo fundamental. Para mí, lo fundamental fue que, como en el caso con Perú, no habíamos definido correctamente el tipo de conflicto que enfrentábamos. Bolivia nos estaba planteando un conflicto de poder, es decir, un tipo de conflicto que requiere ser enfrentado con todos los recursos del poder. Esto supone una estrategia integral que comprenda, entre otros factores, manejo de los tiempos, escenarios alternativos, política comunicacional dentro y fuera del país, acción diplomática segmentada, contramedidas jurídicas de acción y retorsión. Entre éstas, por ejemplo, no comparecer al juicio o entablar una demanda

reconvencional. Nunca a nadie se le ocurrió que podíamos hacer una demanda reconvencional.

Estaba claro, entonces, que teníamos problemas de comprensión y reacción, pero –agrego– no fue un síndrome de coyuntura. En realidad, se trataba de un sostenido déficit histórico. Para probarlo, basta sintetizar algunas citas de la *Historia diplomática de Chile*, del historiador y diplomático Mario Barros Van Büren:

Nuestra diplomacia de los dos siglos pasados transcurrió en “la esclavitud jurídica” y en un contexto de “espantosa orfandad de imaginación”. Argentinos conspicuos nos trataban “como tontos” y en Lima se definía a nuestra Cancillería como “la gran sorprendida”. “En vez de aprovechar a los diplomáticos profesionales meritorios, la autoridad prefería encargar las misiones delicadas al exterior al brillante areópago de abogados, profesores y eruditos que constituían el orgullo del Chile decimonónico”

Como Tratar a los Tratados

En ese contexto deficitario histórico, una de las asignaturas pendientes más importantes es el estudio de la relación de la diplomacia con el derecho, focalizada en los tratados de límites. El como “tratar los tratados” es un gran tema que no hemos procesado.

Según la lógica jurídico-formal, los tratados son instrumentos jerarquizados de la pirámide normativa *kelseniana*. Tienen rango de ley o superior y una glosa en latín: *pacta sunt servanda*, que significa que su cumplimiento es obligatorio. Esta lógica coexiste con la idealista, según la cual son instrumentos intangibles con un aura metafísica. Por eso, algunos abogados hablan de “la santidad de los tratados”. Pero también existe la lógica de la realidad o de los hechos, que es la que prevalece en la política exterior concreta. Para ésta, los tratados son momentos históricos de sensatez política, que ponen fin a conflictos de poder, mediante negociaciones político-diplomáticas con concesiones recíprocas, que reflejan la correlación de fuerzas, quedando (naturalmente) unos negociadores más satisfechos que otros. Es la lógica de la vida, la lógica de los conflictos.

Los tratados, entonces, nos plantean dificultades filosóficas que derivan en dificultades prácticas. Así, quienes tienen una concepción idealista nunca han podido demostrar su origen sobrenatural. Saben –o deben saber– que sólo los textos que contienen la palabra de Dios son intangibles y, además, únicamente para los creyentes. La evidencia les dice que la fuerza, con su realismo brutal, no suele detenerse ante los tratados supuestamente sagrados y que la historia de las guerras bien podría definirse como una historia de su tangibilidad.

Por lo señalado, una relación post conflicto que sólo se afirme en la santidad de los tratados, tiende a convertirse en una defensa ideologizada del *statu quo*. Esto es, en el ejercicio de una ideología de la victoria que, por lo mismo, favorece el revisionismo y el revanchismo de los derrotados.

La concepción realista tiene problemas de otro tipo, que yo considero intelectual y políticamente más estimulantes. En lo fundamental, porque obliga a reconocer que los tratados no se autosostienen gracias a su formato jurídico. Su juridicidad es sólo una base –importante pero no suficiente– para mantener una correcta relación post conflicto. La normalización que los sigue –o debe seguirlos– exige políticas de mantención de esos tratados, que promuevan intereses comunes. Sólo así la plataforma jurídica se puede convertir en una opción de paz real y, en lo posible, en una base de cooperación y de amistad.

Creo que por no entender esto a cabalidad, sucedió lo que está sucediendo a nuestros tratados con nuestros vecinos del Norte. Se descuidó su mantención política y ese descuido indujo una suerte de caída autojustificatoria en el fetichismo del derecho. A este respecto, llamo la atención sobre la notable percepción del prestigioso historiador Mario Góngora cuando, entrevistado en 1984 por esa gran periodista que fue Raquel Correa, dijo lo siguiente: “en el siglo XX, el país (...) territorialmente, alcanza límites que siente naturales, haciéndose indiferente a problemas de política exterior, delegando su solución en funcionarios o en las Fuerzas Armadas”.

Por lo visto, Góngora entendía muy bien que no hubo una administración político-profesional de los tratados post Guerra del Pacífico y que Arica no era un equivalente geopolítico a Valparaíso.

Si Algo Malo Puede Suceder...

En esas circunstancias y de acuerdo con la ley de Murphy, lo malo que podía acontecer... aconteció. En el año 1949 Chile incurrió, junto con Bolivia, en la reservada negociación llamada del “corredor boliviano” y así se produjo el error fundacional: cambiamos el orden de los factores del Protocolo Complementario del Tratado de 1929. En efecto, pese a que éste decía que para entregar soberanía sobre Tacna y/o Arica se requería el “previo acuerdo” entre Chile y Perú, nosotros quisimos llegar a un acuerdo previo con Bolivia, para pedir *después* la anuencia del Perú.

A partir de 1950, cuando la noticia se filtró, aquello produjo tres efectos encadenados:

Primero, en el Perú se entendió que terminaba la alianza focalizada con Chile, fruto de la política visionaria de nuestro presidente Carlos Ibáñez del Campo y del presidente peruano Augusto Leguía.

Segundo, pasamos del trilateralismo real que suponía esa alianza, a un bilateralismo legal. El tema del “enclaustramiento” ahora concernía sólo a Bolivia y Chile, siendo ajeno al Perú.

Tercero, nacía, por parte boliviana, un factor fundamental de su estrategia, según el cual Chile habría reconocido un “tema pendiente” respecto a su mediterraneidad. Esto implicaba la falta de plenitud del tratado de límites de 1904.

