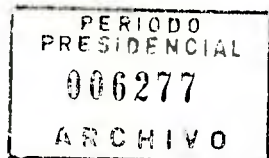


Trámites Dpto. Jurídico
R.R.E.E.

26 Enero ✓
19 Feb (falta)
26 " ✓
1 Marzo ✓

Santiago, 1 de Marzo de 1993



AL : SEÑOR MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

DEL : DIRECTOR DE ASUNTOS JURIDICOS

1. A título complementario de las memorándas sin números de fechas 26 de enero, 19 y 26 de febrero de 1993, me atrevo a esbozar algunas consideraciones de orden político en relación al caso de las uvas envenenadas.

2. Indudablemente, el asunto es marcadamente de carácter político, aunque ciertamente en este ámbito uno de los elementos o factores a considerar es el concerniente a lo jurídico. En este sentido, lo que establece el Derecho debe ser analizado a la luz o desde la perspectiva política o, en otras palabras, considerando, por una parte, el marco político donde se aplicaría y por el otro, las consecuencias políticas de su aplicación.

3. La cuestión es de orden político puesto que en el problema, a estas alturas, **no es quien tiene la razón** en el caso de las uvas envenenadas, si Chile o los Estados Unidos de América, los particulares chilenos o el Gobierno de los Estados Unidos de América. Y ello puede deberse tanto porque no exista la suficiente convicción jurídica de que se tiene la razón - debido a la dificultad sea de identificar al responsable del envenamiento de las uvas sea de demostrar que se tuvo un perjuicio directo del embargo que no ha sido pagado voluntariamente por el Gobierno de Chile - como porque al parecer la idea más generalizada es que los Estados Unidos de América, por ser el Estado más poderoso de la tierra, hace lo que desea y en este caso, se negará a cualquier pago o a un pago adecuado.

4. El problema, entonces, consiste cómo o de qué manera se resuelve la controversia. Tanto es así que hoy por hoy lo que se discute no es si procede o no un pago, sino mas bien si se convoca o no a la Comisión Bryan-Suárez Mujica para resolver la cuestión. Y poco importa - en estos momentos - lo que pueda hacer o no hacer la Comisión. Lo que interesa es que se le convoque o que no se le convoque.

5. En el ámbito nacional, se ha logrado crear una especie de consenso nacional, que va desde la UDI a diputados del FPD, de la SDFOFA a la CUT, de la unanimidad de la Cámara de Diputados a la unanimidad del Senado, en orden a que debe convocarse a la Comisión Bryan-Suárez Mujica. Este consenso se ve sustentado por la **convocatoria** que se hizo de dicha **Comisión** para el **caso Letelier** e incluso por las palabras de los propios personeros de Gobierno en cuanto a la posibilidad de convocarla. Parece, pues, difícil que en la actualidad se niegue recurrir a la Comisión Bryan-Suárez Mujica. El costo político interno podría ser alto. Incluso, **una negativa tajante** de convocarla podría ser percibida como un atentado a la **dignidad nacional** o como una política de doble **estándar**, es decir, se le convocó para pagar a los Estados Unidos de América en el caso Letelier, pero ello no es posible políticamente el caso de las uvas, generando un sentimiento generalizado de antinorteamericanismo y de debilidad gubernamental frente al mencionado país.

6. Por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América y, en especial, de su Embajada en Chile, también la cuestión del cómo o través de qué procedimiento se soluciona el caso es una cuestión vital. Hasta la fecha, dicho país **rechaza** verbalmente la participación de la Comisión Bryan-Suárez Mujica señalando que, aunque reconoce que jurídicamente Chile puede convocarla, ello **afectaría la relación bilateral**, con lo cual hace una referencia implícita a la viabilidad de las negociaciones sobre el Tratado de Libre Comercio y a las condiciones de las futuras exportaciones de fruta chilena a los Estados Unidos de América. En definitiva, para este Estado, el **precedente** que se crearía con la intervención de la Comisión en un asunto como el de las uvas envenenadas sería peligroso, puesto que, por una parte, una entidad internacional podría realizar funciones fiscalizadoras o de investigación en el territorio de ese país y en sustitución de autoridades del mismo y por la otra, a situaciones similares que se presenten con otros países tendría que otorgarles un tratamiento análogo. En todo caso, lo que interesa recalcar es que para los Estados Unidos de América la convocatoria de la Comisión es el asunto central y no lo que ésta resuelva.

