

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE LOS HIELOS CONTINENTALES PATAGÓNICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

RAÚL CARDÓN*

Dedico este estudio a los señores legisladores nacionales que tienen en sus manos la competencia constitucional y la grave responsabilidad de dar una solución final y justa a este importante problema; y a los miembros del Poder Ejecutivo cuya mala, inadecuada o demorada defensa de los incuestionables derechos y de los altos intereses nacionales comprometidos, los pondría contra el pensar y el sentir de gran parte del pueblo argentino y frente al juicio inexorable de la historia; y a todos los ciudadanos argentinos que desde una u otra posición y con mayor o menor eficacia, pueden contribuir, con su voz y sus actitudes, a que quienes tienen el poder y la obligación de hacerlo, preserven la integridad del territorio nacional y el honor de la República.

Es esta cuestión de manifiesta trascendencia e indudable interés nacional. Se trata de defender la integridad del territorio argentino y el mismo principio de la integridad territorial, consagrado entre otros instrumentos internacionales por la Carta de las Naciones Unidas (art. 2, párr. 4) y en cuya virtud y sin mengua de otros argumentos reivindicamos firmemente desde hace un siglo y medio, aunque con algunas sensibles y sorprendentes excepciones, nuestro derecho a la restitución de las Malvinas. El valor económico de este territorio puede ser limitado, aunque muchos destacan el hecho de que encierra una importantísima reserva de agua natural y constituye un centro turístico de atracción internacional, declarado por la UNESCO patrimonio natural de la humanidad. Tam-

* Profesor Titular de Introducción a las Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta. Graduado de la Escuela Nacional de Guerra, donde también se desempeñó como profesor de Relaciones Internacionales. Realizó un stage en el Institut de Sciences Economiques Appliquées de París. Fue Secretario Ejecutivo y Asesor del Presidente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Colaboró en diversas publicaciones nacionales y extranjeras.

co puede soslayarse el hecho de que ese territorio alberga, si no todas, buena parte de las fuentes del Río Santa Cruz, principal vía fluvial de nuestro extremo sur. Si como algunos alegan una porción de esa fuente está del lado incuestionablemente chileno, no ganaremos nada con que esa proporción aumente, sino que crecerán las dificultades para mantener el control de ese importante recurso hidrográfico. Tampoco puede argüirse que ello no nos debe preocupar, pues la Argentina ya es país de aguas abajo en el Paraná el Uruguay y otros ríos de la Cuenca del Plata. Por el contrario, los problemas que hemos tenido con Brasil por la construcción de las grandes represas del Alto Paraná, y las innumerables concesiones que hemos debido hacer al Paraguay, demuestran la conveniencia de no ser, pudiendo evitarlo, en un caso más, ribereño en esa situación desfavorecida.

Pero ello no es todo. La correcta solución del diferendo actual con la hermana república de Chile constituye un serio y trascendente problema, cuyas consecuencias no se agotarán con la conclusión de esta disputa, cualesquiera sean las normas, los principios y los procedimientos que se utilicen. El dilema consiste en decidir si la apetecida y deseable solución se logrará sobre la base del derecho y la debida preservación de los legítimos y claros intereses nacionales, o, por el contrario, por medio de compromisos políticos circunstanciales y con el objetivo de lograr pretendidos beneficios de esa naturaleza o de carácter económico (a la inconsistencia de estos argumentos nos referiremos en otra oportunidad). Existe la posibilidad de que la ganancia que se obtenga a través de una solución artificiosa y mal fundada, sea tal para un partido o, más probablemente para algunos gobernantes, políticos o funcionarios, pero no para la Nación misma, cuyo bien está por encima del de todos sus miembros o sectores, cualesquiera sea la posición que transitoriamente ocupan.

La prudente respuesta a ese dilema no sólo sentará un precedente de incuestionable y fácilmente perceptible valor para nuestras futuras relaciones con Chile (en las cuales no dejarán de suscitarse dificultades y divergencias en el futuro, como puede deducirse de una historia más que centenaria y aún de acontecimientos recientes), sino también para las relaciones con otros países, ante todo pero no únicamente los limítrofes. Contribuirá, asimismo, a definir nuestra imagen como nación, que será la de un país que basa su política internacional en el derecho y la justicia y el respeto de los compromisos que le crean su propia historia y la necesidad de mantener su dignidad y su prestigio (los que incluyen la acep-

tación de los deberes que impone una solidaridad internacional bien entendida), o la de otro proclive a la claudicación, al oportunismo irresponsable y a la obtención de éxitos a corto plazo sacrificando derechos e intereses a los que no se puede renunciar.

Antes de abordar específicamente nuestro tema nos parece oportuno señalar que algunos de los participantes en la polémica sobre los Hielos Continentales Patagónicos (H.C.P.) y la actitud a asumir por nuestro país en dicha cuestión, han intentado disminuir la importancia del Derecho y la relevancia de los tratados vigentes entre la Argentina y Chile como bases para el logro de una resolución correcta y duradera, privilegiando, en cambio, los factores políticos, económicos y, en cierta forma, sociológicos.

Algunos de esos opinantes parecen suponer que las normas jurídicas son una construcción puramente teórica y racional, ignorando la fuerte incidencia que en la elaboración de esas normas tiene los factores señalados y, muy particularmente, la historia. Pretender una suerte de oposición o la necesidad de una opción radical entre la observancia del derecho y la sujeción a los reclamos de la economía y la política, es claramente una falacia y una actitud muy peligrosa.

No hay aquí espacio para una demostración (por lo demás innecesaria) del papel fundamental del Derecho en la vida social y particularmente para el logro de una convivencia ordenada y pacífica en el seno de una comunidad, nacional o internacional. Nos circunscribiremos a destacar que aún en nuestro tiempo, las relaciones internacionales, tan fuertemente impactadas por la gravitación del poder y de la fuerza (elemento frecuentemente dominante en el ámbito de la política internacional, por referirnos sólo a lo que aquí interesa), no han desterrado a la normatividad jurídica, ni la han eliminado como marco imprescindible de las relaciones entre los Estados, aunque frecuentemente violada o distorsionada. Basta recordar los enormes progresos hechos en la elaboración o codificación de reglas de derecho en campos como el del respeto de los derechos humanos fundamentales, la humanización de la guerra (convenciones y protocolos de Ginebra), la libre determinación de los pueblos, el comercio internacional (convención de Marrakech, 1944), el derecho del mar (Montego Bay, 1982), las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares y el derecho de los tratados (convenciones de Viena de 1961, 1963 y 1969), la no proliferación nuclear (1968), etc.

Pero no sólo se ha avanzado en la creación o consolidación de las normas, sino también en el campo, hartamente difícil, de la institución de ór-

ganos jurisdiccionales permanentes para asegurar la aplicación de aquéllas, de lo cual la Corte Internacional de Justicia es el ejemplo más conspicuo. Cabe recordar que tanto la convención sobre el derecho del mar como la relativa al comercio internacional dispusieron la creación de tribunales para la solución de las controversias que pudiera suscitar su aplicación. Y que la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea) ha hecho otro tanto para asegurar la observancia de las reglas que rigen el proceso de la integración (Tratado de Roma de 1967 y Tratado de Maastricht de 1992). Ello no ha ocurrido aún en el Mercosur, pero creemos se hará y debe hacerse en un futuro cercano para evitar que la solución de las controversias que frecuentemente surgen entre sus miembros queden librada al azar de las negociaciones diplomáticas o a la influencia de los grupos de presión que operan dentro de los Estados aludidos.

Los instrumentos jurídicos bilaterales argentino-chilenos sobre los que debe basarse la solución de este problema son generalmente conocidos y reiteradamente mencionados: el Tratado general de límites de 1881, el Protocolo adicional y aclaratorio de 1893, el Acuerdo para facilitar las operaciones de deslinde territorial de 1896, el Protocolo relativo a la reposición de hitos en la frontera argentino-chileno de 1941 y el Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile de 1984. También son relevantes aunque no siempre se citan las actas levantadas en ocasión de las reuniones para la demarcación de la frontera entre los peritos de los dos países, realizadas en Santiago en 1898 y los de las reuniones entre los representantes de ambos gobiernos en la misma ciudad y año. Se suele indicar también entre los instrumentos que deben tenerse en cuenta para buscar un acuerdo como lo ha hecho la Academia Nacional de Derecho en su declaración del 5 de febrero de 1997 el laudo arbitral británico de 1902. Esto es correcto, pero requiere que se hagan con respecto a los alcances y posible invocación de ese laudo, algunas observaciones que nosotros haremos más adelante.

Deben además considerarse los antecedentes y las memorias presentadas por las partes al tribunal arbitral británico (especialmente la Memoria argentina de 1902) y las sentencias arbitrales de 1966 (cuestión de Palena) y de 1994 y 1995 (caso de la Laguna del Desierto). Por último, tienen también incidencia los principios generales del Derecho (como la norma *pact sunt servanda*, el principio de la buena fe y el del respeto a la integridad territorial de los Estados), así como otras normas o instituciones jurídicas en las que podría pretender apoyarse una u otra

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL PROBLEMA DE...

parte, con pertinencia discutible, al menos en algunos casos.

No haremos aquí una exposición o comentario amplio y profundo de los instrumentos jurídicos citados, pues esta tarea ha sido realizada en múltiples ocasiones. Nos limitaremos a las referencias indispensable y destacaremos aquellos párrafos, declaraciones o circunstancias que nos parecen particularmente significativos.

Del tratado de 1881, sólo recordaremos que el mismo consagró el principio básico para la delimitación de la frontera, o sea que esta debe pasar, de norte a sur, hasta el paralelo de 50º (de latitud, por las cumbres más elevadas de dicha cordillera que dividen las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y a otro (art. 1). El protocolo de 1893, confirmó ese principio, del que dijo que sería la norma invariable para los procedimientos de los peritos de que luego hablaremos, al que agregó una puntualización importante la de que la frontera debe hallarse en el encadenamiento principal de los Andes y la explicitación del principio de la biocenidad, (art. 2) en el que no interesa detenerse aquí.

Esos dos documentos previeron atinadamente la posible emergencia de dificultades cuando se procediera a la demarcación en el terreno. El tratado de 1881 sólo hizo referencia a una causal: la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la cordillera y en que no sea clara la división de las aguas, en tal caso las dificultades debían ser resuelta amistosamente por dos peritos nombrados uno por cada parte. Si éstos no lograban arribar a un acuerdo se llamaría a decidir a un perito designado por ambos gobiernos (procedimiento este al que jamás se recurrió).

El protocolo de 1893 hizo, con respecto a la determinación de la línea divisoria otra puntualización interesante: la resolución amistosa de las dificultades debía procurarse haciendo buscar en el terreno esta condición geográfica de la demarcación (es decir, la línea divisoria de las aguas en el encadenamiento principal de los Andes) (art. 2do, con referencia al 1ro). El artículo 6to del mismo protocolo insistió en el criterio que debían seguir los peritos, diciendo que para el efecto de la demarcación (sin limitarla al caso de dificultades originadas por la existencia de valles formados por la bifurcación de la cordillera), los peritos o sus ingenieros ayudantes, buscarían en el terreno la línea divisoria y harían la demarcación por medio de hitos, etc. Se dejó bien en claro, por tanto, que la realidad geográfica sería al factor determinante para la demarcación de la frontera.