Fue así como se “tangibilizó” el tratado de 1904, golpeado por el “tema pendiente” y se produjo una fractura o un esguince en el Tratado de 1929, pues en Perú se consideró que Chile no estaba cumpliendo con el artículo primero de su Protocolo Complementario. Aunque nos hemos esforzado por olvidarlo, esto último también se reconoció en nuestro país. Conrado Ríos Gallardo, el gran negociador chileno de ese tratado, fue terminante y no en la reserva de la diplomacia, sino en una entrevista para la revista Nuevo Zig-Zag: “Creamos un precedente que nadie sabe a dónde nos puede conducir en el porvenir”. El director de esa revista, Raúl Aldunate Phillips, conocido hombre público, también fue claro: “el Perú debió ser

informado previamente de la iniciación de esta desgraciada iniciativa”. En paralelo, un editorial de El Mercurio expresaba que la negociación del corredor boliviano “comprometía la existencia misma del Tratado de 1929”.

Nudo Gordiano Para Tres

En los temas conflictivos de la política exterior, el porvenir puede demorar décadas o siglos. Es lo que sucedió en los siguientes conflictos con Perú y Bolivia. A partir de la negociación frustrada del corredor boliviano, hay una vinculación concatenada de controversias, que he analizado en distintos textos, que han culminado con las dos demandas recientes ante la Corte de La Haya.

Esto debiera hacer claridad sobre una realidad histórica que hoy me parece insoslayable: en lugar de un tratado con Bolivia y de otro tratado por cuerdas separadas con el Perú, lo que tenemos es un sistema de tratados con ambos países. El vínculo geopolítico, estratégico y jurídico que los une es el artículo primero del Protocolo Complementario del Tratado del 29. Esto significa que Arica y Tacna configuran la base de un trilateralismo sumergido, pero real. Pese a todas sus anemias, fracturas y esguinces, fue un vínculo reconocido, en 1983, por el general Edgardo Mercado Jarrín, un histórico militar peruano, canciller de Velasco Alvarado, comandante general del Ejército y tratadista en temas de geopolítica y estrategia. A propósito de la aspiración marítima boliviana dirigida contra Chile, Mercado escribió lo siguiente:

“En muchos sectores políticos peruanos se piensa que esto es un problema entre Bolivia y Chile. No señores, no lo es, la cláusula del tratado de 1929 coloca a Perú en la condición de contribuir solidariamente a garantizar a Chile la consecución de los objetivos nacionales frente a la aspiración boliviana de salir al mar”.

Sin embargo, como secuela del “corredor”, hoy es doctrina peruana solidarizar con “la justa aspiración de Bolivia”, pero sin comprometer apoyo a una solución que pase por Arica. De ahí que el vigor de la antes

mencionada declaración de Humala haya lucido como excepcional o contradictoria en el propio Perú. También esto explica por qué Bolivia, en su demanda, no menciona territorio específico de salida al mar. Las elites bolivianas saben que la salida por Antofagasta es inviable —es la tesis de los viejos *recuperacionistas* bolivianos—, pues divide el territorio de Chile, y que la salida por Arica ha sido y sigue siendo resistida en Perú. Como dato anecdótico, últimamente sólo el ex Presidente Carlos Mesa, intelectual de mucho peso y actual vocero del Presidente Evo Morales, ha reconocido el tema de Arica, escribiendo lo que sigue:

“El nudo gordiano de la traumática historia trilateral que nos tiene trabados a Chile, Perú y Bolivia, es Arica. Es la piedra de toque y el gran problema para encontrar una solución consensuada entre los tres Estados. Chile es un subrogante de facto del Perú con respecto a la búsqueda boliviana de una solución”.

Informo, entre paréntesis, que esto lo escribió Mesa antes de ser designado vocero, comentando mi prólogo a un libro muy notable publicado en Bolivia por dos autores chilenos. Me refiero a la obra *El tratado de 1904*, de José Miguel Concha y Cristián Garay... que ¡aún no encuentra editor en Chile!

Conclusiones con Respaldo

Mi conclusión, tras lo expuesto, es que tras siete años con una diplomacia metafóricamente secuestrada por jueces y abogados litigantes, Chile requiere un viraje mayor que exceda la coyuntura. Uno que vaya desde la reactividad hasta la iniciativa y desde la *jusdiplomacia* hasta la diplomacia de negociación. Es la oportunidad que nos ofrecen las crisis.

Sin embargo, dada la complejidad y polemicidad de estos temas, quiero cubrir mis espaldas de analista con otras cinco conclusiones en la misma línea. Todas fueron formuladas en distintas épocas, por personalidades de alto valimiento y por estudiosos que supieron reflejar el ser y el deber ser de la diplomacia. Son las siguientes:

Primera, “se abriga en las cancillerías la ilusión de creer que no existen más derechos para las naciones que aquellos que los tratados les confieren”. Esto lo escribió en 1926 el jurista y diplomático francés Jules Cambon.

Segunda, “una negociación diplomática no sólo es acertada cuando tiene pleno éxito en la consecución del objetivo, sino también cuando, considerando las circunstancias adversas que la rodean, logra evitar lo peor para el interés nacional”. Esto lo dijo Carlos Martínez Sotomayor, sabio ex canciller chileno, en el año 1984.

Tercera, “el tratamiento de las cuestiones de límites, enfocado como una confrontación litigiosa y bajo el privilegio de estrictos dogmas jurídicos ha sido la vía más segura para desembocar en un conflicto interminable”. Autor de esta conclusión, en 2002, es Juan Miguel Bákula, historiador y estratega diplomático de la demanda peruana contra Chile. La actual controversia por “el triángulo terrestre” vino a confirmar su aserto.

Cuarta, “la identidad legalista de Chile ha brindado a Perú y Bolivia una estrategia para sus reclamaciones (...) en vez de infructuosas insistencias en la naturaleza política y bilateral de los conflictos han optado por seguir una estrategia legalista”. Este es un descubrimiento del politólogo holandés Gerard van der Ree y fue escrito en 2010.

Quinta, “hay que buscar una fórmula para que la cancillería de Chile tenga un funcionamiento externo más adherido a lo que está pasando, que utilice mejor los talentos, que sea una carrera donde lo profesional se pueda perfeccionar con el tiempo, que no sea un pagador de recursos para algunos políticos”. Esto fue dicho en el año 2008 por Gabriel Valdés Subercaseaux, eminente ex canciller chileno, cuando volvía de su última misión al servicio del país.

