

## OPINIÓN DISIDENTE JUEZA AD HOC ARBOUR

La objeción preliminar de Chile no tiene un carácter exclusivamente preliminar — Bolivia es inconsistente respecto del objeto — Si la obligación alegada por Bolivia es de resultado entonces la Corte carecería de jurisdicción conforme al artículo VI del Pacto de Bogotá — Hasta que no se discutan los méritos, la Corte no está en posición de identificar con exactitud el asunto objeto de la disputa — La cuestión de jurisdicción debería haber sido dejada para los méritos.

### I. INTRODUCCIÓN

1. Lamentándolo, pero con gran respeto, disiento de la decisión de la Corte sobre la excepción preliminar de Chile respecto de la jurisdicción de la Corte. Por las razones expuestas más abajo, concluyo que la objeción no posee un carácter exclusivamente preliminar, conforme al artículo 79 (9) del Reglamento de la Corte, y que su decisión debe reservarse hasta que se hayan conocido completamente los méritos del caso.

### II. LA CARACTERIZACIÓN DEL ASUNTO OBJETO DE ESTA DISPUTA POR BOLIVIA

2. Primero me referiré a la caracterización del asunto objeto de la disputa. En ese proceso, la Corte debe esforzarse en “aislar el verdadero asunto del caso e identificar el objeto de la demanda” (Ensayos Nucleares (Australia v. Francia), Sentencia, I.C.J. Reports 1974, p. 262, pfo. 29; Ensayos Nucleares (New Zelanda v. Francia), Sentencia, I.C.J. Reports 1974, p. 466, pfo. 30). Como la Corte señala en el párrafo 26 de su sentencia, este análisis debe basarse en la formulación de la disputa por el Demandante, tomando en consideración las peticiones escritas y orales de las Partes. Es importante, por ende, examinar cómo Bolivia ha caracterizado su demanda, y cómo su posición evolucionó durante el curso de los alegatos.

3. La excepción de incompetencia de Chile está basada en el entendimiento de que lo que Bolivia está reclamando es una obligación de Chile de otorgarle un acceso soberano al Pacífico a través de un proceso de negociación; como Chile lo comprende, esta obligación sería una de resultado. Chile argumenta que el acceso soberano al mar es el “objetivo final” de la demanda de Bolivia, de forma tal que: “[l]a supuesta obligación de negociar es meramente un medio – y un medio notablemente artificial – articulado por Bolivia para poder implementar ese supuesto derecho. Cuando uno observa el detalle de la demanda, está claro que, para Bolivia, la negociación no es el proceso usual de intercambios de buena fe, sino un procedimiento prescrito judicialmente que debe llevar a un resultado único y predeterminado: esto es, conceder a Bolivia territorio chileno para que acceda soberanamente al mar.” (CR 2015/18, p. 47, pfo. 4 (Wordsworth).

4. Sin embargo, nunca ha estado claro en las peticiones de Bolivia si efectivamente está reclamando esa obligación de resultado. Bolivia articuló la naturaleza de su demanda de diversos modos.

5. Tanto la Solicitud como la Memoria de Bolivia establecieron el asunto objeto de la disputa de la siguiente forma:

“32. Por las razones expuestas Bolivia respetuosamente solicita a la Corte que juzgue y declare que:

a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia en orden a alcanzar un acuerdo que

- otorgue a Bolivia un acceso completamente soberano al Océano Pacífico;
- b) Chile ha violado esa obligación;
  - c) Chile debe cumplir esa obligación de buena fe, formal y prontamente, dentro de un tiempo razonable y en forma efectiva.

33. Bolivia se reserva el derecho a complementar, modificar y ampliar la presente Solicitud durante el curso de este juicio.” (Solcitud de Bolivia, p. 20; ver también Memoria de Bolivia, p. 10, pfo. 28.)

6. Los siguientes extractos de la Memoria de Bolivia muestran inequívocamente que lo que busca de la Corte es que declare una obligación de negociar un resultado particular:

“Esta sección precisa el alcance de la obligación de Chile de negociar un acceso soberano al mar. Esta obligación es más exigente que la obligación general de negociar conforme al derecho internacional. En particular, Chile tiene una obligación positiva de negociar de buena fe en orden a alcanzar un resultado particular; específicamente, un acceso soberano al Océano Pacífico para Bolivia.” (Memoria de Bolivia, p. 97, pfo. 221.)