Por otra parte el tratado de 1881 prescribió que, de las operaciones

que practiquen (los peritos) se levantará un acta, firmada por ellos, la cual, en caso de que hubiere acuerdo entre éstos, producirá pleno efecto desde que estuviere suscrita por ellos y se considerará firme y valedera sin necesidad de otros formalidades o trámites. Esta última cláusula confirió una gran autoridad a lo acordado por los peritos, lo que es muy necesario tener en cuenta en el estudio de este problema. El protocolo de 1893 confirmó la misión de los peritos y aparentemente la amplió con la redacción del artículo 6to que hemos citado más arriba; en todo caso los peritos aceptaron esta interpretación extensiva pues no limitaron su actividad a las zonas potencialmente conflictivas mencionada por el artículo 1ro. del tratado de 1881 sino que la extendieron también a otras.

También el acuerdo de 1896 habla de divergencias entre los peritos, al fijar en la Cordillera de los Andes (note el lector también en este acuerdo se reconoce que el límite debe estar en la cordillera) los hitos divisorios al sur del paralelo 26°52' y 45, sin referirse al caso de los valles formados por la bifurcación de la cordillera, etc. Por otra parte introduce una novedad importante. Ya el Tratado de 1881 había previsto la posibilidad del recurso al arbitraje, al disponer: Toda cuestión que por desgracia, sugiere entre ambos países, ya sea con motivo de esta transacción, ya sea de cualquier otro causal, será sometida al fallo de una potencia amiga, quedando en todo caso como límite inconvencible entre las dos repúblicas el que se expresa en el presente arreglo (es decir, el de los más altas cumbres divisorias de aguas; art. 6to). El acuerdo de 1896 dispuso que el gobierno de una potencia amiga sería el de Su Majestad Británica (en adelante, S.M.B.), a quien las partes contratantes designan desde ahora, con el carácter de árbitro encargado de aplicar estrictamente, en tales casos, las disposiciones del Tratado y Protocolo mencionado, previo el estudio del terreno por una comisión que el árbitro designará (art. 2do). Sesenta días después de producida la divergencia en los casos contemplados ambos gobiernos de común acuerdo, o cualesquiera de ellos separadamente, podría solicitar la intervención del árbitro (art. 4to).

Surge de esta relación de antecedentes que la delimitación de la frontera ya había sido efectuada, lo que es desconocido por los convenios de 1991, pues proponen una nueva traza de límite. Lo único que falta hacer es la demarcación en el terreno.¹

¹ En el mismo sentido ver la publicación de la Universidad del Museo Social Argentino, *Hielos Continental Patagónico*, que expone las deliberaciones de un simposio realizado en julio de 1996 y la Declaración de la Academia Nacional de Derecho del 5 de febrero de 1977, párr. 2.

En 1888 los gobiernos de Argentina y Chile firmaron una nueva convención, animados por un común deseo de dar ejecución a lo estatuido en el tratado celebrado por ambos el 23 de julio de 1881 a cuyo efecto adoptaron normas para la designación de los peritos y de cinco ayudantes para cada uno de ellos. Los peritos debían ejecutar en el terreno de la demarcación de las líneas indicadas en el artículo 1ro, 2do y 3ro de aquel tratado (art. 3). También se habló de la designación, en caso necesario, de un tercer perito, para resolver cualquier controversia que pudiera suscitarse, de acuerdo con el Tratado de 1881.

El 1º de enero se aprobaron instrucciones para los ayudantes que debían demarcar la línea divisoria en la Cordillera de los Andes, de las que sólo nos interesa citar la del artículo 6to: En las regiones donde, según lo previsto en la segunda parte del artículo 1º del Tratado de 1881 y 3º del Protocolo de 1893, no fuera clara la línea divisoria de las aguas por la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la cordillera, los comisionados ejecutarán las operaciones topográficas necesarias para obtener los datos que determinen la condición geográfica de la demarcación mencionada por el artículo 3º del Protocolo y consignarán esos datos en un plano que presentarán a las partes a los efectos del mismo artículo.

Es sabido que la puesta en práctica de la delimitación acordado en 1881 y confirmada en 1893 fue dificultada desde muy pronto por la diferente interpretación que dieron los peritos, y más tarde los respectivos gobiernos, a la norma básica delimitativa establecida por aquellos instrumentos, inclinándose la Argentina por acordar la primacía al factor orográfico es decir a la ubicación de las más altas cumbres y Chile al hidrográfico es decir a la ubicación de la divisoria de aguas. Esta divergencia se acentuó cuando varios años después el perito chileno agregó una condición no mencionada en ninguno de los tratados: la divisoria de aguas debía ser la continental, es decir, la que separa las grandes hoyas hidrográficas a lo largo de todo el flanco occidental del continente sudamericano, con exclusión de la divisoria local de aguas, que en muchos casos es divergente de la primera.

Esa cuestión no fue definitivamente resuelta por el arbitraje de 1902 ni por acuerdos posteriores entre las partes, y ha subsistido hasta el presente. En nuestra opinión esta cuestión es muy difícilmente elucidable y no seríamos honestos si afirmáramos que uno de esos criterios debe prevalecer, con certeza y exclusividad, sobre el otro. Lo que si no vacilamos

en sostener categóricamente es que la línea fronteriza debe correr por el encadenamiento principal de la Cordillera y que su determinación debe responder a lo que surge de la realidad geográfica comprobada. Esto resulta de modo indubitable, de los convenios firmados entre las partes y cuyos párrafos relevantes hemos tenido el cuidado de transcribir y subrayar en las partes pertinentes. Esto no excluye, absolutamente, que se puedan efectuar excepciones, libremente acordadas por las partes, basadas en argumentos razonables y equitativos, y que no impliquen concesiones injustificadas y contrarias el derecho, la historia y los altos y auténticos intereses nacionales.

Respecto a la prevalencia del Tratado de 1881 agregamos finalmente que el Tratado de Paz y Amistad de 1984 se firmó teniendo presente el Tratado de límites de 1881, fundamento incommovible de las relaciones entre la República Argentina y la República de Chile y sus instrumentos complementarios y declaratorios.

Debemos ocuparnos ahora de la labor de los peritos, iniciado en 1894 y concluida en 1898. Eran en ese momento peritos, el Sr. Francisco P. Moreno, por la Argentina y el Sr. Diego Barros Arana, por Chile.

A fines de agosto y comienzos de setiembre de este último año se reunieron en Santiago para presentar las líneas divisorias propuestas por cada uno de ellos, las que fueron confrontadas. De esta operación surgió que dichas líneas eran coincidentes en numerosos tramos y divergentes en algunos otros. Entre las concordancias corresponde recordar aquí la reconocida entre los puntos 331 y 332, de la propuesta del perito chileno y los puntos 304 y 305 del perito argentino (acta de la reunión de los peritos del 1° de octubre de 1898). Los peritos no trazaron un mapa común en el que se graficaran sus posiciones concordantes en ese trecho. Con posterioridad se reunieron en Santiago el Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la Argentina, Sr. Norberto Piñero y el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Sr. J. J. Latorre, para considerar las actas y antecedentes relativos a la demarcación de fronteras, elevados por los peritos, los que ampararon y sostuvieron en todas sus partes la línea general de frontera propuesta por sus respectivos peritos y constataron las concordancias y divergencias entre ellos. Entre las concordancias figura la ya señalada entre los puntos 331 y 332 del perito chileno y 304 y 305 del perito argentino, los que se refieren al tramo entre el cerro Fitz Roy y el monte Stokes.

Sin embargo, es fácil constatar que los accidentes geográficos men-

cionados por uno y otro perito en sus respectivas memorias no coinciden, más que en su punto extremo septentrional (el monte Fitz Roy), aunque esto probablemente se deba al uso de diferentes toponimicos. En el otro extremo, el perito chileno ubica el cerro Stokes, mientras que el perito Moreno dice que desde el Fitz Roy la línea seguirá por los cerros que se elevan en el centro del ventisquero del lago Viedma y las altas cumbres nevadas de la cordillera, hasta los cerros Geikie (51° 21' L.S.), esto último ya en el punto 306 de su informe. A nuestro criterio la línea adolece de imprecisión. Lo único innegable es que los puntos y trechos en que se basaría la línea limítrofe fueron aceptados, como formando parte de la línea divisoria en la Cordillera de los Andes; así consta expresamente en el acta del 1° de octubre de 1898. Por otro lado, en la reunión del 29 de agosto (ver acta de la reunión de esta fecha), luego de informarse de la línea de frontera propuesta por su colega chileno el perito Moreno manifestó que antes de resolver sobre los diversos puntos que aquélla abarca, considera(ba) indispensable que conste en las actas de estas conferencias, que ambos peritos declaran que los puntos de la línea general de frontera que van a proponer, discutir y resolver se encuentran situados en la Cordillera de los Andes, con lo que dan cumplimiento a lo dispuesto por el art. 1° del Tratado de 1881, por los art. 1° y 2° del tratado de 1893, por el art. 56 del capítulo *Operaciones Preliminares* de las *Instrucciones para la demarcación en la Cordillera de los Andes*, dadas por los peritos el 1° de enero de 1884 y por las bases 1°, 3° y 6° del acuerdo de 1896. Superada una disidencia circunstancial, el perito de Chile contestó, que no tiene inconveniente para declarar que el trazado de la línea general que ha propuesto está de acuerdo con lo dispuesto en los artículos de los tratados y acuerdos que ha citado el señor perito argentino. De modo que, en conclusión, es a esos instrumentos básicos a los que hay que remitirse para demarcar definitivamente la frontera.

El argumento aparentemente más serio que se esgrimió entre nosotros para desechar la idea de un eventual recurso al arbitraje para solucionar el actual diferendo argentino chileno sobre la demarcación del límite en la zona de los Hielos Continentales Patagónicos es la existencia de una definición de la traza fronteriza para ese trecho que sería menos ventajosa para nuestro país que la propuesta por la poligonal.

Quien lo ha utilizado con mayor énfasis es el Dr. Carlos Escudé, quien, en un artículo publicado en *La Nación* del 21 de agosto de 1992 (significativamente titulado *La conspiración de los suicidas: los suicidas se-*

rían los que se oponen a la ratificación del acuerdo Menem-Alwin de 1991), afirma: "En esa memoria (la presentada por el gobierno argentino al árbitro británico en 1902, se dice explícitamente que las cumbres por donde correría la línea en la zona de los hielos sería de los cerros Campana, Agassiz, Mayo, Hein y Stokes". "La combinación de esta memoria con la letra del Tratado de 1881 torna imposible un futuro arbitraje favorable a la Argentina". Ahora bien: la citada Memoria no incluye tal declaración explícita en parte alguna de su extenso texto (más de mil páginas).