ANEXO

FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES

**Fuente: Corte Internacional de Justicia
www.icj-cij.org**

24 SEPTEMBER 2015

JUDGMENT

OBLIGATION TO NEGOTIATE ACCESS TO THE PACIFIC OCEAN

(BOLIVIA v. CHILE)

PRELIMINARY OBJECTION

OBLIGATION DE NÉGOCIER UN ACCÈS À L'OCÉAN PACIFIQUE

(BOLIVIE c. CHILI)

EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

24 SEPTEMBRE 2015

ARRÊT

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE	1-14
I. BACKGROUND	81-82
II. GENERAL OVERVIEW OF THE POSITIONS OF THE PARTIES	83-85
III. SUBJECT-MATTER OF THE DISPUTE	86-90
IV. WHETHER THE MATTERS IN DISPUTE BEFORE THE COURT FALL UNDER ARTICLE VI OF THE PACT OF BOGOTÁ	37-53
V. THE COURT'S CONCLUSION REGARDING THE PRELIMINARY OBJECTION OPERATIVE CLAUSE	54-55 56

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2015

2015
24 September
General List
No. 153

24 September 2015

OBLIGATION TO NEGOTIATE ACCESS
TO THE PACIFIC OCEAN

(BOLIVIA v. CHILE)

PRELIMINARY OBJECTION

Geography — Historical background — Bolivia's claims — Jurisdiction based on Article XXXI of Pact of Bogotá — Contention of Chile that, under Article VI of the Pact, the Court lacks jurisdiction.

Subject-matter of dispute to be determined by the Court — Differing characterization of the dispute by the Parties — Chile's characterization not accepted — Question whether Bolivia has a right to sovereign access to the sea not before the Court — No need for pronouncement on legal status of 1904 Peace Treaty — Subject-matter of dispute twofold — Whether Chile obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the sea — Whether Chile has breached any such obligation — Use in Judgment of phrases "sovereign access" and "to negotiate sovereign access" without incidence on existence, nature or content of any alleged obligation.

Determination whether matters in dispute were "settled" or "governed" by 1904 Peace Treaty — Jurisdictional régime of Pact of Bogotá — Article VI of the Pact — Relevant provisions of 1904 Peace Treaty — Chile's alleged obligation to negotiate not addressed in 1904 Peace Treaty — The matters in dispute are matters neither "settled" nor "governed", within meaning of Article VI of the Pact, by 1904 Peace Treaty — No need to examine, for purposes of the case, whether there exists a distinction between legal effect of terms "settled" and "governed" — No need to examine agreements, diplomatic practice and declarations invoked by Bolivia.

Bolivia's alternative argument that Chile's objection does not possess exclusively preliminary character — Bolivia's alternative argument moot — For the Court to determine whether an objection lacks an exclusively preliminary character — The Court not precluded from ruling on Chile's objection at this stage.

Chile's preliminary objection dismissed — The Court has jurisdiction to entertain Bolivia's Applicatio

JUDGMENT

Present: *President* ABRAHAM; *Vice-President* YUSUF; *Judges* OWADA, TOMKA, BEN-NOUNA, CANÇADO TRINDADE, GREENWOOD, XUE, DONOGHUE, GAJA, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, GEVORGIAN; *Judges ad hoc* DAUDET, ARBOUR; *Registrar* COUVREUR.

In the case concerning the obligation to negotiate access to the Pacific Ocean,

between

the Plurinational State of Bolivia,

represented by

H.E. Mr. Eduardo Rodríguez Veltzé, former President of Bolivia, former President of the Bolivian Supreme Court of Justice, former Dean of the Law School from the Catholic University of Bolivia, La Paz, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Plurinational State of Bolivia to the Kingdom of the Netherlands,

as Agent;

H.E. Mr. David Choquehuanca Céspedes, Minister for Foreign Affairs of the Plurinational State of Bolivia,

as National Authority;

Mr. Mathias Forteau, Professor at the University of Paris Ouest, Nanterre-La Défense, Member of the International Law Commission,

Mr. Antonio Remiro Brotons, Professor of International Law, Universidad Autónoma de Madrid, member of the Institut de droit international,

Ms Monique Chemillier-Gendreau, Professor Emeritus of Public Law and Political Science, University of Paris Diderot,

Mr. Payam Akhavan, LL.M. S.J.D. (Harvard), Professor of International Law, McGill University, Montreal, member of the State Bar of New York and of the Law Society of Upper Canada,

Ms Amy Sander, member of the English Bar,

as Counsel and Advocates;

Mr. Hector Arce, Attorney-General of the Plurinational State of Bolivia, Professor of Constitutional Law, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz,

Mr. Reymi Ferreira, Minister of Defence of the Plurinational State of Bolivia,

H.E. Mr. Juan Carlos Alurralde, Vice-Minister for Foreign Affairs of the Plurinational State of Bolivia,

Mr. Emerson Calderón, Secretary General of the Strategic Maritime Vindication Office (DI-REMAR), Professor of Public International Law, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz,

H.E. Mr. Sacha Llorenty, Permanent Representative of Bolivia to the United Nations in New York,

H.E. Ms Nardy Suxo, Permanent Representative of Bolivia to the United Nations Office in Geneva,

Mr. Rubén Saavedra, Permanent Representative of Bolivia to the Union of South American Nations (UNASUR) in Quito,

as Advisers;

Mr. Carlos Mesa Gisbert, former President and Vice-President of Bolivia,

as Special Envoy and Spokesman;

Mr. José Villarroel, DIREMAR, La Paz,

Mr. Osvaldo Torrico, DIREMAR, La Paz,

Mr. Farit Rojas Tudela, Embassy of Bolivia in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Luis Rojas Martínez, Embassy of Bolivia in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Franz Zubieta, State Attorney's Office, La Paz,

as Technical Advisers;

Ms Gimena González,

Ms Kathleen McFarland,

as Assistant Counsel,

and

the Republic of Chile,

represented by

H.E. Mr. Felipe Bulnes Serrano, Former Minister of Justice and Education of the Republic of Chile, Former Ambassador of Chile to the United States of America, Professor of Civil Law, Pontificia Universidad Católica de Chile,

as Agent;

H.E. Mr. Heraldo Muñoz Valenzuela, Minister for Foreign Affairs of Chile,

as National Authority;

Mr. Claudio Grossman, Dean and R. Geraldson Professor of International Law, American University, Washington College of Law,

H.E. Ms María Teresa Infante Caffi, Ambassador of Chile to the Kingdom of the Netherlands, member of the Institut de droit international,

as Co-Agents;

Sir Daniel Bethlehem, Q.C., Barrister, Bar of England and Wales, 20 Essex Street Chambers,

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor at the Graduate Institute of International Studies and Development, Geneva, and University of Paris II (Panthéon-Assas), associate member of the Institut de droit international,