7. La Memoria enfatiza la diferencia entre una obligación de resultado y una obligación de medios basándose en la opinión consultiva en el caso *Armas Nucleares*. Señala que:

“La Corte declaró que el efecto de una obligación de negociar de buena fe en ciertas circunstancias puede crear no sólo una obligación de negociar sino también una obligación de concluir un acuerdo. Analizando el artículo VI del Tratado de No-prolifерación de Armas Nucleares, la Corte declaró que éste establece algo más que una obligación de conducta: hay ahí una obligación de resultado. ‘La importancia jurídica de esa obligación — la Corte nota — va más allá que una mera obligación de conducta; la obligación aquí envuelta es una obligación de alcanzar un resultado preciso — el desarme nuclear en todos sus aspectos — adoptando una conducta particular, específicamente, una negociación de buena fe sobre la materia.’” (Legalidad de la Amenaza o Uso de las armas nucleares, Opinión Consultiva, I.C.J. Reports 1996, p. 263, pfo. 99.)

.....  
La obligación de Chile de negociar un acceso soberano al mar para Bolivia es de la misma naturaleza.” (Memoria de Bolivia, pp. 117-119, pfos. 283-286.)

8. Bolivia realiza un paralelo con otras obligaciones de resultado, como la del Artículo 125 de la CONVEMAR, explicando que “[e]l deber de alcanzar un resultado determinado por acuerdo claramente implica no sólo un deber de negociar, sino un deber de negociar para alcanzar ese acuerdo” (Memoria de Bolivia, p. 99, pfo. 226). Seguidamente explica esto de la siguiente manera:

“Chile está bajo una obligación más específica de negociar con Bolivia sobre el acceso soberano al mar. No es sólo una cuestión de identificar y definir el alcance de una disputa o desacuerdo entre los dos Estados: más bien hay una obligación jurídica de alcanzar un objeto definido por medio de negociaciones.” (Memoria de Bolivia, p. 104, pfo. 237.)

9. Bolivia nota que esta obligación es permanente y continúa, a la cual sólo se puede poner fin mediante un acuerdo exitoso:

“la obligación de negociar sigue vigente en tanto el propósito de la negociación no se cumpla — *a fortiori* cuando, como en el presente caso, es una obligación de negociar para

alcanzar un resultado específico.” (Memoria de Bolivia, p. 120, para. 290; ver también p. 119, pfo 287.)

10. La Memoria frecuentemente se refiere a la alegada obligación como una de “negociar un acceso soberano al mar”. Pero en los términos antes referidos esto no implica una mera obligación de negociar, sino una obligación de alcanzar un resultado determinado. Bolivia declara que no está solicitando a la Corte que defina “el alcance preciso o las modalidades de su derecho de acceso soberano al mar”, sino que, en cambio, serán esas las modalidades las que serán objeto de las negociaciones “de buena fe para alcanzar el resultado específico de acceso soberano al Pacífico” para Bolivia (Memoria de Bolivia, p. 194, pfo. 497). Pero ese resultado de acceso soberano no es en sí mismo negociable, sino que una parte inherente a la supuesta obligación.

11. Aunque en su observación escrita a la objeción preliminar, Bolivia señala que el objeto de la disputa tendrá que identificarse remitiéndose a su Solicitud y Memoria, no se refiere explícitamente a una obligación de resultado, declarando sólo 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” (Observación Escrita de Bolivia, p. 8, pfo. 21).

12. En la primera ronda de los alegatos orales, Bolivia mayormente utilizó la expresión “obligación de negociar”, aparentemente haciendo referencia a una obligación de resultado. Bolivia repitió la formulación de su Solicitud, alegando que Chile tiene una obligación de negociar para alcanzar un acuerdo de acceso soberano (CR 2015/19, p. 18, pfo. 14 (Forteau); énfasis añadido). El Profesor Akhavan al final de la primera ronda 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, bien sea un corredor, un enclave costero, una zona especial u otra solución práctica; “Bolivia sólo requiere a la Corte que Chile honre su repetido acuerdo de negociar esa solución” (CR 2015/19, p. 51, pfo. 3 (Akhavan)).

13. Fue solo durante la segunda ronda de alegatos orales que Bolivia introdujo cierta ambigüedad respecto a su posición en relación a la naturaleza de la presunta obligación de negociar de Chile. Bolivia sugirió que la obligación no era “auto-ejecutable” y que no resultaría por sí misma en Bolivia obteniendo acceso soberano al mar, sino que simplemente constituía una obligación de entrar en negociaciones con el objetivo de alcanzar un acuerdo de acceso soberano (CR 2015/21, p. 18, pfo. 9 (Forteau)). Bolivia rechazó categóricamente la afirmación de Chile 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” (CR 2015/21, p. 28, para. 11 (Remiro-Brotóns), énfasis por Remiro-Brotóns; citando CR 2015/20, p. 39 (Koh)). Citó *Gabčíkovo-Nagymaros* en relación a que no le corresponde a la Corte imponer un resultado para las negociaciones y sostuvo que corresponde a las Partes determinar una solución práctica (CR 2015/21, p. 32, pfo. 7 (Akhavan); citando *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 78, pfo. 141).