Sin embargo, en otro lugar de la Memoria, al analizar las divergencias en la Cordillera de los Andes, se hace una referencia más comprensiva a los cerros de la región, incluyendo los denominados Campana, Agassiz, Mayo, Hein y Stokes, es decir, todos los indicados por Escudé y en el mismo orden. Pero allí no se dice que ellos están en la línea limítrofe, sino que, después de haber señalado que el cerro Stokes no está en realidad en el filo superior de la Cordillera y no es tampoco, uno de sus picos más elevados, dado que ella encierra grandes alturas, se mencionan los cerros antedichos consignando sus respectivas alturas (entre 2.450 y 3.170 mts.). La interpretación de que, precisamente por sus grandes alturas, ellos se encuentran en la línea limítrofe, no es, sin duda, arbitraria, pero no deja de ser una interpretación, y esta está sujeta al principio básico de que dicha línea debe ser la de las más altas cumbres que dividen las aguas y están situadas en el encadenamiento principal de la Cordillera. Esta es una cuestión de hecho que debe ser comprobada o resuelta mediante los estudios necesarios en el terreno, los cuales no habían sido debidamente realizados en aquellas fechas y no han sido completados todavía.

Más adelante, en un capítulo dedicado al análisis de las divergencias en la Cordillera de los Andes (capítulo XXV), se consideran sucesivamente las 100 secciones en que esta fue dividida a los efectos de la demarcación (o del estudio). Las secciones 91, 92 y 93 son las que abarcan el trecho entre el cerro Fitz Roy y el cerro Stokes. Al tratar de la sección 91 (la del paralelo 49° 30') se menciona el cerro Fitz Roy y se expresa que en esta sección las dos líneas coinciden en parte (desde dicho cerro hacia el sur). Con respecto a las secciones 92 (correspondiente al paralelo 50° L.S.) y 93 (paralelo 50° 36'), se dice que ambas líneas (la del perito argentino y la del chileno) coinciden, si bien no han sido estudiadas las más elevadas montañas. Es muy probable que el divorcio mencionado en los convenios (los de 1881, 1893, etc.) ocurra en la línea de la más al-

tas cumbres a que el cerro Agassiz parece pertenecer (pág. 909). Las palabras y frases que hemos puesto en cursivas son muy significativas pues quitan todo carácter conclusivo (definitivo) al párrafo que los contiene. Por otra parte se menciona al cerro Agassiz solamente y no a los demás indicados por el Dr. Escudé.

Las explicaciones que da la Memoria con respecto a las secciones 91, 92 y 93 de la frontera (como las referentes a otras secciones) son acompañadas de ilustraciones gráficas secciones transversales. En la correspondiente a la sección 92 se indica al cerro Agassiz como formando parte de las líneas coincidente de ambos peritos. En la sección transversal correspondiente a la sección 93 se señala al cerro Mayo ubicándolo en la Cordillera de los Andes. El cerro Stokes no es mencionado, pero ha sido reconocido en otras partes de la Memoria como el extremo sur del trecho en cuestión. En cambio los cerros Campana y Hein mencionados por Escudé no se citan en parte alguna de este capítulo. Por otra parte ninguno de esos cerros, con la sola excepción del Stokes, son mencionados en las líneas limítrofes propuestas por uno y otro perito (ver *supra*) aunque esto podría deberse al empleo de diferentes toponimias.

Es necesario consignar que en este capítulo se hacen referencias a los mapas que acompañan esta Memoria. Los correspondientes a la traza de la frontera en las secciones a que acabamos de referirnos y a su prolongación hasta el paralelo 52° son los números X y XI sobre todo el XI. Lamentablemente estos mapas no han sido incluidos en la publicación del gobierno argentino que nos sirve de fuente, en la que, por otra parte se señala, con respecto a los mapas de la región del sur, que por falta de tiempo no se acompaña a esta memoria un mapa de la parte de la cordillera donde coinciden las dos líneas (pág. 1.009). Tampoco nos ha sido posible hallar ese material cartográfico en otras fuentes o reservorios de documentación. Esto se suple, sólo parcialmente, con los textos de la Memoria en que se describen las secciones de la frontera, acompañando las descripciones verbales con representaciones gráficas (secciones transversales) de otros tantos puntos de la cordillera (100), a lo cual nos hemos referido interiormente.

La Memoria dedica su último capítulo (XXIX) a exponer observaciones sobre los mapas que lo acompañan. Con respecto al N° X hay que destacar que él abarca sólo una pequeña parte de la zona en cuestión (sólo los primeros 14 minutos de longitud); por lo demás se expresa que todos los accidentes por donde el perito argentino traza su línea reúnen

los recaudos requeridos para la frontera. No sucede lo mismo con los indicados por el perito chileno y en cuanto a los números 322 a 330 de su proyecto puede decirse que no responden a ninguno de esos recaudos (pág. 1019). En realidad es el mapa XI el que verdaderamente podría contribuir a la elucidación del problema que nos ocupa; la parte relativa a este último mapa comienza expresando que él comprende la región patagónica entre los 49° 30' y 52° 20' lat. S. Muestra que las líneas concuerdan desde la latitud del cerro Fitz Roy hasta la del cerro Stokes, porque parecen coincidir en este trecho al divorcio interoceánico y el encadenamiento principal de los Andes (pág. 1.020). Y agrega: "Enormes ventisqueros impiden franquear la cordillera y no pueden producirse en el futuro dificultades fronterizas en esa parte" (ib). Tales dificultades no se produjeron efectivamente, durante más de medio siglo, pero han surgido en las últimas décadas y subsisten en el presente. No hay referencias que ilustren sobre el recorrido de la traza fronteriza en ese trecho.

El profesor Peltzer, en un artículo escrito *En defensa de la poligonal* (*La Nación* del 19 de diciembre de 1996) no menciona la presunta manifestación explícita a que se refiere Escudé. En cambio se refiere a un mapa presentado por la Argentina en la Réplica a la memoria chilena al tribunal arbitral. Ese mapa señala la dos líneas pretendidas por las partes entre los paralelos 41° y 52°. Ambas líneas se hacen una sola en la región de los Hielos, pero esta se acerca más a la pretensión chilena que a la poligonal. Y agrega: si se fuera a un arbitraje en el fallo podría pesar el mapa mencionado, no obstante el relativo valor de los mapas hechos cuando eran desconocidos los territorios representados. La poligonal es un menoscabo respecto de los últimos mapas hechos por la Argentina, pero implica una mejora respecto de los mapas argentinos en los que se registró lo que en 1902 el gobierno de Buenos Aires consideraba la línea resultante del acuerdo de los peritos de 1898.

En realidad no es sólo en el supuesto señalado por el profesor Peltzer que la prueba cartográfica tiene únicamente un valor relativo. Como dice el embajador Julio Barboza, la prueba cartográfica no se considera decisiva en el procedimiento internacional, a menos que sea un mapa anexo al tratado internacional, lo que no es del caso, y aún así no hay una regla general que haga predominar un mapa sobre el texto del tratado"².

² *Los Hielos Continentales Patagónicos*, en *La Nación* del 24 de agosto de 1992. El embajador Barboza es miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la Naciones Unidas.

Pero hay sobre este tema, además, una opinión de mucha mayor autoridad e importancia. Esta es la de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), que en su sentencia del 22 de diciembre de 1986, en el caso concerniente a la disputa fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali, adoptada unánimemente por la cámara (sala) constituida de conformidad con el artículo 26, inciso 2 del Estatuto de la Corte y con el alcance que le da el artículo 27 del mismo instrumento, declaró: "La Cámara observa que en las delimitaciones de frontera, los mapas constituyen meramente información y nunca constituyen, títulos territoriales sólo por sí mismos (*in themselves alone*). Ellos son sólo evidencias extrínsecas que pueden ser utilizadas junto con otras evidencias para establecer los hechos reales. Su valor depende de su confiabilidad técnica y su neutralidad en relación con la disputa y las partes en esa disputa; ellas no pueden ocasionar ninguna reversión de la regla de fondo" (párr. 2do de la versión incluida en *Summaries of Judgements and Orders of the C.I.J.*; 1948-1991 (Naciones Unidas, Nueva York, 1992, pág. 174).³ La confiabilidad técnica de los mapas de 1902, trazados sin relevamiento previo de la zona es, sin duda, mínima o inexistente.

A nuestro juicio estas apreciaciones sobre la prueba cartográfica, y muy particularmente la jurisprudencia de la C.I.J., así como otros argumentos jurídicos que expondremos más adelante, no pueden ser desconocidos por los asesores del gobierno de Chile y esto explicaría porque ese gobierno o algunos de sus miembros y otros personajes próximos a él luego de haber aludido varias veces a las actas de los peritos e insinuado la posibilidad de recurrir al arbitraje, han dejado de referirse a aquéllas y a este y se han volcado decididamente en favor del acuerdo Menem-Alwin. Esta es la posición del Poder Ejecutivo chileno, que cuenta

³ En la opinión separada de uno de los jueces *ad hoc*, este consideró que un cierto aspecto de la decisión de la Cámara daba a un determinado mapa el *status* de un título legal, aunque de acuerdo con el propio fallo *los mapas en sí mismos nunca son suficientes para constituir un título tal, (ib)*. (Las cursivas son nuestras, en esta cita y en las precedentes y posteriores). Integraban la cámara, con otros tres miembros, el Dr. José María Roda y el eminente jurista norteamericano Manfred Lachs. Es también pertinente citar la opinión de Sir G. Fitzmaurice quien, en la opinión separada emitida en el caso del templo de Preah Vihear (C.I.J., 1962), afirmó: "Una cuestión como esta *dependerá siempre de la interpretación del arreglo reflejado en el tratado, considerado en su totalidad, a la luz de las circunstancias en las que aquél se obtuvo*". La cuestión aludida por el juez Fitzmaurice, era la del valor probatorio de un mapa que representaba el recorrido de la frontera entre los dos países litigantes, Tailandia y Camboya.

con la firme adhesión de la Cámara de Diputados, no así del Senado donde hay un considerable gravitación del *pinochetismo*.⁴

Para estimar el valor que podría darse o no, a los mapas presentados por la Argentina en 1902, es necesario tener en cuenta dos aspectos importantes:

I. Los conocimientos geográficos sobre la región de la H.C.P. y, en general, sobre la región fronteriza al sur del paralelo 40°, en el período en que se produjo el acuerdo entre los peritos y la substanciación del juicio arbitral (1898-1902). En lo que atañe al trecho desde el cerro Fitz Roy hasta el Stokes, la Memoria argentina de 1902 expresa que las líneas (del punto argentino y el chileno) aparentemente coinciden. Y aclara: "Se dice" aparentemente porque no es difícil que en la parte de esta sección de la cordillera, cubierta de ventisqueros, como los Alpes de San Elías en Alaska, se encuentren ríos subglaciares que llevan a los canales del Pacífico aguas de la vertiente oriental de la cordillera. Los ventisqueros llegan hasta el nivel de los lagos y es imposible determinar los orígenes de los arroyos a que dan nacimiento. Son hasta hoy desconocidos los del río Trinidad, descubierto en 1898 por la expedición del aviso argentino *Golondrina* (pág. 107). Con respecto a la región comprendida en el mapa X, el perito chileno manifestó que la ubicación geográfica de la línea divisoria en la cordillera es completamente desconocida, como lo declaró a su gobierno en 1898. El Dr. Moreno, sobreestimado su conocimiento geográfico de la región, afirmó que él tenía los suficientes. El Sr. Barros Arana creía que no es posible trazar en un mapa, siquiera aproximadamente, la línea divisoria, a pesar de la cual sostuvo que la línea que proponía estaba de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados de límite (Memoria del gobierno argentino de 1902, pág. 1.017).