Mr. Ben Juratowitch, Solicitor admitted in Queensland and in England and Wales, Freshfields Bruckhaus Deringer,

Mr. Harold Hongju Koh, Sterling Professor of International Law, Yale Law School, member of the Bars of New York and the District of Columbia,

Ms Mónica Pinto, Professor and Dean of the Law School of the Universidad de Buenos Aires, Argentina,

Mr. Samuel Wordsworth, Q.C., member of the English Bar, member of the Paris Bar, Essex Court Chambers,

as Counsel and Advocates;

H.E. Mr. Alberto van Klaveren Stork, Former Vice Minister for Foreign Affairs of Chile, Professor of International Relations, Universidad de Chile,

Ms Ximena Fuentes Torrijo, Professor of Public International Law, Universidad Adolfo Ibáñez and Universidad de Chile,

Mr. Andrés Jana Linetzky, Professor, Universidad de Chile,

Ms Nienke Grossman, Professor, University of Baltimore, Maryland, member of the Bars of Virginia and the District of Columbia,

Ms Kate Parlett, Solicitor admitted in Queensland and in England and Wales,

Ms Alexandra van der Meulen, *avocat à la Cour* (Paris) and member of the Bar of the State of New York,

Ms Callista Harris, Solicitor admitted in New South Wales,

Ms Mariana Durney, Legal Officer, Ministry of Foreign Affairs of Chile,

Ms María Alicia Ríos, Ministry of Foreign Affairs of Chile,

Mr. Juan Enrique Loyer, Third Secretary, Embassy of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

as Advisers;

Mr. Coalter G. Lathrop, Sovereign Geographic, member of the North Carolina Bar,

as Technical Adviser,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 24 April 2013, the Government of the Plurinational State of Bolivia (hereinafter “Bolivia”) filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Republic of Chile (hereinafter “Chile”) with regard to a dispute “relating to Chile’s obligation to negotiate in good faith and effectively with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean”.

In its Application, Bolivia seeks to found the jurisdiction of the Court on Article XXXI of the American Treaty on Pacific Settlement signed on 30 April 1948, officially designated, according to Article LX thereof, as the “Pact of Bogotá” (and hereinafter referred to as such).

2. In accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute of the Court, the Registrar immediately communicated the Application to the Government of Chile; and, under paragraph 3 of that Article, all other States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of either of the Parties, each Party proceeded to exercise the right conferred upon it by Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case. Bolivia chose Mr. Yves Daudet and Chile Ms Louise Arbour.

4. By an Order of 18 June 2013, the Court fixed 17 April 2014 as the time-limit for the filing of the Memorial of Bolivia and 18 February 2015 for the filing of the Counter-Memorial of Chile. Bolivia filed its Memorial within the time-limit so prescribed.

5. Referring to Article 53, paragraph 1, of the Rules of Court, the Government of Peru and the Government of Colombia respectively asked to be furnished with copies of the pleadings and documents annexed in the case. Having ascertained the views of the Parties pursuant to that same provision, the President of the Court decided to grant those requests. The Registrar duly communicated these decisions to the said Governments and to the Parties.

6. On 15 July 2014, within the time-limit set by Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, Chile raised a preliminary objection to the jurisdiction of the Court. Consequently, by an Order of 15 July 2014, the President, noting that by virtue of Article 79, paragraph 5, of the Rules of Court the proceedings on the merits were suspended, and taking account of Practice Direction V, fixed 14 November 2014 as the time-limit for the presentation by Bolivia of a written statement of its observations and submissions on the preliminary objection raised by Chile. Bolivia filed such a statement within the time-limit so prescribed, and the case thus became ready for hearing in respect of the preliminary objection.

7. Pursuant to the instructions of the Court under Article 43 of the Rules of Court, the Registrar addressed to the States parties to the Pact of Bogotá the notifications provided for in Article 63, paragraph 1, of the Statute of the Court. In accordance with the provisions of Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, the Registrar moreover addressed to the Organization of American States (hereinafter the "OAS") the notification provided for in Article 34, paragraph 3, of the Statute of the Court. As provided for in Article 69, paragraph 3, of the Rules of Court, the Registrar transmitted the written pleadings to the OAS and asked that organization whether or not it intended to furnish observations in writing within the meaning of that Article. The Registrar further stated that, in view of the fact that the current phase of the proceedings related to the question of jurisdiction, any written observations should be limited to the construction of the provisions of the Pact of Bogotá concerning that question. The Secretary General of the OAS informed the Court that that organization did not intend to submit any such observations.

8. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the preliminary objection and the written observations on that objection would be made accessible to the public on the opening of the oral proceedings.

9. Public hearings on the preliminary objection raised by Chile were held from Monday 4 to Friday 8 May 2015, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Chile: H.E. Mr. Felipe Bulnes,
Ms Mónica Pinto,
Sir Daniel Bethlehem,
Mr. Samuel Wordsworth,
Mr. Pierre-Marie Dupuy,
Mr. Harold Hongju Koh.

For Bolivia: H.E. Mr. Eduardo Rodríguez Veltzé,
Mr. Mathias Forteau,
Ms Monique Chemillier-Gendreau,
Mr. Antonio Remiro Brotóns,
Mr. Payam Akhavan.

10. At the hearings, Members of the Court put questions to the Parties, to which replies were given orally and in writing, within the time-limit fixed by the President in accordance with Article 61, paragraph 4, of the Rules of Court. Pursuant to Article 72 of the Rules of Court, each of the Parties submitted comments on the written replies provided by the other.

*

11. In the Application, the following claim was made by Bolivia:

“For the above reasons Bolivia respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

- (a) Chile has the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean;*
- (b) Chile has breached the said obligation;*
- (c) Chile must perform the said obligation in good faith, promptly, formally, within a reasonable time and effectively, to grant Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean.”*

12. In the Memorial, the following submissions were presented on behalf of the Government of Bolivia:

“For the reasons given in this Memorial, and reserving the right to supplement, amplify or amend the present submissions, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that:

- (a) Chile has the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean;
- (b) Chile has breached the said obligation; and
- (c) Chile must perform the said obligation in good faith, promptly, formally, within a reasonable time and effectively, to grant Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean.”

13. In the preliminary objection, the following submissions were presented on behalf of the Government of Chile:

“For the reasons explained in the preceding Chapters, Chile respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

The claim brought by Bolivia against Chile is not within the jurisdiction of the Court.”