14. Finalmente, con posterioridad al término de los alegatos orales, ambas Partes respondieron por escrito a una pregunta realizada por el Juez Owada, relativa al significado de la frase “acceso soberano al mar”. Chile reiteró su argumento de que Bolivia estaba efectivamente pidiendo a la Corte que declarara que Chile se encontraba bajo una obligación de “transferir a Bolivia soberanía

sobre territorio costero [Chileno]. La respuesta de Bolivia vale ser citada directamente debido a que es esencial para el razonamiento de la Corte en este caso:

“En relación a la relevancia de esta pregunta para la jurisdicción de la Corte, Bolivia observa que su caso de fondo es que Chile ha acordado repetidamente negociar un acceso soberano al mar de Bolivia para resolver su problema de mediterraneidad. 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 respetuosamente sostiene, que claramente no es un asunto a ser determinado en una etapa preliminar del procedimiento, y debe ser en cambio determinada en la etapa de méritos del procedimiento.” (Respuesta escrita de Bolivia a la pregunta realizada por el Juez Owada en los alegatos orales celebrados en la tarde del 8 de mayo de 2015.)

15. Por lo tanto no resulta claro si Bolivia aún sostiene la posición adoptada en su Memoria en relación a que la presunta obligación a negociar es una obligación de resultado. De hecho, Bolivia hace el punto de que la naturaleza exacta de la obligación no puede ser determinada hasta que el fondo haya sido conocido, un punto con el que estoy de acuerdo, y es por esa razón que yo me abstendría de pronunciarme en el tema de jurisdicción hasta que el caso no haya sido conocido completamente en el fondo. Sin embargo, como se discute más adelante, la Corte no parece preocupada ante esta ambigüedad al articular su conclusión sobre el asunto objeto de la demanda.

### III. LA CARACTERIZACIÓN DEL OBJETO DE LA DISPUTA POR LA CORTE

16. Es, por supuesto, la Corte la encargada de determinar el asunto objeto del caso. Aquí la Corte concluye que: “el asunto objeto de la disputa es si Chile está obligado a negociar de buena fe el acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico, y, de existir dicha obligación, si Chile la ha incumplido” (Fallo, párrafo 34).

17. La Corte señala que: “el uso en esta Sentencia de las frases “acceso soberano” y “de negociar un acceso soberano” no deben ser entendidas como una expresión de ninguna opinión de la Corte sobre la existencia, naturaleza o contenido de cualquier presunta obligación de parte de Chile” (Sentencia, párrafo 36). Sin embargo, la Corte agrega: “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.” (Sentencia, párrafo 33.)

### IV. CARÁCTER EXCLUSIVAMENTE PRELIMINAR DE LA EXCEPCIÓN

18. En mi respetuosa opinión, hasta que el caso no haya sido conocido en el fondo y la Corte se encuentre en una posición de determinar no solo la existencia de una presunta obligación a negociar, sino que también su verdadera naturaleza, contenido y alcance, no es posible decidir si el verdadero objeto en este caso es un “asunto...resuelto por acuerdo entre las partes o regido por acuerdos o por el Tratado [de Paz de 1904 ]” antes de 1948, bajo el significado del artículo VI del Pacto de Bogotá.

19. Es solo en la etapa de fondo del caso que estaremos en una posición de determinar si la presunta obligación a negociar, si existe como una cuestión de derecho internacional, obliga a Chile a alcanzar un acuerdo con Bolivia que le otorgue acceso soberano al Océano Pacífico — en términos a ser acordados — o si es que simplemente obliga a las Partes a explorar de buena fe la factibilidad y las modalidades de dicha opción. En mi punto de vista, es solo en este último caso que Bolivia puede evitar la aplicación del Artículo VI del Pacto de Bogotá.

20. Paso ahora a analizar brevemente las disposiciones relevantes del Pacto de Bogotá para establecer por qué ello es así.

21. Mientras el Artículo XXXI confiere competencia a la Corte “en todas las controversias de orden jurídico... que versen sobre... cualquier cuestión de derecho internacional”, el Artículo VI dispone que esta competencia obligatoria no puede aplicarse respecto de “asuntos ya resueltos por acuerdo entre las partes...o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de celebración del presente Pacto”.

22. Chile se basa en las exhaustivas disposiciones del Tratado de Paz de 1904, para sostener que, bien entendida, la demanda de Bolivia se refiere a un asunto resuelto o regido por dicho Tratado y por tanto no está dentro de la jurisdicción de la Corte bajo el Artículo VI del Pacto de Bogotá. La Corte resume las disposiciones aplicables del Tratado de Paz de 1904 en el párrafo 40 de la Sentencia y estoy de acuerdo con dicho resumen. En resumen, el Tratado establece los límites territoriales “absolutamente y a perpetuidad” entre Bolivia y Chile, y garantiza a Bolivia un derecho a perpetuidad completo e irrestricto al libre tránsito hacia sus puertos.