7. Por cierto que la convocatoria unilateral, por parte de Chile, de la Comisión Bryan-Suárez Mujica para conocer del caso de las uvas envenenadas podría alterar significativamente la relación con los Estados Unidos de América. Por ende, junto con ponderar los reales efectos políticos internacionales que tal acción conllevaría, sería necesario evaluar los efectos políticos internos en el evento que lo anterior no se haga, en particular en un período de elección presidencial, en donde, a no dudarlo, los candidatos probablemente se verían enfrentados a respaldar, sin más, la citada convocatoria.

8. Teniendo presente todo lo anterior, es que parece conveniente y útil plantear una alternativa de solución a la situación actual de este caso.

9. Por de pronto, se debe recordar que la Embajada de los Estados Unidos de América ha propuesto que el asunto sea sometido al conocimiento del Consejo de **los Estados Unidos y Chile para el Comercio y la Inversión**. De esta forma, la cuestión dejaría ser "conflictiva" para ser abordada en un marco más amplio de fomento del comercio y la inversión.

10. Por documento separado, se han indicado los **reparos** que tal propuesta provoca. Son básicamente cuatro, a saber:

a) El Tratado que crea el Consejo se encuentra en trámite de aprobación parlamentaria;

b) Los objetivos y funciones del Consejo no dicen relación con solución de controversias y el tratado ha dejado vigente al Convenio Bryan- Suárez Mujica y cuyo objetivo especial es el de solución de controversias;

c) El Consejo es un órgano paritario (EE.UU - Chile) por lo que no es independiente ni imparcial y su convocatoria para el caso de las uvas significaría sustituir a la vía diplomática sacando el caso del ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores para pasarlo al de Hacienda y;

d) El Canciller ya rechazó la propuesta norteamericana.

A lo anterior habría que añadir el riesgo de que un mismo foro - el mencionado Consejo - aborde dos asuntos tan distintos como son el caso de las uvas **envenenadas** y la negociación del **Tratado de Libre Comercio**, lo cual puede significar que si no se avanza en el primero se entrase el desarrollo del segundo.

11. Por lo expuesto, resultaría complicado explicar ante la opinión pública el por qué se prefiere a un Consejo que aún no se ha incorporado al Derecho Nacional, en vez de una Comisión, "la Bryan- Suárez Mujica", que sí existe legalmente y ha actuado en otro caso que fue favorable a los Estados Unidos de América.

12. Pero también se deben recordar dos factores que influyen en la búsqueda de una solución para el caso. El primero se refiere al desconocimiento de la función de la **Comisión Bryan-Suárez Mujica** y el segundo es la conducta que, en relación a lo anterior, han tenido los **actores nacionales** involucrados.

13. Respecto del primer factor, parece que se ha extendido la idea ante la opinión pública de que la Comisión Bryan-Suárez Mujica tendría la atribución de solucionar, como un tribunal, el asunto o la cuestión controvertida y eso no es así. **La Comisión sólo investiga e informa** y con el informe correspondiente, las partes **deben negociar nuevamente**. Si en el plazo de seis meses no llegan Acuerdo, deben, de común acuerdo, ir a arbitraje, celebrando el tratado compromisorio. La Comisión, por tanto, no resuelve ni dicta sentencia. En consecuencia y como se señaló en otros documentos, la Comisión **investiga hechos controvertidos** y en tal sentido, al esclarecerlos, se estima sería más fácil que las partes de la controversia puedan lograr un acuerdo o solución al caso de que se trate. Esta idea central debería estar presente para una propuesta como la que más adelante se formula.