In the written statement of its observations and submissions on the preliminary objection, the following submissions were presented on behalf of the Government of Bolivia:

“Accordingly, Bolivia respectfully asks the Court:

- (a) To reject the objection to its jurisdiction submitted by Chile;
- (b) To adjudge and declare that the claim brought by Bolivia enters within its jurisdiction.”

14. At the oral proceedings on the preliminary objection, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Chile,

at the hearing of 7 May 2015:

“The Republic of Chile respectfully requests the Court to adjudge and declare that the claim brought by Bolivia against Chile is not within the jurisdiction of the Court.”

On behalf of the Government of Bolivia,

at the hearing of 8 May 2015:

“[T]he Plurinational State of Bolivia respectfully requests the Court:

(a) to reject the objection to its jurisdiction submitted by Chile;

(b) to adjudge and declare that the claim brought by Bolivia enters within its jurisdiction.”

*

* *

I. BACKGROUND

15. Bolivia is situated in South America, bordering Chile to the south-west, Peru to the west, Brazil to the north and east, Paraguay to the south-east and Argentina to the south. Bolivia has no sea-coast. Chile, for its part, shares a land boundary with Peru to the north, with Bolivia to the north-east and with Argentina to the east. Its mainland coast faces the Pacific Ocean to the west.

16. Chile and Bolivia gained their independence from Spain in 1818 and 1825 respectively. At the time of its independence, Bolivia had a coastline along the Pacific Ocean, measuring several hundred kilometres. On 10 August 1866, Chile and Bolivia signed a Treaty of Territorial Limits, which established a “line of demarcation of boundaries” between the two States, separating their neighbouring Pacific coast territories. This line was confirmed as the boundary line in the Treaty of Limits between Bolivia and Chile, signed on 6 August 1874. In 1879, Chile declared war on Peru and Bolivia, known as the War of the Pacific. In the course of this war, Chile occupied Bolivia’s coastal territory. The hostilities came to an end as between Bolivia and Chile with the Truce Pact signed in 1884 in Valparaíso. Under the terms of the Truce Pact, Chile, inter alia, was to continue to govern the coastal region. As a result of these events, Bolivia lost control over its Pacific coast. In 1895, a Treaty on the Transfer of Territory was signed between Bolivia and Chile, but never entered into force. This Treaty included provisions for Bolivia to regain access to the sea, subject to Chile acquiring sovereignty over certain specific territories. On 20 October 1904, the Parties signed the Treaty of Peace and Friendship (hereinafter the “1904 Peace Treaty”), which officially ended the War of the Pacific as between Bolivia and Chile. Under this Treaty, which entered into force on 10 March 1905, the entire Bolivian coastal territory became Chilean and Bolivia was granted a right of commercial transit to Chilean ports. Certain provisions of the 1904 Peace Treaty are set forth below¹ (see paragraph 40).

17. Following the 1904 Peace Treaty, both States made a number of declarations and several diplomatic exchanges took place between them regarding the situation of Bolivia vis-à-vis the Pacific Ocean (see paragraphs 19 and 22 below).

¹ The original language of the 1904 Peace Treaty is Spanish. All provisions from the Treaty that are quoted in this Judgment have been translated into English by the Registry.

II. GENERAL OVERVIEW OF THE POSITIONS OF THE PARTIES

18. In its Application instituting proceedings and in its Memorial, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that

- “(a) Chile has the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean;
- (b) Chile has breached the said obligation;
- (c) Chile must perform the said obligation in good faith, promptly, formally, within a reasonable time and effectively, to grant Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean” (see paragraphs 11 and 12 above).

19. In order to substantiate the existence of the alleged obligation to negotiate and the breach thereof, Bolivia relies on “agreements, diplomatic practice and a series of declarations attributable to [Chile’s] highest-level representatives”. According to Bolivia, most of these events took place between the conclusion of the 1904 Peace Treaty and 2012.

20. Bolivia, in its Application, seeks to found the jurisdiction of the Court on Article XXXI of the Pact of Bogotá which reads as follows:

“In conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, the High Contracting Parties declare that they recognize, in relation to any other American State, the jurisdiction of the Court as compulsory ipso facto, without the necessity of any special agreement so long as the present Treaty is in force, in all disputes of a juridical nature that arise among them concerning:

- (a) the interpretation of a treaty;
- (b) any question of international law;
- (c) the existence of any fact which, if established, would constitute the breach of an international obligation;
- (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.”

21. Both Bolivia and Chile are parties to the Pact of Bogotá, which was adopted on 30 April 1948. Chile ratified the Pact of Bogotá on 21 August 1967 and deposited its instrument of ratification on 15 April 1974. Bolivia ratified the Pact of Bogotá on 14 April 2011 and deposited its instrument of ratification on 9 June 2011.

When Bolivia signed the Pact of Bogotá in 1948, and again when it ratified it in 2011, it entered a reservation to Article VI. That Article provides:

“The . . . procedures [laid down in the Pact of Bogotá] . . . may not be applied to matters already settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court, or which are governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the present Treaty.”

Bolivia’s reservation read as follows:

“The Delegation of Bolivia makes a reservation with regard to Article VI, inasmuch as it considers that pacific procedures may also be applied to controversies arising from matters settled by arrangement between the Parties, when the said arrangement affects the vital interests of a State.”

Chile objected to Bolivia’s reservation. On 10 April 2013, this reservation was withdrawn. Bolivia therefore states that, as of the date the proceedings were initiated, on 24 April 2013, neither Party had any reservation in force precluding the jurisdiction of the Court. Chile, which does not contradict this point, states that the withdrawal of Bolivia’s reservation brought the Pact of Bogotá into force between the Parties.

22. In its preliminary objection, Chile claims that, pursuant to Article VI of the Pact of Bogotá, the Court lacks jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá to decide the dispute submitted by Bolivia. Chile maintains that the matters at issue in the present case are territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean. Referring to Article VI of the Pact of Bogotá, it contends that these matters were settled by arrangement in the 1904 Peace Treaty and that they remain governed by that Treaty, which was in force on the date of the conclusion of the Pact of Bogotá. According to Chile, the various “agreements, diplomatic practice and . . . declarations” invoked by Bolivia (see paragraph 19 above) concern “in substance the same matter settled in and governed by [the 1904 Peace] Treaty”.

23. Bolivia’s response is that Chile’s preliminary objection is “manifestly unfounded” as it “misconstrues the subject matter of the dispute” between the Parties. Bolivia maintains that the subject-matter of the dispute concerns the existence and breach of an obligation on the part of Chile to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. It states that this obligation exists independently of the 1904 Peace Treaty. Accordingly, Bolivia asserts that the matters in dispute are not matters settled or governed by that Treaty, within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá, and that the Court has jurisdiction under Article XXXI thereof.