La admisión de que no se tenía un conocimiento adecuado de la zona fronteriza se revela también por el hecho de que ambas partes, al someter al árbitro británico las divergencias que pudieran ocurrir al fijar los hitos divisorios en la cordillera de los Andes al sur del paralelo 26°, 52' y 43", acordaron que el árbitro encargado de aplicar estrictamente en tales casos, las disposiciones del Tratado y Protocolo mencionados (los de 1881-1893), debía hacerlo previo el estudio en el terreno

⁴ El 12 de marzo de este año, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado Chileno aprobó la ratificación del acuerdo sobre los H.C.P. El Senador Ignacio Pérez Walker, del partido Renovador Nacional, justificó su voto diciendo que la poligonal es beneficiosa para Chile. Nota del correspondal de La Nación en ese país, Federico Quilodrán, del 13 de marzo de 1997.

por una comisión que el árbitro designará (acuerdo de 1896).

En 1902 el Coronel Sir Thomas Holdich sugirió al Foreign Office la conveniencia de enviar una comisión a la región en disputa para que el Gobierno de S.M.B. pueda arbitrar eficientemente en la disputa fronteriza entre Chile y Argentina; creía dicho Coronel (representante del sector geográfico en el Tribunal Arbitral) que el hecho de un examen *in situ*, daría mucha más confianza en el fallo final del Tribunal. La Comisión de Encuesta integrada por cinco oficiales del ejército británico y dirigida por el Coronel Holdich debía examinar las condiciones geográficas de la zona en disputa. El reconocimiento por la Comisión, acompañada por el asesor científico de Chile, Dr. Hans Steffen y el perito Moreno, se efectuó durante aproximadamente cuatro meses. Su trabajo, obstaculizado a veces por la naturaleza del terreno, la falta de caminos y las condiciones climáticas, fue amplio y valioso aunque no perfecto. Por lo demás no incluyó la región ahora en disputa pues la línea fronteriza había sido acordada por los peritos en 1898.⁵ Un relevamiento más exacto y extenso no se hizo hasta 1945, por técnicos norteamericanos, mediante la aerofotometría.

II. Por lo demás, en cuanto a la incidencia que debían tener los mapas de la época en la demarcación de la frontera, hay que recordar la declaración del perito chileno, en la reunión del 29 de agosto de 1898. En esa ocasión el señor Barros Arana manifestó que la ubicación topográfica de la línea propuesta (por él) es enteramente independiente de la exactitud de los planos y que, en esta virtud, declara que dicha línea no es otra que la divisoria natural y efectiva de las aguas del continente sudamericano, entre los paralelos 26° 52'45" y 52°, la que puede ser demarcada en el terreno sin efectuar más operaciones topográficas que las necesarias para determinar cual sería el curso de las aguas allí donde estas no corren materialmente (Acta de la reunión mencionada). Por cierto que el perito chileno se atiene al criterio tenazmente sustentado por él de que el límite entre los dos países debía ser el del *divortium aquarum* continental y no el de las más altas cumbre de la cordillera que dividen las aguas, defendido, con no menor tenacidad, por la Argentina.

Importa, además, recordar, que tanto los peritos de nuestro país y el

⁵ En el estudio del autor chileno Germán Carrera Domínguez *El arbitraje británico de 1899-1903. Sus aspectos procesales*, se incluye una interesante relación del origen y labor de la comisión de encuesta británica, capítulo VIII, pág. 175-193. Publicado junto con un estudio de O. Errázuriz Guillisastí sobre *Las Relaciones chileno-argentina durante la presidencia de Riesco 1901-906*, ed. Andrés Bello (Santiago de Chile, 1968)

transandino, como el mismo arbitro británico, al efectuar la demarcación de la frontera debían aplicar estrictamente el Tratado de 1881 y el Protocolo de 1893. Ya sabemos los que éstos prescriben taxativamente. Sabemos también que el principio básico consagrado en esos instrumentos, fue reiterado o confirmado en otras ocasiones y documentos bilaterales. El perito argentino, en la reunión recién citada, luego de la exposición de su par chileno, declaró que considera(ba) indispensable que conste en las actas de estas conferencias que ambos peritos declaran que los puntos de la línea general de la frontera que van a proponer, discutir y resolver, se encuentran situados en la Cordillera de los Andes, con lo que dan cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1º del Tratado de 1881, por los artículos 1º, 2º del Protocolo de 1893, por el artículo 5º del capítulo *Operaciones Preliminares de las Instrucciones para la demarcación en la Cordillera de los Andes*, dadas por los peritos el 1º de enero de 1894 y por las bases 1º, 3º y 6º del Acuerdo de 1896; y en cuanto al límite en el paralelo 52º, por el artículo 2 del Tratado de 1881, artículo 2 del Protocolo de 1893 y bases 3 y 6 del Acuerdo de 1896. El perito chileno, luego de plantear y abandonar ciertas exigencias, manifestó que no tiene inconveniente para declarar que el trazado de la línea general que ha propuesto está de acuerdo con lo dispuesto en los artículos de los tratados y acuerdo(s) que ha citado el señor perito argentino, lo cual implicaba renunciar a la pretensión de que la línea limitrofe fuera siempre la del *divortium aquarum* continental, aún cuando este estuviera fuera del encadenamiento principal de los Andes.

El valor decisivo de los antecedentes a que acabamos de referirnos sólo podría ser infundadamente cuestionado por Chile alegando la existencia de un reconocimiento por la Argentina de una línea fronteriza distinta de la acordada por los peritos, y de un abandono del principio rector convencionalmente aceptado para la determinación de la frontera entre los dos países. Indiscutiblemente no existe ningún convenio por el cual tal reconocimiento o renuncia haya sido hecho. Sólo cabría, teóricamente, apoyarse en un acto jurídico unilateral de nuestro país que tuviera tal alcance. Tal acto podría ser hipotéticamente, según la rotunda afirmación de Escudé y la mucho más prudente de Peltzer, el párrafo arriba citado de la memoria argentina en 1902 y/o los mapas X y XI anexos a los mismos.

Pero la validez de tal acto en cuanto jurídico unilateral es insostenible, por las siguientes razones: a) el párrafo aludido del documento men-

cionado no tiene, en modo alguno, carácter prescriptivo; su objeto no fue establecer una disposición (lo que hubiera sido completamente impropio de un documento de esa naturaleza), sino sólo proporcionar al árbitro nuevos argumentos o datos adicionales que pudieran ser útiles para el cumplimiento de su misión (en lo cual aquél estaba condicionado por los términos de los convenios del 1881 y 1883); no pretendía, de ninguna manera, modificar el orden jurídico existente que se basaba, precisamente, en esos instrumentos sino favorecer la aplicación de éstos de acuerdo con la interpretación que les da nuestro país; tampoco se encuentra indicio de que el Gobierno Argentino haya tenido la intención de obligarse por los términos de las declaraciones contenidas en la Memoria. Para fundar las obligaciones nuestro gobierno se remite siempre a los convenios vigentes entre las partes.

La manifestación de voluntad debe ser hecha en términos precisos. Esto fue reconocido por la C.I.J. en sus fallos en los casos de las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda por las pruebas nucleares efectuadas por Francia en el Pacífico (1974) y, más recientemente, por el fallo dictado en el caso de las disputas fronterizas entre los Estados africanos Burkina Faso (ex Uper Volta) y República de Malí (1986); al que nos hemos referido anteriormente.

En definitiva, ni el acuerdo de los peritos, ni la Memoria argentina constituyen un elemento de prueba decisivo ni pueden prevalecer sobre los compromisos solemnes y reiteradamente contraídos por las partes en los convenios vinculantes que hemos mencionado más arriba.

Agreguemos todavía que en el supuesto de un eventual recurso al arbitraje y de una alegación chilena basada en el acta de los peritos o en la Memoria Argentina de 1902 y sus mapas anexos, nuestro país podría invocar la existencia de un error de hecho argumento al que nos referimos más adelante.

Volveremos a ocuparnos del problema de los posibles recursos oponibles a la Argentina en un hipotético proceso arbitral, más adelante, al referirnos a la teoría del *estoppel* y otros recursos procesales.

Ahora vamos a completar nuestra revisión de los actos principales que se inscriben dentro del marco de la historia de los actos jurídicos que tuvieron a ambas partes como actores. Y empezaremos añadiendo algunas referencias a las ya hechas sobre el proceso arbitral de 1899-1902. En 1896 Argentina y Chile decidieron someter a S.M.B., las cuestiones suscitadas en el trazamiento de la frontera común que no habían podido re-

solver entre ellos. Formularon la correspondiente petición a ese gobierno y le presentaron toda la documentación pertinente (tratados y acuerdos bilaterales, actos de los peritos, etc.). La Reina aceptó la delicada misión y designó un tribunal de tres personalidades destacadas de los medios británicos (uno especializado en derecho y los restantes en geografía), cuya actuación comenzó en 1899. En 1901 una Comisión técnica, encabezada por el Coronel Sir F.H. Holdich, accediendo al deseo manifestado por los litigantes, se trasladó a Sudamérica y durante varios meses recorrió los territorios disputados.

En noviembre de 1902 el tribunal arbitral elevó su informe al rey (Eduardo VII, sucesor de la reina Victoria) y el monarca dictó el laudo el 20 de noviembre de 1902. Corresponde indicar que se considera que el laudo está constituido por tres instrumentos: a) el laudo propiamente dicho donde se decide cual será el límite en cada una de las cuatro regiones sometidas a su juicio por las partes; sin considerandos ni fundamentos; b) el informe del tribunal arbitral y c) un mapa anexo. Esto ha sido reconocido por el tribunal arbitral que actuó en el caso de la Laguna del Desierto.

No interesa aquí examinar ni evaluar el laudo arbitral. Si, en cambio, conviene recordar que el citado informe, después de mencionar las dificultades que se encontraban para trazar la línea fronteriza en ciertos trechos, dijo: "En suma las líneas orográfica e hidrográfica son frecuentemente inconciliables; ninguna de ella se conforma plenamente con el espíritu de los convenios que estamos llamados a interpretar. La investigación llevada a cabo por nuestra comisión técnica ha puesto en claro que los términos del tratado y protocolo son inaplicables a las condiciones geográficas de la comarca a que ellos se refieren. Estamos unánimemente de acuerdo en considerar la redacción de los convenios como ambigua y como susceptible de las interpretaciones diversas y antagónicas que les han atribuido los representantes de las dos Repúblicas" (párr.15).

