Año 2015

Audiencia pública

Llevada a cabo el jueves 7 de mayo de 2015

Presidente Abraham presidiendo

en el caso relativo a la Obligación de Negociar Acceso

al Océano Pacífico (Bolivia. Chile)

Objeción Preliminar¹

Sr. Dupuy:

1.- Sr Presidente, Sras y Sres Jueces, en la primera ronda de alegatos, Bolivia intentó desde el comienzo de este asunto, persuadirles que la Corte no necesitaba verificar si tenía competencia para examinar la demanda; como si ella hubiera olvidado lo que la misma Corte ha recordado incansablemente, a lo largo de todo el desarrollo de su jurisprudencia, esto es, que sólo puede ejercer su función judicial bajo condición de recibir un mandato por el consentimiento explícito de las partes.

2.- A decir verdad, al salir de la audiencia de ayer, resultaba difícil saber exactamente cuál era la argumentación de Bolivia, en tanto un buen número de contradicciones y confusiones, tanto materiales como temporales, habían aparecido entre sus diversos abogados. ¿Deberíamos considerar que existía un derecho, un título territorial de Bolivia a un litoral marítimo *ab initio*?, es decir, ¿desde el ataque al puerto de Antofagasta el 14 de febrero de 1879, como incitaba a pensarlo ayer mi colega y amiga la profesora Chemillier-Gendreau?

3.- O bien, ¿estaríamos nosotros más simplemente, pero de manera muy diferente, en presencia de una obligación de negociar en razón de la existencia de un nuevo acuerdo entre las partes, distinto del Tratado de 1904, respecto del cual mucho se nos dice que Bolivia no demanda su anulación? Según una terminología, hasta ahora inusitada, usada por nuestros contradictores, estaríamos ante un *pactum de contrahendo* - para decirlo como mi colega el profesor Akhavan - respecto del cual no sabemos ni cuándo ni cómo habría sido concluido.

4.- ¿A menos que se trate no de un pacto, por definición convencional, sino más bien de un compromiso unilateral de Chile, constituido sobre la base de la decantación de un cierto número de declaraciones, o incluso quizás de intercambios diplomáticos entre ambos Estados? Sin embargo, de tal compromiso no sabemos siquiera a partir de qué momento se considera que sus diferentes elementos constitutivos alcanzaron la etapa de cristalización necesaria para la formación de una *obligación jurídica*, más allá de simples *conversaciones diplomáticas*. ¿Debemos situarnos antes o después de 1904? ¿Antes o después de 1948? ¿Cuándo, con certeza, habría tenido lugar esta metamorfosis insólita, repentina o progresiva?

¹ Esta traducción no incluye las notas al pie de página.

¿Cuándo, ese paso aleatorio desde los tanteos inciertos de la diplomacia al rigor intransigente del derecho? El demandante no ha dado ninguna respuesta a este respecto.

5.- Sin embargo, ¡la respuesta a estas interrogantes no es de ninguna manera insignificante, Sras. y Sres. Jueces! Se trata ni más ni menos que de vuestra competencia, que debe fundarse exclusivamente en el consentimiento de las partes, para conocer de una demanda cuyo objeto, según destaca Bolivia, sería distinto del que identifica Chile. En consecuencia, es indispensable volver a los hechos, en esencia simples, del problema planteado tanto por la demanda como por la objeción de Chile respecto de la competencia de la Corte. Luego, recordaremos que la apreciación que plantea la objeción, en aplicación del artículo VI del Pacto de Bogotá, no debe ser confundida con el fondo, habida cuenta del marco jurídico que justifica este recurso a la Corte.

I.- Los elementos fundamentales del problema.

6.- El problema simple que se presenta a la Corte en esta etapa preliminar es saber si el asunto sometido por la demanda de Bolivia ya estaba o no resuelto por el Tratado de Paz de 1904, en vigor al momento en que el Pacto de Bogotá fue suscrito en 1948.