*

* *

24. The essence of Chile's preliminary objection is that the subject-matter of Bolivia's claim falls within Article VI of the Pact of Bogotá. The Court notes, however, that the matter that Chile considers to be excluded from the Court's jurisdiction by virtue of Article VI (see paragraph 22 above) does not correspond to the subject-matter of the dispute as described by Bolivia (see paragraph 23 above). Accordingly, it is necessary for the Court first to state its own views about the subject-matter of the dispute and to reach its own conclusions thereon. The Court will then turn to the question whether the matters in dispute are matters "settled" or "governed" by the 1904 Peace Treaty.

III. SUBJECT-MATTER OF THE DISPUTE

25. Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court, and Article 38, paragraph 1, of the Rules of Court require an applicant to indicate the "subject of the dispute" in the application. The application shall also specify the "precise nature of the claim" (Art. 38, para. 2, of the Rules of Court; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 448, para. 29).

26. It is for the Court itself, however, to determine on an objective basis the subject-matter of the dispute between the parties, that is, to "isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim" (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 262, para. 29; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 466, para. 30). In doing so, the Court examines the positions of both parties, "while giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the [a]pplicant" (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 448, para. 30; see also *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 848, para. 38). The Court recalls that the Rules of Court require that the application specify the "facts and grounds on which the claim is based" and that a memorial include a statement of the "relevant facts" (Art. 38, para. 2, and Art. 49, para. 1, respectively). To identify the subject-matter of the dispute, the Court bases itself on the application, as well as the written and oral pleadings of the parties. In particular, it takes account of the facts that the applicant identifies as the basis for its claim (see *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 263, para. 30; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 467, para. 31; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 449, para. 31; pp. 449-450, para. 33).

* * *

27. Bolivia's Application states that the dispute between Bolivia and Chile relates to

"Chile's obligation to negotiate in good faith and effectively with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean".

It further indicates that

“[t]he subject of the dispute lies in: (a) the existence of that obligation, (b) the non-compliance with that obligation by Chile, and (c) Chile’s duty to comply with the said obligation”.

Bolivia’s Memorial is to the same effect (see paragraph 18 above).

28. Chile contends that the subject-matter of Bolivia’s claim is territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean. It does not dispute that the Application portrays Bolivia’s claim as one concerning an obligation to negotiate. However, according to Chile, this alleged obligation is in fact an obligation to conduct negotiations the outcome of which is predetermined, namely, the grant to Bolivia of sovereign access to the Pacific Ocean. Only the details of that sovereign access—such as how much territory is involved and its location—would be subject to negotiation. Thus, in Chile’s view, Bolivia is not seeking an open negotiation comprised of good faith exchanges, but rather negotiations with a judicially predetermined outcome. Chile states that the alleged obligation to negotiate should be seen as an “artificial means” to implement Bolivia’s alleged right to sovereign access to the Pacific Ocean.

29. Chile also maintains that Bolivia could be granted sovereign access to the sea only through revision or nullification of the 1904 Peace Treaty. Any negotiation resulting in sovereign access to the sea would modify the allocation of sovereignty over territory and the character of Bolivia’s access to the sea, upon which the Parties agreed in that Treaty. Accordingly, Chile claims that Bolivia’s Application seeks “revision of the settlement reached in 1904 concerning territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the sea”.

30. Bolivia responds that Chile misrepresents the dispute that is the subject of the Application. It emphasizes that the Application asks the Court to find that Chile has an obligation to negotiate sovereign access to the sea. Bolivia maintains that the result of those negotiations and the specific modalities of sovereign access are not matters for the Court but, rather, are matters for future agreement to be negotiated by the Parties in good faith. It also states that there is no dispute regarding the validity of the 1904 Peace Treaty and that it does not seek the revision or nullification of that Treaty in these proceedings. Instead, according to Bolivia, the alleged obligation to negotiate exists independently of, and in parallel to, the 1904 Peace Treaty.

* * *

31. The Court observes that, consistent with Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court, the Application specifies the facts and grounds on which the claim is based. In support of the claim that there is an obligation to negotiate sovereign access to the sea, the Application cites “agreements, diplomatic practice and a series of declarations attributable to [Chile’s] highest-level

representatives”. It also states that Chile –contrary to the position that Chile had itself adopted– later rejected and denied the existence of the alleged obligation to negotiate in 2011 and 2012, and that Chile has breached this obligation. The Application does not invoke the 1904 Peace Treaty as a source of rights or obligations for either Party, nor does it ask the Court to make any pronouncement regarding the legal status of that Treaty. On its face, therefore, the Application presents a dispute about the existence of an obligation to negotiate sovereign access to the sea, and the alleged breach thereof.

32. Chile would have the Court set aside the dispute as presented in the Application because, in its view, the Application obfuscates the true subject-matter of Bolivia’s claim — territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the Pacific Ocean. As the Court has observed in the past, applications that are submitted to the Court often present a particular dispute that arises in the context of a broader disagreement between parties (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*, pp. 85-86, para. 32; see also *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, pp. 91-92, para. 54; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 19-20, paras. 36-37). The Court considers that, while it may be assumed that sovereign access to the Pacific Ocean is, in the end, Bolivia’s goal, a distinction must be drawn between that goal and the related but distinct dispute presented by the Application, namely, whether Chile has an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it. The Application does not ask the Court to adjudge and declare that Bolivia has a right to sovereign access.

33. As to Chile’s assertion that the Application presents an artificial framing of the subject-matter in dispute, because the relief sought by Bolivia would lead to negotiations with a judicially predetermined outcome and to modification of the 1904 Peace Treaty, the Court recalls that Bolivia does not ask the Court to declare that it has a right to sovereign access to the sea nor to pronounce on the legal status of the 1904 Peace Treaty. Moreover, should this case proceed to the merits, Bolivia’s claim would place before the Court the Parties’ respective contentions about the existence, nature and content of the alleged obligation to negotiate sovereign access. Even assuming *arguendo* that the Court were to find the existence of such an obligation, it would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation.

34. In view of the foregoing analysis, the Court concludes that the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it.

35. The Court recalls that the submissions in Bolivia's Application and Memorial refer to an "obligation to negotiate . . . in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean". Bolivia has repeatedly stated that Chile has an "obligation to negotiate sovereign access to the sea". Chile has also used in its written and oral pleadings the phrase "sovereign access to the sea".