En presencia de estas contenciones divergentes, después de la más cuidadosa consideración, hemos llegado a la conclusión de que la cuestión que nos está sometida no es simplemente las de decidir cuál de las dos líneas alternativas es correcta o errónea, sino más bien la de determinar -dentro de los límites definidos por las pretensiones extremas de ambas partes- la línea fronteriza precisa que, en nuestra opinión, interpreta mejor la intención de los documentos diplomáticos sometidos a nuestra consideración (párr. 16).

Queremos subrayar que el tribunal no prescindió de los tratados de

1881, 1893, etc., sino que considerándolos literalmente inaplicables optó por interpretar la intención de las partes al suscribirlos y basarse en ella, dentro de los límites que señala. El rey británico aceptó las opiniones y recomendaciones del tribunal y de conformidad con ellas, señaló el límite para cada una de las cuatro regiones sobre la que debía pronunciarse. Con respecto al trecho desde el monte Fitz Roy hasta el monte Stokes sólo dijo: "La línea fronteriza ha sido ya determinada" (art. III, *in fine*), en obvia referencia al acuerdo entre los peritos homologado por sus respectivos gobiernos. Además este sector no había sido sometido al árbitro, si este se hubiera pronunciado sobre aquél habría actuado *ultra vires* y tal pronunciamiento había sido nulo.

Por las razones expuestas en el párrafo anterior señalamos (aunque parece innecesario) que si se sometiera la cuestión del límite en los H.C.P. a un juicio arbitral, no debería prescribirse (como se hizo en los arbitrajes de 1966 y 1994) que el árbitro decidirá interpretando y aplicando el laudo de 1902. En este nuevo caso, el árbitro debería decidir aplicando las convenciones internacionales generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes -ante todo los tratados de 1881 y 1893- y demás fuentes indicadas por el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.

El laudo de 1902 recibió amplia aceptación de ambas partes, contribuyó grandemente a consolidar la paz y el buen entendimiento entre Argentina y Chile ya logrados con las pactos de Mayo de 1902, firmados el día 28 de ese mes y prontamente ratificados. Uno de esos pactos es el Tratado General de Arbitraje, por el cual las altas partes contratantes se obligan a someter a juicio arbitral todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgieran entre ellas, en cuanto no afecten a los preceptos de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionados mediante negociaciones directas (art. 1ro). Se designó como árbitro al gobierno de S.M.B. (el que en ciertos casos podía ser substituido por el gobierno de la Confederación Suiza). El árbitro debía decidir de acuerdo con los principios de Derecho Internacional, a menos que las partes convinieran otra cosa (art. VIII). El tratado estaría en vigencia durante 10 años y se tendría por renovado por un plazo igual si no fuera denunciado seis meses antes de su vencimiento, y así sucesivamente (art. XV).⁶

⁶ El Tratado general de arbitraje de 1902 estuvo en vigencia durante setenta años. En mar

La tarea demarcatoria fue realizada en buena parte por una comisión demarcadora británica, prevista por el laudo en virtud del pedido de los países litigantes al árbitro, para que esa comisión fijara en el terreno las deslindes que ordenase la sentencia, teniendo en cuenta la existencia de zonas no debidamente exploradas y la insuficiencia de la cartografía disponible. Pero la demarcación no fue completa y continuó realizándose, a un ritmo muy lento, en las cuatro décadas siguientes. En abril de 1941, los gobiernos de Argentina y Chile firmaron en Buenos Aires un protocolo para la reposición de hitos desaparecidos, la colocación de nuevos en aquellos tramos donde fueran necesarios y la determinación de las coordenadas geográficas exactas en todos ellos. La labor debía estar a cargo de una Comisión Mixta formada por técnicos designados por los dos países y se estatuyó que esta no podría suspender los trabajos antes de terminarlos completamente. Sólo podrá hacerlo temporalmente por causas de fuerza mayor (art. 7mo). Es de suponer que a partir de entonces la demarcación se aceleró. Sin embargo, en 1991, quedaban todavía 24 puntos de la frontera sin demarcar. Veinte de ellos fueron resueltos por acuerdo directo entre las partes, (representadas por los presidentes Menem y Alwin y los respectivos cancilleres), uno fue sometido al arbitraje (el de la Laguna del Desierto) y para el restante se optó por el trazado, sin previos estudios y el asesoramiento legal y técnico indispensables, de la discutida poligonal, que no obtuvo la imprescindible ratificación parlamentaria en ninguno de los países y en torno de la cual continúa aún el debate.

Entre 1962 y el presente ha habido tres serias cuestiones de límites entre Argentina y Chile. La de Río Encuentro (o Palena), que se sometió a arbitraje en 1966; la más grave de todas, es decir la del canal de Beagle, a la que no hemos hecho referencia hasta ahora, por tratarse de una región geográfica distinta y estar sometida a reglas especiales, aunque también incluidas en los convenios de 1881 y 1893 (desgraciadamente

zo de 1972 fue denunciado por el gobierno argentino quien inmediatamente propuso a Chile la concertación de un nuevo Tratado sobre solución de controversias, cuya innovación más importante consistía en disponer que las futuras controversias se someterían, no al arbitraje de S.M.B., sino a la Corte Internacional de Justicia. El tratado de 1972 fue, a su vez reemplazado por el Tratado de paz y Amistad de 1984, en cuyo anexo n° 1, capítulo II se instituye un procedimiento arbitral, según el cual la solución de controversias estará a cargo de un tribunal arbitral que, salvo acuerdo en contrario, se compondrá de cinco miembros, tres de los cuales deben ser elegidos de común acuerdo entre naciones de terceros Estados; cada una de las partes nombrará un miembro que podrá ser nacional suyo. El tribunal arbitral decidirá conforme al Derecho Internacional, a menos que las partes dispongan otra cosa.

formuladas de modo defectuoso e incompleto). Esta cuestión, como nadie sin duda ha olvidado, fue igualmente sometida a un procedimiento arbitral (si bien de características singulares), el que terminó con un fallo que el gobierno argentino declaró nulo⁷, por lo que hubo de recurrirse a nuevas negociaciones y a la mediación del Papa Juan Pablo II, todo lo cual terminó felizmente (aunque con resultados muy insatisfactorios para nuestro país, en cuanto a los arreglos territoriales) con la firma del Tratado de Paz y Amistad, en el Vaticano, el 29 de noviembre de 1984.

Situándonos de nuevo ahora frente a la posibilidad de un eventual recurso al arbitraje por parte de Chile (lo cual podría hacerlo unilateralmente en virtud del artículo 23, del capítulo II, del anexo n°1 del Tratado de 1984, aunque ello nos parece sumamente improbable) consideremos las acciones que, en tal supuesto y teóricamente, el gobierno chileno podría interponer para debilitar nuestra posición.

Los *defensores de la poligonal* sostienen implícitamente que existe una representación argentina⁸ diferente del estado de cosas (es decir, de las bases para trazar la frontera en el trecho entre Fitz Roy y en cerro de Stokes) de la que sostuvo en 1902. En consecuencia, Chile estaría capacitado para oponerse a la traza fronteriza ahora sostenida (o sustentable) por la Argentina en virtud de la teoría del *estoppel*. No podemos hacer aquí una exposición integral de esa teoría⁹, de modo que nos limitaremos a señalar sus aspectos más relevantes a fin de establecer su aplicabilidad, o no aplicabilidad, en el aludido hipotético procedimiento arbitral en el caso de los H.C.P.

Comencemos citando una autorizada definición de esa teoría: "Cuan-

⁷ Juzgamos apresurada y errónea la decisión del gobierno argentino. Ella sentó un mal precedente y contribuyó a agravar el desprestigio que entonces afectaba a nuestro país. Creemos que, sin aprobar el cuestionable fallo, debió intentar nuevas negociaciones con Chile (que indudablemente habrían sido arduas y difíciles), con la mediación pontificia. Es indudable que para lograr un acuerdo la Argentina habría tenido que hacer concesiones a Chile grandes y dolorosas, pero probablemente no mayores que las que en definitivo hizo en 1984.

⁸ La palabra *representación* ha sido, sin duda, tomada de la jurisprudencia y doctrina inglesas sobre dicha teoría. Es pertinente recordar que en inglés *representation*, significa, entre estas cosas, una declaración o exposición hecha para influir en la opinión o acción; o también el acto o acción de describir algo como teniendo en especial carácter o cualidad. *Memiam Webster's Collegiate Dictionary*, 10ma. Ed. (USA 1994), pág. 993.

⁹ Tal exposición puede verse en el amplio metódico y exhaustivo estudio realizado por Antoine Martin de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra, publicada con el título *L'estoppel en Droit International Public*, ed. A. Pedone (París, 1979), 336 páginas, con muy abundantes citas de la jurisprudencia y la bibliografía sobre el tema.

do una persona por medio de sus declaraciones, sus actos y su comportamiento, ha conducido a la otra parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas sobre cuya base la primera ha incitado a la segunda a obrar o abstenerse de obrar, de tal suerte que de ello ha resultado de una modificación de sus posiciones (en perjuicio de esta última o en beneficio de la primera, o las dos cosas a la vez), la primera está impedida por el *estoppel* de establecer respecto (o en contra) de la segunda un estado de cosas diferente del que ella ha representado anteriormente como existente".¹⁰

El *estoppel by representation* en el derecho inglés no opera sino cuando se satisfacen ciertas condiciones esenciales, y en los litigios internacionales, jueces y árbitros se han referido frecuentemente a esas condiciones, o a algunas de ellas, a fin de establecer o constatar la existencia de una situación de *estoppel*. Lo mismo han hecho diversos autores. Para Martín los elementos constitutivos del *estoppel* en derecho internacional son:

1) la representación de las cosas por la parte contra la cual se pretende la aplicación del *estoppel* debe emanar de un órgano capacitado para comprometer a la persona de Derecho Internacional que representa y dicha representación debe ser clara e inequívoca;

La teoría del *estoppel* es originaria del *Common Law* inglés; fue receptada por el Derecho Internacional Público desde el siglo XIX, pero se consagró sobre todo en el siguiente, principalmente por los fallos de la C.P.J.I. y la C.I.J., con la valiosa contribución de numerosos y prestigiosos jurinternacionalistas. La concepción prevaleciente en Derecho Internacional es la del *estoppel by representation* del derecho anglosajón estrictamente interpretado y constituye una regla de procedimiento referente a la administración de las pruebas. No es sino un simple medio de defensa (excepción de no receptibilidad) encaminado a impedir la prueba de ciertos hechos, y, como consecuencia, a sancionar la validez de una situación jurídica; el *estoppel*, no puede, en ningún caso, constituir el fundamento mismo de una acción en justicia (Martín, página 16). La existencia del principio *estoppel* en Derecho Internacional ha sido reconocido por los tribunales internacionales en numerosos casos, aunque sólo en muy pocos se ha admitido la aplicabilidad de la *objección* resultante de dicho principio.