14. En cuanto a la **conducta** de los actores nacionales, se llama la atención acerca de que ha sido en el debate nacional en donde ellos no sólo han creado falsas expectativas sobre el rol de la Comisión Bryan-Suárez Mujica, sino que, además, han **fijado unilateralmente** para Chile **límites, restricciones o márgenes** a su actuación. Así, nunca los Estados Unidos de América han afirmado directa y oficialmente que es indispensable que previamente se agoten los recursos internos ante sus tribunales para que se pueda recurrir a la Comisión Bryan-Suárez Mujica en este asunto. Lo que la Embajada de ese país en Chile ha recomendado es acudir a tales tribunales. Pero han sido personeros públicos nacionales los que han aludido al principio del previo agotamiento de los recursos internos ante los tribunales norteamericanos como requisito a cumplir antes de acudir a la Comisión Bryan-Suárez Mujica. También han sido los actores nacionales quienes han hablado de cifras y de compensaciones, generándose expectativas de enormes sumas. Toda estas circunstancias deben, pues, también considerarse en una fórmula de arreglo.

15. En definitiva, la citada fórmula debería ser **conciliatoria** entre las posiciones extremas de las partes, vale decir, **entre la citación y la no convocatoria de la Comisión Bryan-Suárez Mujica en los términos previstos en el Tratado**. En otras palabras, debería intentarse que la Comisión sea **convocada** y con ello satisfacer las expectativas de la opinión pública nacional. Sin embargo, la convocatoria **no** podría ser **en los mismos términos del Tratado** puesto que ello sería rechazado por los Estados Unidos de América.

16. Para lo anterior, sería necesario negociar con los Estados Unidos de América con el mismo espíritu imaginativo o creativo con que se negoció el acuerdo del pago **ex-gratia** para el **caso Letelier** y teniendo en cuenta tanto la preocupación del Gobierno de los Estados Unidos de América de que no se sienta un precedente como las expectativas de la opinión pública nacional.

17. Cuando se dice que se podría negociar la convocatoria de la Comisión Bryan-Suárez Mujica pero no en los mismos términos del tratado, no se está, empero, señalando que lo sea en contravención a esos términos ni tampoco que ello signifique un nuevo tratado. Deben convocarse **ampliando o desarrollando, hasta donde sea posible, los términos del tratado** de modo que, por un lado, ambas partes queden satisfechas con la convocatoria y por la otra, que no sea indispensable someter el acuerdo pertinente a la aprobación de los respectivos Parlamentos, puesto que se trataría de un tratado que se celebra en cumplimiento de otro en vigor pero que no implica materias de ley (art. 50 N° 1 de la Constitución).

18. De allí que se podría negociar con los Estados Unidos de América que la convocatoria a la Comisión **Bryan-Suárez Mujica** se realice bajo todos o algunos u otros similares de los siguientes **supuestos**:

A). La convocatoria se efectuaría de común acuerdo por las Partes y no unilateralmente como lo prevé el artículo III del Tratado.

B) La convocatoria se realizaría, no simplemente en los términos previstos en el Tratado, sino con las aclaraciones o complementaciones que las Partes acuerden.

C) La investigación y el informe que haría la Comisión se referirían ciertamente a los hechos de la cuestión o dificultad suscitada y que no ha podido arreglarse por la vía diplomática (arts. I y II), pero dicha investigación y el citado informe se harían sólo o únicamente sobre la base de analizar los antecedentes que cada una de las Partes le proporcione en cumplimiento de la obligación prevista en el art. III, inciso 2º, en orden a suministrar a la Comisión todas las facilidades que sean necesarias para la investigación e informe. Esto es, la Comisión no podría, por sí sola, investigar en el territorio de un Estado o recabarle a una autoridad estatal un determinado antecedente. Sólo lo podría hacer si la Parte correspondiente está de acuerdo. Ambas Partes le proporcionarían, por ende, los antecedentes a la Comisión para el esclarecimiento de los hechos (Ej. en el caso de Chile, el expediente judicial y los informes obtenidos, la reclamación administrativa, etc.);

D) El procedimiento de investigación no sería como el de un juicio o litigio judicial o arbitral. Esta característica acordada para este caso, interpretaría lo dispuesto en los artículos I y III del Tratado en cuanto a que se trata de una "investigación" y no de un proceso, interpretación que la Comisión debería considerar cuando, en cumplimiento de lo expuesto en el artículo II del Convenio, establezca "por sí misma las reglas de su procedimiento";

E) Por lo mismo, las Partes interpretarían que, en razón de que luego del informe de la Comisión ellas deben, según lo dispone el Artículo IV, "procurar nuevamente el arreglo de la dificultad", lo cual implica negociar, actividad ésta que, por esencia, es de carácter reservado, el procedimiento debe ser también secreto.