When a Member of the Court asked each Party to define what it meant by the phrase "sovereign access to the sea", Bolivia responded that the "existence and specific content" of the alleged obligation to negotiate sovereign access to the sea was not a matter to be determined at the preliminary stage of the proceedings but, rather was to be determined at the merits stage of the proceedings. Chile, for its part, answered that Bolivia used the expression "sovereign access to the sea" in its Application and Memorial to refer to the transfer or cession to Bolivia of Chilean territory, and that this phrase had the same meaning in Chile's preliminary objection.

36. Bearing in mind these observations by the Parties, the Court emphasizes that the use in this Judgment of the phrases "sovereign access" and "to negotiate sovereign access" should not be understood as expressing any view by the Court about the existence, nature or content of any alleged obligation to negotiate on the part of Chile.

IV. WHETHER THE MATTERS IN DISPUTE BEFORE THE COURT FALL UNDER ARTICLE VI OF THE PACT OF BOGOTÁ

37. The Court will now consider the jurisdictional régime of the Pact of Bogotá. The Court recalls that the Pact contains a number of provisions relating to the judicial settlement of disputes. Article XXXI of the Pact provides that the Parties recognize the compulsory jurisdiction of the Court in all disputes of a juridical nature arising among them concerning matters listed therein (see paragraph 20 above).

38. The other relevant provisions of the Pact of Bogotá are Articles VI and XXXIII. As already noted, Article VI states that:

"The . . . procedures [laid down in the Pact of Bogotá] . . . may not be applied to matters already settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court, or which are governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the present Treaty."

Article XXXIII of the Pact of Bogotá provides that: "If the parties fail to agree as to whether the Court has jurisdiction over the controversy, the Court itself shall first decide that question."

39. Under Article VI of the Pact of Bogotá, if the Court were to find that, given the subject-matter of the dispute as identified by the Court in paragraph 34 above, the matters in dispute between the Parties were matters "already settled by arrangement between the parties" or "governed by agreements or treaties in force" on 30 April 1948, it would lack the requisite

jurisdiction under the Pact of Bogotá to decide the case on the merits. Consequently, the Court will proceed to determine whether the matters in dispute are matters “settled” or “governed” by the 1904 Peace Treaty.

40. The Court recalls the following provisions of the 1904 Peace Treaty, in force on 30 April 1948. Article I re-established the relations of peace and friendship between Bolivia and Chile and terminated the régime established by the 1884 Truce Pact of Valparaíso.

Article II of the 1904 Peace Treaty provides:

“By the present Treaty, the territories occupied by Chile by virtue of article 2 of the Truce Pact of April 4, 1884, are recognized as belonging absolutely and in perpetuity to Chile.”

Article II continues by delimiting the boundary between Bolivia and Chile and setting out the procedure for demarcation.

In Article III, the Parties agreed on the construction of a railway between the port of Arica and the Plateau of La Paz, at the expense of Chile.

Article VI provides:

“The Republic of Chile recognizes in favour of Bolivia in perpetuity the fullest and most unrestricted right of commercial transit in its territory and its Pacific ports.

Both Governments will agree, in special acts, upon the method suitable for securing, without prejudice to their respective fiscal interests, the object indicated above.”

Article VII provides:

“The Republic of Bolivia shall have the right to establish customs agencies in the ports which it may designate for its commerce. For the present it indicates as such ports for its commerce those of Antofagasta and Arica.

The agencies shall take care that the goods in transit shall go directly from the pier to the railroad station and shall be loaded and transported to the Bolivian Custom-houses in wagons closed and sealed and with freight schedules which shall indicate the number of packages, their weight and mark, number and content, which shall be exchanged for receipts.”

Articles VIII, IX, X and XI regulate aspects of commercial interchange between the Parties, customs and the transit of goods. Chile also made other financial commitments in favour of Bolivia (Arts. IV and V).

41. In Chile's view, Article VI of the Pact of Bogotá undoubtedly excludes the present dispute between the Parties from the Court's jurisdiction. Chile submits that the purpose of Article VI of the Pact of Bogotá was to preclude the possibility of using the dispute settlement procedures of the Pact and, in particular, judicial remedies, "in order to reopen such matters as were settled between the parties to the Pact, because they had been the object of an international judicial decision or a treaty" (citing *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 858, para. 77).

42. Chile submits that there is a distinction to be drawn between the two limbs of Article VI and argues that a matter is "settled" by arrangement if it is resolved by that arrangement, while a matter is "governed" by a treaty if the treaty regulates the relationship between the parties concerning that subject-matter. In the present case, Chile concludes that territorial sovereignty and the character of Bolivia's access to the Pacific Ocean are matters both "settled" and "governed" by the 1904 Peace Treaty.

43. In this respect, Chile argues, first, that Article II of the 1904 Peace Treaty is a comprehensive territorial settlement between the two States and that the question of territorial sovereignty is therefore a matter settled and governed by that provision. Chile also maintains that Article II of the 1904 Peace Treaty has the following material components:

"First, it addresses Chilean sovereignty over what had, until the Pacific War of 1879, been the Bolivian Littoral Department. Second, it delimited the boundary between Chile and Bolivia from south to north in the area of the Chilean provinces of Antofagasta and Tarapacá. Third, it agreed and delimited the frontier line between Chile and Bolivia in the area of Tacna and Arica. Fourth, it provided for the demarcation of the entire boundary."

44. Secondly, Chile contends that the character of Bolivia's access to the sea is a matter settled and governed by Articles VI and VII of the 1904 Peace Treaty, which relate to Bolivia's perpetual right of commercial transit and its right to establish customs agencies in Chilean ports, respectively.

45. Thirdly, Chile submits that Articles III to XI –with Articles VI and VII featuring predominantly– established treaty-based arrangements and commitments governing core aspects of the Parties' relations going forward.

46. Chile thus concludes that the terms of the 1904 Peace Treaty leave no room for doubt that "territorial sovereignty" and "the character of Bolivia's access to the Pacific Ocean" are matters settled and governed by that Treaty.

47. For its part, Bolivia argues that the basis of its claim is that:

“independently of the 1904 Treaty Chile agreed to negotiate to grant Bolivia a sovereign access to the Pacific Ocean. It is because this issue was not ‘settled’ by the 1904 Treaty that both Parties agreed afterwards on negotiations to grant Bolivia such a sovereign access to the Ocean.” (Emphasis in the original.)