¹⁰ Esta extensa definición pertenece a A. Martín, *op.cit.*, pág. 270. Ella coincide substancialmente con las Barberís *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco (Buenos Aires 1994), páginas 141 y 142, Akehurst M. *Modern Introduction to International Law*; 6ta. ed. Routledge (Londres 1993), pág. 150 y 151 y otras. José María Ruda, (*op.cit.*, pág. Tomo 1, pág. 102), adhiere a la definición de Akehurst. Sin embargo, debe observarse que hay bastantes divergencias entre los autores en cuanto a los alcances y admisibilidad de esta excepción, tanto en derecho interno como internacional. Brownlie I. señala que el principio no tiene particular relevancia en Derecho Internacional, no siendo uniformes su incidencia y efectos *Principles of Public International Law*, 4ta. ed., Clarendon Press (Oxford, 1990), pág. 641. En Derecho Internacional el recurso ha sido *alegado* principalmente en litigios sobre cuestiones territoriales.

2) la parte que recurre al *estoppel* tiene que probar que la declaración, el acto o el comportamiento que ella invoca la ha incitado a obrar, o abstenerse de obrar de la manera que ella alega y que ella efectivamente ha obrado, o se ha abstenido de obrar, por la confianza (*reliance*) en esa declaración, ese acto o ese comportamiento (es decir, por haber confiado en la autenticidad y corrección de esas manifestaciones de voluntad, explícitas o implícitas, de la otra parte);

3) otra condición (la esencial para algunos internacionalistas), es que la parte que invoca la regla del *estoppel*, estrictamente entendida, se ha basado (*has relied upon*) en la declaración o conducta de la otra parte, lo cual ha ocasionado un perjuicio para ella o un beneficio para la otra. Esto significa que dichas declaraciones o conductas han ocasionado un cambio en las posiciones relativas de las dos partes, empeorando la de una de ellas, o mejorando la de la otra, o ambas cosas. Martín opina que un examen profundo de la jurisprudencia internacional permite comprobar la justeza de la opinión transcrita.¹¹ Sobre cuáles son la naturaleza y los caracteres de la ventaja o el beneficio no se puede hacer un pronunciamiento concluyente fundado en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Sólo una ventaja de orden material, es decir, analizable en términos económicos, ha sido tomada en consideración a título de *estoppel*. En opinión del autor citado no se ve porque un daño o ventaja de orden puramente moral no podría ser tomado en consideración a los fines de la determinación de una situación de *estoppel* en derecho de *gentes*.¹² Y más adelante: "La parte que recurre al *estoppel* debe establecer la relación de causa a efecto existente entre esos diferentes elementos. Ella debe probar, por una parte, que habiendo sido incitada a obrar de la manera que elle alega, por la fe en la declaración, el acto o del comportamiento de su adversario que ella invoca a ese título, ha resultado de

¹¹ Martín A. *op.cit.*, pág. 297. Como hemos dicho, la obra de ese autor fue publicada en 1979. No parece que la jurisprudencia internacional haya experimentado ningún cambio a este respecto. En cuanto al fundamento jurídico a la teoría de *estoppel*, hay por lo menos 3 concepciones: 1) el principio de la buena fe; 2) la teoría de la responsabilidad internacional; 3) la teoría del acuerdo implícito. Ver Martín, *op.cit.*, 3ra. parte, capítulo 3.

¹² *Ídem*, pág. 198. Akehurst expresa que transportado al contexto de las disputas internacionales sobre territorio, la regla significaría que un Estado que ha reconocido el título de otro Estado a un determinado territorio estaría *estopped* de denegar el título del otro Estado si este hubiera tomado alguna acción confiando en el reconocimiento del otro, por ejemplo construyendo caminos, lo que habría sido malgastar su dinero si su titularidad resultare defectuosa (*to turn out to the bad*), pág. 151.

ello, una modificación de sus posiciones relativas, y por otra parte, que existe un lazo de causalidad entre esta modificación de sus posiciones relativas y su propio perjuicio y la ventaja lograda por su adversario".¹³

4) Un recurso al *estoppel* sólo es admisible si la parte que ha dado a su adversario una cierta representación de las cosas modifica a esta ulteriormente, formulado una representación diferente de los mismos hechos, intentando establecer una verdad distinta. Esta nueva representación debe igualmente emanar de una autoridad competente y referirse exactamente a los mismos hechos que la representación inicial, (tales como ellos existían en el momento en que esta fue emitida).¹⁴ Esta contradicción debe ser real y completa, según algunos autores; otros admiten que puede ser parcial, siempre que ella contradiga, desvalorice o modifique un punto que se puede considerar razonablemente como esencial a los fines de la existencia de una situación del *estoppel*.¹⁵ Teniendo en cuenta las condiciones necesarias para la admisibilidad del *estoppel*, resulta imposible creer que tal recurso pueda ser eficazmente utilizado contra nuestro país en un juicio arbitral, basándose en la Memoria argentina de 1902. En efecto: en esta se encuentran sólo algunos párrafos aislados, cuyo alcance es imposible determinar con seguridad; ellos distan mucho de constituir una representación clara e inequívoca, como lo exigen la jurisprudencia y la doctrina.

No resultará más fácil para Chile probar que ha sido incitado a obrar o abstenerse de obrar por la confianza en la presunta declaración argentina y menos aún que de esa supuesta acción o abstención, ha resultado un perjuicio para sí mismo o una ventaja para la Argentina y que hay una relación de causalidad entre la emisión de la imprecisa declaración argentina aludida (lo único que es claro, preciso y concluyente, es la enfática y reiterada adhesión de nuestro país al principio básico para la delimitación de la frontera, convencionalmente aceptado por ambas partes, o sea el de las más altas cumbres que dividen las aguas situadas en el cordón principal de la Cordillera de los Andes) y los hipotéticos perjuicios que ello habría ocasionado a Chile y las no menos hipotéticas ventajas que habría obtenido la Argentina. Si, como pretenden algunos, los accidentes geográficos (cerros Campana, Agassiz, etc.) mencionados por la Memoria o por los mapas X y XI anexos a aquéllos, determinan el trazado

¹³ Martín, *op. cit.*, pág. 300.

¹⁴ Ídem, pág. 302.

¹⁵ Ídem, pág. 303.

de una línea fronteriza que correría más al este de lo impuesto por la realidad geográfica, ello implicaría un error de hecho que viciaría el consentimiento que discutiblemente habría prestado nuestro país.

Ya se ha visto que la representación de los hechos, cuyo ulterior desconocimiento por el Estado que lo formuló puede dar origen a la interposición del *estoppel*, no sólo puede surgir de una declaración, sino también de otros actos o del comportamiento de la parte contra la cual se intenta aplicar ese recurso procesal. Ese comportamiento se exterioriza principalmente en el ejercicio de actos de jurisdicción en el territorio en disputa y en la emisión autorizada de mapas en los que cada parte señala o representa la traza fronteriza que considera exacta y conforme al derecho.¹⁶

Antes de pasar a considerar y comentar los actos de jurisdicción efectuados por la Argentina y en menor medida, debido sólo a la inferior disponibilidad de información, por Chile queremos hacer dos observaciones con respecto al comportamiento de las partes o los hechos y actos jurídicos internacionales.

En primer lugar, que ellos importan no sólo para decidir la procedencia o no procedencia del *estoppel*, sino también en relación con otras acciones procesales; y más aún, que esos comportamientos, en cuanto traducen una manifestación de voluntad, aunque sea implícita, pueden crear derechos y obligaciones.¹⁷

Nuestra exposición sobre el comportamiento de las partes en la zona de los H.C.P. será inevitablemente incompleta y, más aún, lo relativo a los mapas en que se hizo la representación gráfica de aquella con posterioridad a 1902. Debemos limitarnos a mencionar un conjunto de actos, no despreciable, extraídos de diferentes fuentes. La compilación y análisis de todos los actos significativos es una responsabilidad importante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Cul-

¹⁶ En el litigio por la zona de la Laguna del Desierto, el tribunal arbitral incluyó también entre los actos posteriores relevantes los trabajos de demarcación ejecutados por la Comisión Mixta de Límites; pero tales trabajos no se han efectuado en la zona de la H.C.P. En los fundamentos de su voto en disidencia al juez Pohl agregó una cuarta y muy discutible categoría las actividades de los pobladores y con respecto a los actos administrativos, los en general (incluida la persecución de delincuentes) y los relacionados con la concesión de tierras. *Tribunal arbitral internacional. Sentencia del 21 de octubre de 1994. Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el hito 62 y el Monte Fitz-Roy (Argentina-Chile) pág. 107 y 176, respectivamente.*

¹⁷ Ver Jacqué, Jean - Paul, *Eléments pour une théorie de L'acte juridique en droit international*, L.G.D.J. (París, 1972), pág. 210 - 226.

to y querríamos creer que ya ha sido realizada o está siéndolo activamente. Pero no podemos evitar la duda, pues dicho Ministerio se ha manifestado mucho más preocupado por lograr la aceptación del convenio Menem-Alwin de 1991 y los complementarios, que por articular una sólida defensa de los derechos e intereses argentinos, que evidentemente no coinciden con lo estipulado en esos documentos.

En el muy valioso trabajo de los señores Alberto Köllikers Frers y Marcos Oliva Day, del 1º de febrero de 1997, se expresa: En los H.C.P. la presencia argentina estuvo largos años antes que cualquier otra. Su planificación data del año 1904, siendo su autor el destacado botánico argentino Dr. Cristóbal M. Hicken. Su ejecución comienza en los años 1914-1915, con la expedición del Dr. C. M. Hicken y del Dr. Reichert a la zona del Glaciar Perito Moreno. Esta expedición fue decididamente apoyada por el gobierno argentino desde el Ministerio de Agricultura y por algunas instituciones científicas de nuestro país. A partir del éxito de la expedición mencionada se sucedió toda una serie de expediciones científicas, planificadas y coordinadas por esas y otras instituciones científicas. La segunda de esas expediciones se dirigió al interior de los H. C. P, se internó en la zona del glaciar Viedma y descubrió junto con el Dr. Lutz Wite, el Paso de los cuatro glaciares, ubicado al norte del cordón Mariano Moreno. Ellos descubrieron el cordón Mariano Moreno como el natural límite fronterizo y así lo publicaron. Lamentablemente los autores del trabajo que estamos citando no especifican –salvo en el caso de la primera– si esas expediciones fueron o no auspiciadas o apoyadas por el gobierno argentino y si los descubrimientos realizados tuvieron alguna repercusión. En caso negativo su valor como antecedentes no desaparecería, pero sería menor.

En 1920 el gobierno de Chile organizó una expedición, la que no pudo lograr su propósito. La primera vez que el gobierno de ese país logró explorar sus propios Campos de Hielo al oeste del encadenamiento principal de los Andes fue en 1938, bajo la dirección de un miembro del Instituto Geográfico Militar de Chile.