7.- Para dar respuesta a esa cuestión, es necesario la Corte se ocupe de caracterizar la demanda boliviana. Nuestros distinguidos contradictores han repetido con profusión la mañana de ayer, que la demanda se refiere al problema de saber si Bolivia dispone de un derecho de acceso al Océano Pacífico respecto del cual Chile tendría la obligación de negociar con ella sus modalidades de cumplimiento.

8.- Ahora bien, tenemos que este “asunto” del acceso soberano de Bolivia al mar, usando el término “asunto” en el sentido del artículo VI del Pacto de Bogotá, recibió una respuesta acordada de común acuerdo por los dos países. En efecto, los términos del Tratado de 1904 entregan esa respuesta, sin ningún equívoco posible. La frontera existente entre los dos países no permiten el acceso directo, o “completamente soberano”, del territorio boliviano al Océano. Y las dos partes, teniendo presente el carácter mediterráneo del territorio boliviano, establecieron un derecho de tránsito comercial en beneficio de Bolivia. La situación no ha cambiado desde entonces.

9.- Ahora, para intentar esquivar este hecho, Bolivia se ha entregado el miércoles pasado, con una creatividad a la cual debemos rendir homenaje, a una tentativa novedosa, de desdoblamiento de las obligaciones que se imponen a Chile. Hasta ahora, estábamos habituados a ver cómo invocaba el Tratado de 1895 en sus escritos. ¡Suficiente! Ahora se nos dice que ese tratado no es más que un indicio, un simple hecho declarado como revelador, en la tentativa llevada adelante por Bolivia para constituir una suerte de *continuum* histórico cuyos orígenes son misteriosos pero cuyos efectos son declarados determinantes. Parece ser este *continuum* el punto sobre el cual se apoyaría un consentimiento de Chile distinto de aquel establecido en 1904: ya no un tratado que nunca entró en vigor, ni en 1895 ni después, sino, a partir de ahora, un *pactum de contrahendo*.

10.- Ahora bien, lo escuchamos ayer, este *pactum* estaría constituido, según Bolivia, por la amalgama de declaraciones unilaterales e intercambios de notas. Como quiere que sea, la

Corte no tiene necesidad de abocarse a la disección delicada de esta quimera a través de un examen en el fondo y a fondo, si se me permite aquí hacer un juego de palabras.

11.- Suponiendo incluso que algunos de sus elementos – lo que no es efectivo – hayan podido constituir la materia de un compromiso unilateral o contractual asumido por Chile, la Corte recordará cuánto la profesora Chemillier-Gendreau insistió en su alegato de ayer en el intercambio de notas de 1950, en el memorándum Trucco de 1961, o incluso más, en las posiciones diplomáticas entre ambos países entre 1975 y 1977, insistencia a la que se sumó después el profesor Akhavan...

12.- Ahora bien, Señor Presidente, si realmente buscamos encontrar un punto en común entre estos hechos heteróclitos, sólo encontraremos uno. Y ése es que estos hechos, cualquiera sea su calificación, son todos *posteriores a* 1948, fecha de la firma del Pacto de Bogotá. De ello resulta - en aplicación del único instrumento que funda la competencia invocada por el demandante, y porque, manifiestamente, el asunto puesto en causa por la demanda de Bolivia es la misma que aquella resuelta por el tratado de paz, tratado en vigor en 1948 - que la Corte Internacional de Justicia no tiene competencia para conocerla, y esto, es así por determinación del artículo VI del Pacto.

13.- Creo que resulta inútil en esta etapa volver al contenido y las implicaciones de esta disposición. Yo los reenvío a este respecto a las palabras de la profesora Mónica Pinto, las que por otro lado no han recibido respuesta por mi amigo el profesor Remiro Brótons ayer en la mañana. No volveré más sobre la artificialidad de la tesis boliviana, ya desarrollada ante ustedes por Daniel Bethlehem esta tarde.