F) Del mismo modo, atendida la circunstancia de que, por una parte, según el Artículo III del Tratado, el informe de la Comisión "se extenderá en triplicado: un ejemplar será entregado a cada uno de los dos Gobiernos Contratantes, y el tercero mantenido en el archivo de la Comisión", y por la otra, de acuerdo al Artículo IV del mismo Acuerdo, "transmitido el informe de la Comisión a los dos Gobiernos Contratantes, éstos dispondrán de un término de seis meses para procurar nuevamente el arreglo de la dificultad en vista de las conclusiones del mencionado informe", y por la misma razón las Partes interpretarían que el informe de la Comisión debería igualmente ser secreto a fin de garantizar que las negociaciones también lo sean;

G) Además, las Partes convendrían que los hechos que así establezca la Comisión y las conclusiones del informe correspondiente, en vista de los cuales las Partes deben procurar nuevamente el arreglo de la dificultad (art. IV), no podrán ser invocadas por ninguna de ellas en un juicio o en otra instancia, sino que, por el contrario, deberán, en tal caso, volver a probarlos.

H) Los hechos que la Comisión conocería estarían determinados, como se dijo en otro Memorándum, por los que señalan las reclamaciones administrativas rechazadas, la demanda judicial y las notas intercambiadas por los Gobiernos;

I) Pero si el Gobierno de los Estados Unidos de América así lo desea, se podría convenir que también la Comisión se pronuncie, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, acerca de la obligación de agotar los recursos internos antes de haber recurrido a ella;

J) La convocatoria de la Comisión, se realizaría, en todo caso, sin perjuicio de que los particulares apelen de la resolución del Tribunal del Distrito Este de Pennsylvania. Y ello porque, por un lado, se podría interpretar que el Gobierno de Chile recurriría a la Comisión ejerciendo su propio derecho independientemente de la acción de los particulares y por el otro, para permitir precisamente que si la Comisión, al resolver sobre lo planteado en la letra I), disponga que los recursos internos deben previamente agotarse, ello sea posible. En síntesis, la apelación no prejuzgaría en nada; y

K) Por último, las Partes continuarían, paralelamente al funcionamiento de la Comisión, negociando. Ninguna norma de derecho lo impide y, además, pueden de esa forma y en el ambiente que se desprenda de la convocatoria de la Comisión, lograr el acuerdo previsto en el propio Tratado.

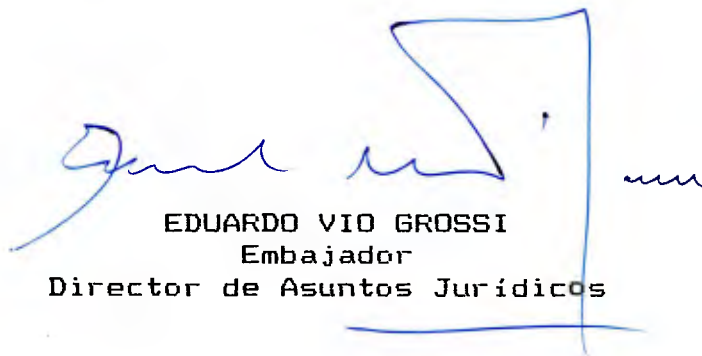
19. La convocatoria de la Comisión Bryan-Suárez Mujica en los términos antes expuestos le otorgaría al asunto, como se expresó en otros documentos, un cauce de solución. La dificultad no quedaría en el ámbito "ambiguo" de la vía diplomática sino de una instancia **establecida jurídicamente**. Además, abandonaría la esfera de responsabilidad del Gobierno para pasar a la de unos **terceros imparciales**. Permitiría también que el asunto **no** fuera objeto del **debate presidencial** en Chile, al mismo tiempo que permitiría que durante el año o más que duraría la investigación, las Partes pudieran **continuar**, reservadamente, negociando. Y lo que es más importante, el **resultado** de esa negociación o la que surja luego del informe, será avalado por lo que éste diga y, por ende, **aceptada por la opinión pública**. Finalmente, sería el próximo Gobierno chileno el que tendría que refrendar la solución que se logre, sin haber tenido responsabilidad en el manejo de la situación.