En 1937 el gobierno de nuestro país tomó una decisión muy importante: la creación del Parque Nacional Los Glaciares, que comprende la región de los H.C.P. argentinos. Aparentemente este indudable acto de jurisdicción no suscitó ninguna reacción chilena. Tal reacción se produjo sí en 1981 es decir, 44 años después, cuando la Argentina presentó ante la Conferencia general de la UNESCO la propuesta de que la zona de los

H.C.P. fuera declarada de patrimonio de la humanidad.

Mucho antes de esa fecha el gobierno nacional produjo otro acto de indudable significación: la creación, en 1952, del Instituto del Hielo Continental Patagónico (decreto nro. 10.348 del Presidente J. D. Perón), cuyo director, el coronel Emiliano Huerta, cruzó transversalmente la zona, desde el este hasta el Océano Pacífico. Luego de crearse ese Instituto, se instalaron en esa zona 14 refugios y dos grandes bases para investigación científica y la afirmación de nuestra soberanía; el gobierno de Chile no interpuso la más mínima protesta.¹⁸ Desde entonces el Instituto realizó una intensa actividad científica que demandó numerosas exploraciones en la zona y publicó sus resultados. Nadie dudaba la entonces, ni lo hizo en las casi cuatro décadas siguientes, que se actuaba en territorio inquestionablemente argentino. También se debe mencionar dicen acertadamente Kollikers Frers y Oliva Day como antecedentes los ejercicios de presencia y jurisdicción efectiva, a las prácticas de aterrizajes y, despegues hechos por aviones DC-3, pertenecientes a la Fuerza Aérea Argentina. El primer avión, piloteado por un capitán de esa fuerza (Mario L. Olezza), se pasó en el H.C.P., a la altura del cerro Don Bosco, el día 7 de junio de 1962. Estos aviones permitieron el abastecimiento regular y rápido de los refugios en el interior del H.C.P., además de transportar los materiales y elementos necesarios para la construcción de 10 refugios y 2 estaciones científicas que el instituto del H.C.P. instaló en dichas áreas.

La Argentina ha efectuado, sin duda, otros actos de jurisdicción en esa zona: el establecimiento de destacamentos de la Gendarmería Nacional, la instalación de refugios de la Dirección de Parques Nacionales como el que está al frente mismo de la muralla de hielo del Glaciar Perito Moreno, el auspicio de numerosas expediciones efectuadas por destacados exploradores extranjeros y argentinos, el fomento de actividades turísticas y las instalaciones de las facilidades necesarias para ello, los vuelos regulares de la hasta hace poco empresa nacional de aeronavegación (Aerolíneas Argentinas), etc., etc.

Desde hace cerca de un siglo no hay otra autoridad en esa zona -civil, política o militar- que la del gobierno nacional y la de la provincia argentina de Santa Cruz. La Argentina ha ejercido y continúa ejerciendo allí una ocupación pacífica ininterrumpida. Si no se pueden mencionar, qui-

¹⁸ Sofia Laferrère de Pinedo; en una carta al lector publicada en *La Nación*, el 5 de enero de 1967.

zás, concesiones o adjudicaciones de tierras es porque no existen terrenos aptos para una radicación humana permanente en una superficie glaciar.

Nuestra información en materia de cartografía es más escasa (esa falta podría ser suplida por el Instituto Geográfico Militar y por el propio Ministerio de Relaciones Exteriores). Desde 1902 los mapas de ambas partes siguieron reproduciendo las líneas trazadas por el laudo arbitral (cuya competencia no se extendía al trecho entre el Fitz Roy y el Stokes, es decir, la zona sobre la cual versa la controversia actual). El conocimiento de la región de los Andes australes aumentó substancialmente con las exploraciones aerofotogramétricas realizadas por técnicos norteamericanos en 1945, que descubrieron la verdadera divisoria continental de aguas (la cual no creemos que se extendiera al H.C.P., pues esto contradice la reiterada y errónea afirmación de los partidarios de los convenios de 1991 y 1996, de que es imposible localizar la división de aguas en el H.C.P.). Según el voto disidente del Sr. Pohl en el caso de la Laguna del Desierto, Chile modificó su cartografía, de acuerdo con la nueva información, en 1953, mientras que la Argentina no lo hizo hasta 1969¹⁹. Si esto fue así habría habido una grave omisión o negligencia por parte de los organismos responsables de nuestro país, pero en modo alguno una

¹⁹ *Tribunal Arbitral Internacional*, cit. pág. 178. Por supuesto que el árbitro citado estaba tratando de la región de la Laguna del Desierto, y no sabemos con certeza si los mapas a que se refería comprendían también a la que la continúa hacia el sur, o sea la de los H.C.P.. Esta alegación del árbitro disidente no modificó la posición del tribunal, que en su segunda sentencia confirmó plenamente a la primera. El laudo de 1994 puede significar un antecedente valioso para la Argentina; no ignoramos que la obligatoriedad de los fallos no alcanza más que a los casos en que fueron decididos pero también sabemos que las decisiones judiciales –junto con la doctrina más autorizada– constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (Estatuto de la C.I.J., art. 38, inc. d). Siguiendo con el tema de los mapas, recordaremos que la Academia Nacional de Geografía, en su declaración de noviembre de 1996 sobre el problema de los H.C.P., afirmó que en los mapas argentinos sobre esa zona (al este del cordón Mariano Moreno) ella figuró siempre como incuestionablemente Argentina, ya que la pendiente de las aguas se orienta sin duda hacia el Atlántico. Por su parte, el profesor Peltzer señala que en los mapas argentinos (no dice hasta qué fecha) se registraba lo que en 1902 (año del laudo arbitral británico) el gobierno de Buenos Aires consideraba la línea resultante del acuerdo de peritos de 1898. En ese entonces no se había descubierto el cordón Mariano Moreno, lo que sólo ocurrió unos 12 años después. Peltzer reconoce implícitamente que en los últimos mapas argentinos se modificó esa traza, corriéndolo más hacia el oeste. No sabemos de cuándo son esos últimos mapas argentinos y si no hubo otros anteriores que tomaran en cuenta los nuevos conocimientos geográficos de la región. De acuerdo con el árbitro Pohl –según hemos visto–, eso ocurrió en 1969, es decir, hace 27 años.

renuncia a nuestros derechos, que no se basan en los mapas, sino en los tratados de 1881 y 1893 y algunos textos complementarios, cuya prelación sobre los documentos cartográficos es incuestionable. Posteriormente la Argentina superó a Chile en esta materia, pues este completó un relevamiento satisfactorio sólo en 1996, el cual, según informaciones periodísticas incluso de origen chileno, favorecería lo que tiene que ser la posición argentina sobre el recorrido de la frontera, basado en los tratados y acorde con la realidad geográfica y consecuentemente, el que debe pasar por el cordón Mariano Moreno, para sujetarse a los convenios recién aludidos.²⁰

Un mapa definitivo y convalidado por ambas partes, sólo se podrá dibujar luego de que se realicen los trabajos necesarios en el terreno empleando los métodos e instrumentos técnicos avanzados de los que actualmente se dispone.

Creemos haber demostrado que una acción procesal chilena basada en el *estoppel* no podría tener éxito ¿Qué ocurriría si Chile alega la existencia de renuncia, reconocimiento o aquiescencia por parte de la Argentina? Trataremos de responder a este interrogante en la forma más concisa posible. La renuncia es la declaración por la cual se abandona determinada pretensión. Implica, pues, la extinción de un derecho subjetivo del Estado que la formulada²¹. Creemos que de la exposición que hemos hecho, tanto de los convenios firmados por la Argentina como de su comportamiento en relación con el territorio disputado, surge claramente que nunca ha habido un acto de tal naturaleza atribuible a la Argentina. Por el contrario, esta ha sostenido la integridad del Territorio nacional, dentro de los límites definidos por los tratados firmados con Chile. Así, lo ha hecho, con desigual fortuna, en los litigios por la zona de Río Encuentro (1966) y la Laguna del Desierto (1994). La firma de los proyectos de convenios de 1991 y 1996 para la delimitación en los H.C.P., son hechos lamentables, que por emanar de altas autoridades de la Na-

²⁰ En una mesa redonda convocada por *La Nación* a comienzos de este año, el señor Germán Sopena -periodista que ha seguido el desarrollo de la controversia con una seriedad, constancia y empeño ejemplares- preguntó al embajador Alberto Daverede, subsecretario de Política Exterior, si se conocía la nueva cartografía chilena. El diplomático contestó: No. Se solicitó - Sopena: ¿Qué respondió Chile? Daverede: Que nos la van a enviar. La Cancillería nunca informó si se había recibido ese documento, ni tampoco, en consecuencia, qué se podía deducir de él- *La Nación* del 5 de enero de 1997 *La poligonal de la discordia*. La última acotación es nuestra.

ción, podrían perjudicar a la defensa de nuestros derechos territoriales, pero en modo alguno tienen el efecto del acto jurídico aludido puesto que dichos convenios no han sido ratificados por el Congreso y carecen, por lo tanto, de validez.

Con respecto al reconocimiento, citaremos un párrafo claro y preciso de Akehurst: "Cuando uno de los rivales reclamantes puede mostrar que ha ejercido un cierto grado de control sobre el territorio disputado, un tribunal probablemente decida el caso en favor del Estado que puede probar que su título ha sido reconocido por el otro reclamante. Tal reconocimiento puede tomar la forma de una declaración expresa, o puede ser inferido de la aquiescencia esto es, falta de protesta contra el ejercicio de control por su oponente. Pero en todo caso el reconocimiento o la aquiescencia por un Estado tiene poco o ningún efecto salvo que sea acompañado por alguna medida de control sobre el territorio por el otro Estado; falta de protesta contra una aserción puramente verbal de título no apoyada por algún grado de control no constituye aquiescencia²² o reconocimiento". Bástermos con recordar aquí que Chile nunca ha ejercido ningún tipo de control sobre los H.C.P. argentinos, mientras que sí lo ha hecho incuestionable y legítimamente sobre el mucho mayor espacio de su propio Campo de Hielo. Esa falta completa de control sobre los H.C.P. argentinos, quitan todo o casi todo efecto, a las reclamaciones hechas por Chile desde 1957.

Como se ve, el reconocimiento y la aquiescencia son actos unilaterales entre los cuales no existe una distinción totalmente clara. Sólo agregaremos, por tanto, a lo dicho en el párrafo precedente, que puesto que no ha habido actos de jurisdicción chilenos en la zona de que tratamos, tampoco puede alegarse que la Argentina ha prestado su aquiescencia²³. Creemos que sólo nos resta considerar un problema que no es totalmente jurídico: el de la posibilidad de determinar el *divortium acquarum* en territorio glaciar. Haremos una observación previa. Nos parece que al debatir esta cuestión los opinantes aceptan, implícitamente, que es siguiendo la divisoria de las aguas que ha de trazarse la frontera. Nunca se re-

²² Akehurst M., *op. cit.*, pág. 150. El A. cita el fallo arbitral en el caso de la isla de las Palmas (1928) en apoyo de su exposición.