14.- Por supuesto sin ser profeta, es verosímil que nuestros contradictores y sin embargo amigos les dirán mañana que los precedentes que constituyen esta combinación que pretende ser convencional se desarrollan en el largo plazo; y que algunos de ellos se remontan a una época que es anterior a 1948. Les dirán eso, sin siquiera probar que la “masa crítica” de este improbable compromiso había ya sido alcanzada antes que el Pacto de Bogotá hubiera sido firmado. Por el contrario, ante la constatación de esta improbabilidad, en el sentido propio del término, Bolivia intenta establecer este *continuum* histórico del cual no se sabe cuándo empezó ni cuando tomó consistencia.

15.- Pero entonces, Sr. Presidente, sras. y sres. jueces, ¡aquí sobreviene una pregunta! Si Bolivia estaba tan segura que el Tratado de Paz de 1904, que sigue en vigor, fue de alguna manera adelantado – como en las calles de Marsella, Nápoles o Teherán – por otro compromiso que se puso delante de él, al cual mis colegas del otro lado del estrado les decían ayer que era paralelo a tratado, ¿por qué, pero, por qué Bolivia no creyó adecuado ratificar el pacto de Bogotá antes de 2011?

16.- Y ¿por qué, habiéndolo finalmente ratificado, Bolivia mantuvo esa reserva hasta días antes de la presentación de su demanda? ¡Dos semanas apenas! ¿Por qué, tratándose precisamente, recordémoslo, de una reserva destinada a ser un obstáculo a la aplicación del artículo VI del Pacto de Bogotá? Una reserva que condicionaba la aplicación de ese artículo ¡a la apreciación de su propio autor, para saber si el arreglo en cuestión “afecta intereses vitales del Estado”! Una reserva cuyo contenido había provocado dudas en el Secretario General de la OEA.

17.- ¿Por qué se mantuvo una reserva de ese tipo si no fue porque Bolivia sabía claramente que el artículo VI es el obstáculo ineludible que se erige en este caso, teniendo en cuenta la existencia y el contenido del Tratado de 1904, respecto de la competencia de la Corte? Entonces, a falta de algo mejor, y porque las obligaciones de su nueva Constitución como las declaraciones de su Presidente hacían indispensable una iniciativa, tanto política como jurídica, se hizo necesario que Bolivia fabricara un sucedáneo de convención para eludir dicho obstáculo, bien real, que le cortaba el camino hacia la Corte.

18.- Y si Bolivia tardó tanto en retirar su reserva fue porque quería salvarse hasta el fin de los términos implacables del artículo VI. Y si ella finalmente se resolvió a retirarla no fue en caso alguno para “disipar toda duda sobre la aplicabilidad o no del pacto en sus relaciones con Chile”, como lo dijo amablemente mi amigo Remiro Brotóns, sino porque ella sabía que esta reserva estaría desprovista de efectos en relación con el único Estado con el que importaba, a saber, Chile; en efecto, por una declaración sin ambigüedad alguna, Chile había indicado en dos ocasiones – la última de las cuales fue al momento de la ratificación del Pacto por Bolivia, en 2011 – que objetaba una reserva de esas características, en función del derecho que asistía en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Cercada por el Pacto, Bolivia resolvió intentar una salida, intentando omitir los términos del Tratado de Paz de 1904 para así hacerlo olvidar.

19.- ¿Podemos entonces considerar que la Corte espere para pronunciarse sobre su competencia, que las dos partes entren a considerar el fondo de la controversia? ¡Ciertamente no! Según la República de Chile, la respuesta a esta pregunta es manifiestamente negativa, Sras. y Sres. jueces de la Corte, y esto en razón del contexto jurídico en que se ha recurrido a la Corte.

II.- El fundamento invocado de la competencia de la Corte impone que la objeción presentada en su contra por Chile sea examinada en forma preliminar.