20. Habría, indudablemente, que convencer a los Estados Unidos de América de la bondad de la fórmula propuesta. Por de pronto, habría que señalar a este respecto, que se debe en poner término al creciente antinorteamericanismo que está generando este asunto. Llevarlo a la Comisión Bryan-Suárez Mujica significaría sacarlo de la **controversia pública**. Por otra parte, habría que insistir en la conveniencia de **no mezclar** las negociaciones relativas al fomento del comercio y la inversión y, en particular, las negociaciones del **Tratado de Libre Comercio**, con el caso de las uvas contaminadas. Llevar

REPUBLICA DE CHILE
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

éste al Consejo de los Estados Unidos y Chile para el Comercio y la Inversión implicaría mezclar ambas cosas. Habría que insistirle asimismo en la conveniencia de que comprendan el acontecer político nacional chileno y el peso que tiene éñ en este asunto, que se está transformando en una cuestión de **dignidad nacional**. Finalmente, habría que convencerlo de que en el marco o en el ambiente que se cree al convocar la Comisión Bryan-Suárez Mujica, ambiente de reserva y discreción, es más probable llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas Partes, por estar avalado por **terceros imparciales**.

Saluda a US.



EDUARDO VIO GROSSI
Embajador
Director de Asuntos Jurídicos

Distribución:

1. Sr. Ministro de Relaciones Exteriores
2. DIJUR, archivo

M E M O R A N D U M RES. S/N

OBJ.: Completar información estado actual caso de las uvas contaminadas.

REF.: Memorándum DIJUR s/n de fecha 26 de enero de 1993 a Sr. Ministro de Relaciones Exteriores

Santiago,

26 FEB. 1993

AL: SEÑOR MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

DEL: DIRECTOR DE ASUNTOS JURIDICOS

1. En el numeral 15 del documento de la referencia, se afirma que "no se disponen de precedentes judiciales para sostener la tesis" que en él se desarrolla. Ello se debió a la urgencia con que se recabó y realizó dicho documento.

2. En esta ocasión y a modo complementario del señalado numeral, se permite indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "según los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aún de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable".

3. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó que "de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla (la del previo agotamiento de los recursos internos) cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla" (Asunto Viviana Gallardo y otros, N° G 101 y 108/81, Serie A, Sesión de 13.11.81 y caso Godínez Cruz, Excepciones sentencia de 26.06.87).

4. Lo anterior constituyen pues, precedentes judiciales en abono de la tesis de que el principio del previo agotamiento de los recursos internos se encuentra establecido en beneficio del Estado demandado y que él puede renunciar, renuncia que bien puede consistir en dicho Estado alegue antes sus propios tribunales de que goza de inmunidad soberana. En tal evento, los particulares no están, en consecuencia, obligados a agotar previamente los recursos internos para que se pueda ejercer la protección diplomática.

Saluda a US.



EDUARDO VIO GROSSI
Embajador
Director de Asuntos Jurídicos

EVG/mgf

Distribución:

1. Sr. Ministro de Relaciones Exteriores
2. Sr. Subsecretario, info
3. DIJUR, archivo

MEMORANDUM

Nº 17 /

OBJ.: Informar estado actual
caso de las uvas contami-
nadas.

REF.: Fax del 03 de Enero de
1993 de la Embajada de
Chile en Estados Unidos.
de América.

Santiago, *26. Enero. 1993.*

AL: SEÑOR MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

DEL: DIRECTOR DE ASUNTOS JURIDICOS

A. INTRODUCCION

1. Teniendo presente las informaciones proporcionadas mediante el documento de la referencia, que adjunto, informo a US., brevemente, acerca de la situación actual del caso originado por el embargo de fruta chilena y medidas afines impuestas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en marzo de 1989.

2. Al respecto, habría que, por una parte, distinguir entre las acciones interpuestas por los particulares de aquellas llevadas a cabo por el Gobierno y por la otra, esbozar las posibles alternativas.