It maintains that the Parties were negotiating this pending issue until 2011 when Chile allegedly reneged on its obligation to negotiate. It further argues that Chile should comply with its obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean and that the 1904 Peace Treaty cannot provide a reasonable basis for Chile’s invocation of Article VI of the Pact of Bogotá as a bar to the Court’s jurisdiction.

48. While Bolivia agrees that Chile has provided an accurate depiction of the purpose of Article VI (see paragraph 41 above), it finds Chile’s interpretation of Article VI overly expansive. Moreover, it argues that Chile fails to draw any practical conclusion from the distinction between the two limbs of that Article. In this respect, it refers to the case of the *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, where the Court concluded that:

“in the specific circumstances of the present case, there is no difference in legal effect, for the purpose of applying Article VI of the Pact, between a given matter being ‘settled’ by the 1928 Treaty and being ‘governed’ by that Treaty. In light of the foregoing, the Court will hereafter use the word ‘settled’.” (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 848, para. 39.)

Bolivia maintains that in the present case too, there is no substantive difference between the application of the terms “settled” and “governed” for the purposes of Article VI of the Pact.

49. Bolivia submits that, even if Chile’s interpretation of the two limbs of Article VI were to be upheld, Chile’s objection would still fail because the 1904 Peace Treaty could not have settled a dispute that did not exist in 1904 and because it cannot govern matters such as those put forward by Bolivia, which did not fall within the terms of that Treaty. Bolivia maintains that, by mischaracterizing its claim as one regarding “territorial sovereignty and the character of Bolivia’s access to the sea” rather than the one described in its Application and Memorial, namely, “the existence and violation of the obligation to negotiate a sovereign access to the Pacific Ocean agreed upon by Chile”, Chile erroneously draws the conclusion that the matters in dispute are matters “settled and governed by the 1904 Peace Treaty” and that Bolivia is merely seeking to “revise or nullify” that Treaty.

50. As the Court concluded above, the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it (see paragraph 34 above). The provisions of the 1904 Peace Treaty set forth at paragraph 40 do not expressly or impliedly address the question of Chile's alleged obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean. In the Court's view, therefore, the matters in dispute are matters neither "settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court" nor "governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the [Pact of Bogotá]" within the meaning of Article VI of the Pact of Bogotá. This conclusion holds regardless of whether, as Chile maintains, the two limbs of Article VI have a different scope (see paragraph 42 above). The Court does not, therefore, find it necessary in the circumstances of the present case to determine whether or not there is a distinction between the legal effect of those two limbs.

51. The Court recalls that the Parties have presented their respective views on "agreements, diplomatic practice and . . . declarations" invoked by Bolivia to substantiate its claim on the merits (see paragraphs 19 and 22 above). The Court is of the view that, for the purposes of determining the question of its jurisdiction, it is neither necessary nor appropriate to examine those elements.

*

* *

52. As noted above, Chile's submission is that the Court should declare that it lacks jurisdiction (see paragraph 14 above). Bolivia's submission is that the Court should reject Chile's objection to jurisdiction (*ibid.*). In the alternative, Bolivia argues that if the Court addressed Chile's objection on the basis of Chile's characterization of the subject-matter of the dispute, the objection would amount to a refutation of Bolivia's case on the merits, and thus would not possess an exclusively preliminary character. As indicated above, the Court does not accept Chile's characterization of the subject-matter of the dispute (see paragraph 34). Bolivia's alternative argument is therefore moot.

53. The Court recalls however that it is for it to decide, under Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, whether in the circumstances of the case, an objection lacks an exclusively preliminary character. If so, the Court must refrain from upholding or rejecting the objection at the preliminary stage, and reserve its decision on this issue for further proceedings. In the present case, the Court considers that it has all the facts necessary to rule on Chile's objection and that the question whether the matters in dispute are matters "settled" or "governed" by the 1904 Peace Treaty can be answered without determining the dispute, or elements thereof, on the merits (Territorial and Maritime Dispute (*Nicaragua v. Colombia*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II)*, p. 852, para. 51). Consequently, the Court finds that it is not precluded from ruling on Chile's objection at this stage.

**V. THE COURT'S CONCLUSION REGARDING
THE PRELIMINARY OBJECTION**

54. Bearing in mind the subject-matter of the dispute, as earlier identified (see paragraph 34 above), the Court concludes that the matters in dispute are not matters “already settled by arrangement between the parties, or by arbitral award or by decision of an international court” or “governed by agreements or treaties in force on the date of the conclusion of the [Pact of Bogotá]”. Consequently, Article VI does not bar the Court’s jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá. Chile’s preliminary objection to the jurisdiction of the Court must be dismissed.

55. In accordance with Article 79, paragraph 9, of the Rules of Court, the time-limits for the further proceedings shall be fixed by order of the Court.

*

* *

56. For these reasons,

THE COURT,

(1) By fourteen votes to two,

Rejects the preliminary objection raised by the Republic of Chile;

IN FAVOUR: *President* Abraham; *Vice-President* Yusuf; *Judges* Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; *Judge ad hoc* Daudet;

AGAINST: *Judge* Gaja; *Judge ad hoc* Arbour;

(2) By fourteen votes to two,

Finds that it has jurisdiction, on the basis of Article XXXI of the Pact of Bogotá, to entertain the Application filed by the Plurinational State of Bolivia on 24 April 2013.

IN FAVOUR: *President* Abraham; *Vice-President* Yusuf; *Judges* Owada, Tomka, Bennouna, Cançado Trindade, Greenwood, Xue, Donoghue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Gevorgian; *Judge ad hoc* Daudet;

AGAINST: *Judge* Gaja; *Judge ad hoc* Arbour.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-fourth day of September, two thousand and fifteen, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Plurinational State of Bolivia and the Government of the Republic of Chile, respectively.

(Signed) Ronny ABRAHAM,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judge BENNOUNA appends a declaration to the Judgment of the Court; Judge CANÇADO TRINDADE appends a separate opinion to the Judgment of the Court; Judge GAJA appends a declaration to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* ARBOUR appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

(Initialed) R. A.

(Initialed) Ph. C.



AUTORES

Claudio Troncoso Repetto
Samuel Fernández Illanes
Miguel Schweitzer Walters
Astrid Espaliat Larson
Carlos Portales Cifuentes
Jaime Lagos Erazo
Luis Winter Igualt
Cristián Faundes Sánchez
Paula Cortés González
José Rodríguez Elizondo



UMC UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

Mac Iver 370 - Santiago Centro / Fonos: 22 927 3401-22 927 3402 -22 927 3403
admission@umcervantes.cl / www.umcervantes.cl