20.- A diferencia de lo presentado a ustedes durante la objeción de competencia impetrada por Colombia en el caso con Nicaragua, objeción que ustedes examinaron en vuestro fallo tan citado de 2007, no hay aquí desdoblamiento de la base de jurisdicción de la Corte, por una parte, el Pacto, y por la otra, el Estatuto de la Corte. Aquí no hay sino que un solo fundamento sobre el cual el demandante apoya su demanda. Se reduce a la invocación del Pacto. Entonces son sus disposiciones las que corresponde aplicar. No hay tampoco, más allá de la quimera fabricada por Bolivia, sino un solo tratado aplicable y un tratado cuyas disposiciones, a diferencia de las del tratado de 1928 entre Nicaragua y Colombia, son inequívocas tanto en lo que se refiere a su contenido como a su validez al momento de la firma del Pacto en 1948.

21.- Sr. Presidente, usted nos ha indicado que evitemos hacer repeticiones inútiles durante nuestra segunda ronda, y no voy a reiterar ahora las razones por las cuales no nos encontramos en ninguno de los dos casos identificados por la Corte en 2007 como excepción al derecho que tiene el Estado autor de una objeción a que ella sea examinada verdaderamente por la Corte a título preliminar.

22.- El único test para verificar la competencia de la Corte es el de saber si el tratado que aporta las respuestas que conocemos a los asuntos planteados por la demanda boliviana, estaba o no en vigor en 1948. Y Bolivia misma reconoce que este es el caso cuando intenta hacer prevalecer sobre este tratado real un *pactum* improbable.

Traducción no oficial

23.- Ahora bien, insistiré en ello, para satisfacer la objeción chilena se debe realizar el test de competencia mencionado. Y esto no equivale en forma alguna a entrar en el fondo de una reivindicación boliviana fundada en la alegación de la existencia de un derecho del cual Bolivia se ha premunido ¡sin siquiera poder decirnos cuándo habría nacido! Aun cuando la fecha de su surgimiento es, sin embargo, clave para verificar si la Corte tiene o no competencia en este caso.

24.- La Corte no encontrará ningún obstáculo para consagrar *otro* derecho, puramente procesal: el derecho que el autor de una objeción preliminar tiene de obtener, *a título previo*, un fallo relativo a esa *objeción*. Recordemos que en el marco del Pacto de Bogotá la Corte es llamada a pronunciarse *in limine litis*. El artículo XXXIII del Pacto declara que en el caso en que las partes no se pusieran de acuerdo sobre la competencia de la Corte respecto de la materia en litigio, el tribunal decidirá *previamente* este asunto.

25.- Una última razón, sin embargo, que no es accesoria sino esencial, parece conducir al examen y consagración, a título preliminar, de la objeción presentada por la República de Chile, más allá incluso de las disposiciones de esta *lex specialis* que constituye el Pacto de Bogotá.

26.- Y esta razón se encuentra simplemente en el carácter, siempre consensual, de vuestra competencia.

27.- Vuestra antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, reconocía ya en el caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* que su competencia no podría subsistir fuera de los límites del consentimiento del demandado. Así como lo ha notado un comentarista conocedor de esa jurisprudencia, una consideración de ese tipo vale tanto más cuando la Corte se enfrenta a una objeción formulada por ese demandado; y ella justifica que sea respondida antes que todas las otras cosas, como, por lo demás, es el derecho de ese demandado, como ustedes lo recordaron una vez más en 2007.

Es así que finalizo Sr. Presidente, y le agradecería tener la amabilidad de ceder la palabra al profesor Harold Koh.

El PRESIDENTE: Gracias, Señor Profesor. Como la audiencia empezó un poco después de las 4:30, Chile puede continuar hasta un poco después de las 6, pero les solicito a los oradores que faltan por el lado de Chile de no sobrepasar las 6:10. Le concedo la palabra al Sr. Koh.

Traducción no oficial