B. ACCIONES DE LOS PARTICULARES

3. Se debe recordar que los particulares afectados interpusieron ante el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos de América y de conformidad al U.S. Federal Tort Claims Act, una reclamación de tipo administrativo, la cual fue rechazada.

ojo | 4. Posteriormente, recurrieron ante el Tribunal de Distrito del Este de Pennsylvania, el que, ante la excepción de inmunidad de jurisdicción interpuesta por el Gobierno de los Estados Unidos de América, demandado en el caso, la acogió señalando, además, que las conductas de los agentes estatales que decretaron el embargo y medidas afines es de aquellas que la ley califica como discrecionales y, por ende, no sujetas a control por parte de la Justicia. Cabe resaltar la circunstancia que el Juez consideró que sólo podría actuar si el demandado renunciaba a la inmunidad soberana, lo que no acontecía.

C. ACCIONES DEL GOBIERNO

5. En lo atinente al Gobierno de Chile, es preciso tener presente que, sobre el caso, presentó dos notas a la Embajada de los Estados Unidos de América. La primera, de fecha 26 de febrero de 1991, mediante la cual le comunicaba la interposición, por parte del propio gobierno, de una reclamación de tipo administrativo, paralela a la hecha valer por los particulares.

6. La segunda Nota, de fecha 4 de Diciembre de 1991, a través de la cual, en vista del rechazo de la recién citada reclamación, requería del Gobierno de los Estados Unidos de América conversaciones directas a fin de explorar formas de solución a la situación planteada.

7. Por Nota de 5 de febrero de 1992, la Embajada de los Estados Unidos de América contestó la Nota chilena en los siguientes términos:

a) Está dispuesta a dialogar, pero no ve una manera de estructurar las conversaciones de modo constructivo;

b) Chile y USA difieren respecto de los hechos y de sus implicancias;

c) La uva no fue contaminada en USA y el FDA actuó bien dentro de sus atribuciones;

d) El daño producido por el embargo fue mínimo, se trató de evitar lo máximo posible y se actuó de acuerdo con las autoridades y particulares chilenos en tal sentido; y

e) Como hay discrepancias respecto de los hechos, sugería recurrir a una instancia independiente imparcial como el Consejo de los Estados Unidos y Chile para el Comercio y las Inversiones o los Tribunales norteamericanos

8. Después de esa Nota, el Sr. Canciller y el Sr. Embajador de los Estados Unidos han mantenido dos conversaciones sobre el particular.

D. ALTERNATIVAS

a. En el caso de los particulares

9. Los particulares pueden, en la situación actual, recurrir ante las instancias superiores a fin de procurar que se revoque la decisión del Tribunal de Distrito Este de Pennsylvania.

10. Esta alternativa tendría por objeto, no sólo procurar satisfacción a sus pretensiones, sino igualmente cumplir uno de los requisitos para que proceda la protección diplomática, a saber, agotar previamente los recursos internos.

11. Sin embargo, en relación al requisito del previo agotamiento de los recursos internos para que proceda la protección diplomática, es menestar llamar la atención acerca de la circunstancia de que tales recursos deben existir. Es por ello que la jurisprudencia ha declarado que "no puede haber necesidad de recurrir a los tribunales nacionales si estos tribunales no tienen jurisdicción para reparar el mal". (CPJI, Serie A/B N° 76, p. 78).

12. Pero, además, tales recursos deben ser eficaces y efectivos o, lo que es lo mismo, no es necesario agotar previamente los recursos internos si ellos son obviamente inútiles. Ello puede acontecer, por ejemplo, cuando de acuerdo a su derecho interno, el Gobierno goza de inmunidad judicial (Reports of International Arbitral Awards, 3, 1406-1420, reclamación Rhodope Forest- 1933).

13. Las dos consideraciones anteriores tienen relevancia en el caso, dado que el Juez norteamericano declaró, al rechazar la acción judicial de los particulares, que no tenía jurisdicción a menos que el Gobierno de los Estados Unidos de América renunciara a la inmunidad soberana y éste, por el contrario, no sólo no renunció a esa inmunidad sino que la alegó.