23. Habiendo caracterizado el asunto objeto de la disputa como lo hizo, la Corte concluye lo siguiente: “Las disposiciones del Tratado de Paz de 1904. . .no se refieren expresa o implícitamente a la cuestión relativa a la presunta obligación de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico. En opinión de la Corte, por lo tanto, los asuntos en disputa son asuntos 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.” (Sentencia, párrafo 50.)

24. Con respeto, este es un triunfo de la forma sobre la sustancia. En el párrafo 32 de la Sentencia, la Corte hace una distinción entre el objetivo final de Bolivia de acceso al Océano Pacífico y “la relacionada pero diferente disputa presentada por la Solicitud, esto es, si Chile tiene una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar y, de existir dicha obligación, si Chile la ha incumplido”. La Corte se centra exclusivamente en la presunta obligación a negociar — cuya existencia deberá ser determinada en el fondo — sin abordar explícitamente el presunto contenido sustantivo y alcance de dicha obligación. Si bien es cierto que su Solicitud “no solicita a la Corte que juzgue y declare que Bolivia tiene un derecho de acceso soberano” (Fallo, párrafo 32), esto es en efecto lo que Bolivia solicita en su Solicitud y Memoria, y en todas sus presentaciones orales, como explique anteriormente (párrafos 5-15).

25. De hecho, si la Corte determina, en el fondo, que Chile tiene una obligación a ceder soberanía sobre parte de su territorio a Bolivia, bajo términos a ser negociados (una obligación de resultado, como originalmente había sostenido Bolivia), esto, en mi respetuosa opinión, caería de lleno bajo el Artículo VI del Pacto de Bogotá como “un asunto... resuelto... o regido...” por el Tratado de Paz

de 1904. En tal caso, esta Corte no tendría jurisdicción para conocer una disputa de naturaleza jurídica relativa a dicho asunto. Si se descubriera la existencia una obligación de esa naturaleza, esto requeriría inevitablemente modificaciones al Tratado de Paz de 1904, lo que confirmaría que el asunto estaba regido por dicho Tratado y por consiguiente excluido de la jurisdicción de la Corte.

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.”

27. Sin embargo, en mi opinión, este caso cae claramente dentro del Artículo 79 (9) del Reglamento de la Corte, que requiere que la Corte posponga la decisión de una objeción preliminar cuando “no tiene al frente todos los hechos necesarios para decidir sobre las cuestiones presentadas o si al responder la objeción preliminar determinaría los méritos de la controversia o algunos de sus elementos” (Disputa terrestre y marítima (Nicaragua v. Colombia), Objeciones preliminares, Sentencia, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 852, pfo. 51).

28. En esta etapa del procedimiento este asunto es puramente jurisdiccional. Cualquier tratado o acuerdo deja siempre implícitamente abierta la posibilidad de que las partes renegocien sus términos en el futuro. Dicho de otro modo, ningún acuerdo puede cerrar a perpetuidad las posibilidades de ser revisado. Por ende la verdadera pregunta es si una parte del Pacto de Bogotá pretende reabrir un asunto resuelto o zanjado por un tratado u otro acuerdo en vigor antes de 1948. Insisto otra vez que claramente nada impide que las partes intenten renegociar un asunto resuelto o zanjado por el Tratado de Paz de 1904. Si lo hicieran, sin embargo, las partes del Pacto de Bogotá no podrían beneficiarse de su preacordado acceso a la Corte conforme al Artículo XXXI del Pacto en el evento de que surgiese una controversia durante la reapertura de los asuntos resueltos.

29. Hasta que no se conozcan enteramente los méritos, la Corte no está en posición de identificar la verdadera naturaleza, contenido y alcance de la alegada obligación de negociar, y si ella implica una obligación de resultado o una obligación de medios. Sólo cuando esa obligación haya sido definida podrá la Corte determinar si es un asunto “resuelto” o “zanjado” por el Tratado de Paz de 1904 para efectos del artículo VI y, por ende, si tiene jurisdicción.

## V. CONCLUSIÓN

30. Dada la incertidumbre sobre la verdadera naturaleza, contenido y alcance de la supuesta obligación de negociar, que sólo podrá ser resuelta una vez escuchados los méritos del caso, en mi opinión es prematuro decidir si el objeto de la disputa entre las partes es un asunto que cae dentro del artículo VI del Pacto de Bogotá. La decisión adecuada de la objeción preliminar de Chile sería que esta decisión fuera pospuesta hasta después que los méritos del caso hayan sido enteramente escuchados.

(Firmado) Louise ARBOUR