14. Ahora bien, se podría sostener que en el caso que nos ocupa debería ser por una sentencia definitiva de los tribunales de los Estados Unidos de América que se declare que éstos carecen de jurisdicción en la especie. "Hasta que se haya probado claramente (por sentencia definitiva) que éstos (los tribunales) no tienen jurisdicción, la Corte no puede admitir el argumento de que la regla del agotamiento de los recursos locales no es aplicable" (CPJI, Ser. A/B, N° 76, p 19).

15. Empero, asimismo se podría afirmar que, como el principio del previo agotamiento de los recursos internos está establecido en beneficio del Estado reclamado, a fin de que éste pueda remediar la situación contraria al derecho internacional, (CIJ- Reports 1959), si dicho Estado no invoca tal principio sino que, por el contrario, alega su inmunidad judicial, el particular podría considerarse liberado de hacerlo. En tal hipótesis, obligar al particular a agotar los recursos internos en contra de lo que sostiene el Estado demandado y en cuyo beneficio se estableció tal principio, equivaldría a hacer excesivamente onerosa la acción judicial del particular puesto que habría un reconocimiento, por parte del Estado demandado, de la inexistencia o inutilidad del recurso o, lo que es lo mismo, que no hay posibilidad de subsanar, a través de los tribunales, la situación contra la que reclama el particular. En definitiva, es el Estado demandado el que puede alegar que los recursos internos no han sido agotados, pero no podría formular tal alegación si él mismo sostiene que no existen recursos que agotar. Desde otra perspectiva, se podría decir que si tanto el demandante como el demandado estuvieren de acuerdo en que el segundo goza de inmunidad soberana ante sus tribunales, no existiría controversia sobre ese punto y, por ende, éstos no tendrían que pronunciarse sobre el mismo. Cabe llamar la atención de que si bien no se disponen de precedentes judiciales para sostener esta tesis, no es menos cierta que ella podría tener acogida o fundamento por la lógica que implica, sustentada ésta, a su vez, en los principios enunciados.

b. En el caso del Estado

16. En lo que se refiere al Estado chileno, podría actuar por cuerda separada, vale decir, considerar que su acción no tiene relación con la de los particulares, lo cual fue así esbozado en las Notas antes aludidas, o bien ejercer la protección diplomática respecto de la acción de los particulares.

17. En ambos casos, se trata de una misma situación, aunque con fundamentos distintos. En la primera, le estaría atribuyendo a los Estados Unidos de América una violación de una obligación internacional a su respecto. En la segunda, le atribuiría la violación de la obligación internacional de otorgar justicia a sus nacionales.

18. En tales hipótesis y en mérito del Tratado Bryan-Suarez Mujica, existe la obligación de seguir el procedimiento allí establecido.

19. Dicho procedimiento implica que existe una "cuestión" entre las Partes. Dicha "cuestión" estaría delimitada por las reclamaciones administrativas, la demanda judicial y las notas intercambiadas entre los Gobiernos antes referidos.

20. El procedimiento significa, también, que las Partes procuren arreglar por "la vía diplomática" la cuestión. La negociación diplomática como medio de solución de controversias, no conlleva la obligación de arribar a un acuerdo, pero sí la obligación de procurarlo de buena fe, aunque ello no se logre. En la cuestión que nos interesa, la buena fe del Gobierno de Chile estaría demostrada por la reclamación administrativa las notas mencionadas y las conversaciones entre el Sr. Canciller y el Sr. Embajador de los Estados Unidos de América. En todas esas instancias, Chile ha hecho valer sus razones de hecho y de derecho. En cambio, los Estados Unidos de América se han limitado a negar su responsabilidad en el caso.

21. Pues bien, teniendo presente, por una parte, que los Estados Unidos de América han señalado que está abierto a cualquier alternativa o resolución que conduzca a una solución amistosa del asunto y por la otra, que en el Tratado Bryan Suarez Mujica se indica que "la convocatoria de la Comisión (que establece el Tratado) podrá hacerse por cualquiera de los dos Gobiernos Contratantes", (Art. III, inciso 1, última frase) se puede afirmar que cualquiera de estos puede, mediante la convocatoria, dar por finalizado la vía diplomática de solución de las controversias y convocar a dicha Comisión. En otros términos, desde el punto de vista jurídico, un Estado Parte del Tratado no podría negarse a la convocatoria de la Comisión que realice el otro Estado, es decir, estaría obligado, como lo dice el propio Tratado, "a suministrar a la Comisión Internacional todas las facilidades que sean necesarias para la investigación e informe" (art. III, inc. 2).

Ciertamente, si uno de los Estados se niega a aceptar la convocatoria, se genera un incidente que será preciso resolver por algún medio de solución pacífica de controversias.

22. Convocada la Comisión Bryan -Suarez Mujica, ésta tendrá por misión investigar e informar sobre la cuestión. En razón de la época en que se suscribió el Tratado y los medios de solución pacífica de conflictos que contempla el Derecho Internacional, es obvio que el mencionado Tratado, al fijar la competencia de la Comisión, se refería el método de solución de controversias conocido como investigación, en virtud del cual, como medio de preparar el camino para negociaciones con felices resultados, una comisión imparcial dilucida los hechos sobre los cuales las partes tienen versiones contradictorias. Esto es, la función de la Comisión no es resolver la controversia, no es un juicio, no es un proceso, sino una investigación que realiza ella misma de acuerdo al procedimiento que establezca.

23. Esta concepción de la investigación es tan aceptada por el Tratado Bryan Suarez Mujica que él establece que emitido el informe por la Comisión, las Partes disponen de un término de seis meses para procurar un arreglo.

24. Al término de dicho plazo, de no haberse llegado a un acuerdo, la cuestión se someterá a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, lo cual implica que las Partes se pongan de acuerdo, mediante un Convenio, respecto a dicho arbitraje el que, empero, no procedería respecto "a ninguna cuestión que pueda afectar la soberanía, honor o intereses vitales de cualquiera de las partes, o las disposiciones de sus respectivas Cartas Fundamentales o a los intereses de una tercera potencia" (Art. IV, inc. 2º). Ciertamente, si hay controversia respecto a la procedencia o improcedencia del arbitraje, ello deberá ser resuelto por algún medio de solución de controversias.

25. La fórmula de convocar a la Comisión Bryan Suarez Mujica tendría la bondad de esclarecer los hechos concernientes a la controversia, otorgándole a ésta un cauce para su solución. Téngase presente que la Embajada de los Estados Unidos de América ha reconocido expresamente que existe una diferencia fundamental respecto de la apreciación de los hechos.

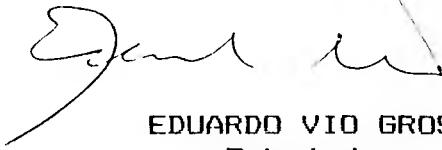
26. La otra alternativa del Gobierno es exigirle a los particulares que agoten los recursos internos en los Estados Unidos de América y ello sobre la base de que están obligados a proceder así puesto que aún no existe sentencia definitiva de tribunales norteamericanos que establezcan o reconozcan la inmunidad soberana del Estado. Esta posibilidad tiene la ventaja de que el Estado chileno se asegura que los Estados Unidos de América no opondrán la excepción de que no se

han agotado tales recursos.

27. El riesgo de la primera alternativa es que se llegue a la situación de convocar a arbitraje y los Estados Unidos de América no lo acepte y, por tanto, no concurra al Acuerdo para invocarlo. El riesgo de la segunda alternativa es que los particulares consideren que, en razón del fallo antes citado, no procede agotar los recursos internos ante los Tribunales de los Estados Unidos de América, lo cual crearía un conflicto interno chileno de carácter político.

28. Adjunto remito copia de un Memorándum sobre la misma materia de la Embajada de Chile en los Estados Unidos de América, de fecha octubre de 1992, copia del Tratado Bryan Suarez-Mujica, copia de la sentencia tantas veces aludida, copia de las Notas intercambiadas con la referida Embajada y proyecto de una nueva Nota.

Saluda a US.



EDUARDO VIO GROSSI
Embajador
Director de Asuntos Jurídicos

Distribución:

1. Mingab
2. Dijur, archivo