²³ Barberis se ocupa con cierta extensión de la aquiescencia en su obra ya citada, pág. 259-261. A nuestro juicio este A. asigna una importancia excesiva a la actitud de funcionarios (da como ejemplo, entre otros, a un funcionario aduanero) que podrían no tener la capacidad de representarlo (al Estado) en el plano internacional. Cita varias sentencias de la C.I.J. que apoyarían este punto de vista.

cuerda que ella debe reunir, además, otro requisito: estar situada en la línea de la más altas cumbres en la que se opera la división. Por otra parte si el cordón Mariano Moreno responde a esta calificación para ser establecido como límite en el trecho correspondiente, debe probarse que él es divisor de las aguas, local o continental. En efecto, como dice la sentencia dictada en el caso de la Laguna del Desierto, el laudo (de 1902) no acogió la posición chilena de que el *divortium aquarum* continental habría de ser el criterio único de delimitación (pág. 76). Por lo tanto, la proposición de una divisoria local de aguas es sustentable en el litigio actual, si ella coincide con el fenómeno orográfico indicado.

Es bien sabido que uno de los argumentos más utilizados en apoyo de la poligonal, es que la determinación de la divisoria de agua es imposible en una zona glaciaria. En una instancia del arbitraje de 1994, Chile argumentó que una divisoria de agua no podía correr por las zonas de hielo. El tribunal dijo: "Abstracción hecha de los problemas técnicos implicados en este argumento, el mismo tampoco tiene valor decisivo en el presente caso, toda vez que Chile reconoció en las audiencias que, en la práctica de la comisión mixta de límites, hay varios precedentes en que una divisoria de aguas está trazada sobre una zona de hielo" (acta del 19 de abril de 1994, p.p 37-44) (pág.107).

En el nuevo proceso, realizado en 1995, a raíz del pedido de revisión del fallo anterior por parte de Chile, el tribunal expresó:(Chile)conocía desde el arbitraje de 1898-1902, que la actual y efectiva división de las aguas, es decir, la norma invariable de la demarcación, podía encontrarse en los campos de nevada entre los ventisqueros. No puede entonces Chile invocar ahora como causal de revisión de la sentencia, que ella haya dispuesto al trazado de un sector de la frontera siguiendo divisorias de aguas sobre superficies glaciares por ser estas esencialmente móviles y cambiantes. Si tal circunstancia constituyera un error de hecho, el mismo vicio habría afectado la pretensión chilena en el arbitraje de 1898-1902 (párr. 55 de la sentencia de 1995). Más adelante el tribunal dijo: "En la práctica internacional se observan casos de fronteras que apoyándose en divisorias de aguas corren en parte de su trecho sobre hielos y glaciares. Así ocurre en la frontera entre Suiza, Italia y Francia, en el sector com-

Sin embargo, generalmente, los tribunales internacionales cuando tratan de la aquiescencia, así como de la renuncia o el reconocimiento, se refieren a actos del Estado, o de las Partes (las que no pueden ser sino Estados), o a funcionarios con la aludida capacidad de representación.

prendido entre las inmediaciones del Mont Rosa y el Mont Blanc... En numerosos tramos la divisoria, como línea que define la frontera, corre sobre hielo y cabeceras de glaciares siguiendo las curvas de nivel que son la expresión del relieve de la superficie topográfica... Algo parecido se advierte en las inmediaciones del Monte Everest en la frontera entre China y Nepal. Hay casos también en que la frontera, definida por la divisoria de aguas, discurre sobre superficies de glaciares, ajustándose a las curvas de nivel" (ídem, párr. 62).

Lo que acabamos de transcribir basta para demostrar la falacia del argumento de que es imposible trazar una frontera sobre superficies glaciares. No obstante, esto ha sido apoyado por el canciller argentino (mensaje radio televisivo dirigido al pueblo argentino el 5 de noviembre de 1991), y muy especialmente por el ex vice-canciller Olima, uno de los padres de ese hijo de probeta que es la poligonal.

En cuanto a la factibilidad técnica del trazado de la frontera en los H.C.P., no sólo existe para la superficie glaciar –mediante el recurso al relevamiento cartográfico satelital– sino también para el espacio subglaciar, cuyo relevamiento se efectúa utilizando georadares transportados por helicópteros, que emiten ondas electromagnéticas; la reflexión, procesamiento o interpretación de las cuales permite obtener relieves subglaciares tridimensionales y, además, determinar con toda claridad la pendientes y el sentido de los cursos de aguas subglaciares, con lo que se descubriría la hipotética divisoria de aguas subglaciares (citamos casi textualmente el muy documentado trabajo de Kölliker Frers y Oliva Day al que hemos hecho referencia más arriba).

El Sr. Rogelio Frigerio ha dado también una explicación –que substancialmente coincide con la de los autores antes citados– de las nuevas tecnologías que permiten hacer de manera exacta, rápida y sin demasiado costo la demarcación (en zona de glaciares). Una de estas tecnologías consiste en emitir ondas de radar desde un helicóptero, que atraviesan la capa helada y al rebotar en la superficie rocosa del lecho del glaciar transmiten información a una computadora y se va dibujando el relieve del lecho y confecciona un mapa exacto de la divisoria de las aguas. Otros colaboradores espontáneos se han referido similarmente, aunque con menos detalle, a esas nuevas tecnologías, e incluso ha dado el nombre de empresas extranjeras especializadas que estarían dispuestas a efectuar ese trabajo a un precio no demasiado oneroso.

El lector habría advertido que uno de los objetivos básicos de este es-

tudio es el de destruir el fantasma de un arbitraje inexorablemente adverso a la Argentina. Hemos intentado demostrar que en tal supuesto nuestro país dispondría de muy sólidos fundamentos para afrontar con tranquilidad el proceso (lo cual no quiere decir que pueda descuidarse una responsable, amplia y profunda preparación de la defensa, con toda la anticipación y concentración de esfuerzos que demanda un negocio de esta naturaleza). Pero ello tampoco significa en modo alguno, que propongamos y apoyemos el recurso inmediato y directo a ese procedimiento. Por el contrario, juzgamos que la solución debe buscarse, ante todo, por otros procedimientos pacíficos utilizables. Estos consisten en:

a) la reapertura de las negociaciones diplomáticas sin ninguna otra condición que la sincera voluntad de las partes para llegar a un acuerdo respetuoso de los convenios jurídicos internacionales por ellas acordados libremente y reiteradamente proclamados fundamento incontestable de las relaciones entre la República Argentina y la República de Chile, el tratado de 1881 y sus instrumentos complementarios y declaratorios (Tratado de Paz y Amistad de 1884)²⁵;

b) la reanudación de la labor de la Comisión Mixta de Límites inconclusamente interrumpida, probablemente con la ayuda de técnicos o de instituciones técnicas especializadas, a fin de lograr el conocimiento exhaustivo de la zona y efectuar un relevamiento cartográfico totalmente confiable, con la utilización de la más moderna tecnología. Estos trabajos conducirían a un conocimiento exacto de la realidad geográfica de la zona, sobre cuya base debe trazarse un límite conforme al principio de las más altas cumbres que dividan las aguas situadas en el brazo principal de la Cordillera de los Andes, con la flexibilidad y las atenuaciones que resulten lógicas e indispensables;

c) la aplicación del procedimiento de conciliación en el supuesto de que no tengan éxito los precedentes enunciados, como lo prevé el Tratado de 1984, que debe suponerse que se firmó con la intención de cumplirlo.

Es previsible que Chile no se avendrá fácilmente a tomar este nuevo rumbo, porque la solución contemplada en los convenios de 1991 y 1996 le es favorable, porque la renuncia a ellos tendría un costo político para el gobierno de esa Nación y, no menos, porque la conducta irresponsable y contumaz de los conductores de la política exterior argentina ha lleva-

²⁵ Algo más sobre los hielos Continentales, en *La Nación* del 12 de octubre de 1996.

do a creer (a un considerable sector chileno) que una apreciable ganancia de territorio estaba al alcance de su mano. Pero esa actitud puede cambiar cuando los hermanos transandinos comprueben que se hallan frente a un sólido y amplio rechazo del pueblo argentino; a la firme oposición de los legisladores que lo representan y cuando, finalmente, el Poder Ejecutivo y la diplomacia de nuestro país tengan la lucidez y valentía necesarias para rectificar su rumbo.

Simultáneamente la Argentina debe obrar de tal manera (*suaviter in modo fortiter in re*) que preserve y aun intensifique la preciosa relación –sincera, cordial y cooperativa– con Chile y la activa participación de ambos en el proceso integrador iniciado con el Mercosur. Para ello debemos estar dispuestos a efectuar todas las concesiones que resulten necesarias, siempre que no impliquen una cesión de derechos indeclinables –entre ellos el de la integridad del territorio nacional– ni una renuncia a intereses nacionales fundamentales. Entre las medidas o disposiciones que la Argentina podría adoptar con ese objetivo, indicamos: a) reiterar el reconocimiento de la soberanía chilena sobre todo la zona de glaciares que se extiende al oeste de la frontera (y que comprende el 80% del total de la zona de glaciares en esa latitud, a la que constantemente nos hemos referido); b) reafirmar el compromiso de que nunca reclamaremos soberanía sobre las costas del Pacífico, aun en el caso de un quizás remoto deshielo de los glaciares que ahora se interponen entre nuestro país y ese océano, a lo cual ya nos obligamos por el protocolo de 1893, (art. 2º, in fine); c) mantener el cerro Fitz Roy como hito fronterizo (aunque está situado al este de la que debería ser línea de frontera de conformidad con los principios básicos de delimitación solemnemente reconocidos por ambas partes) y reconocer la soberanía de Chile sobre la vertiente occidental de ese cerro; d) proponer o aceptar fórmulas equitativas e inteligentes para la mutua colaboración en la explotación de los recursos naturales (siempre que ello no involucre la renuncia al completo dominio sobre el Río Santa Cruz y sus nacientes en el territorio argentino), así como en la promoción del turismo, la exploración científica y la actividad deportiva en la zona de glaciares y para la preservación de la ecología en esa misma región ; e) dar a los chilenos todas las facilidades necesarias para el tránsito por nuestro territorio en los casos en que los accidentes o características geográficas dificultan la comunicación entre diferentes puntos del territorio chileno; incluso podría contemplarse la posibilidad de efectuar permutas territoriales entre ambos

países²⁶ en condiciones de equitativa reciprocidad; f) hacer a Chile todas las concesiones razonables en el ámbito del Mercosur, como lo que ya hemos hecho al otorgarle –para la liberación del comercio de productos agrícolas– un plazo mucho mayor que el previsto en el tratado de Asunción; con la debida preservación de los intereses nacionales.

Defender los derechos de nuestra Nación no puede significar ni signifi-
fica desconocer los de los otros, ni inferirle ninguna ofensa o perjuicio real. Máxime cuando se trata de un país al que, sin ninguna hipérbole o ficción literaria, podemos llamar amigo y hermano, en virtud de los lazos históricos que nos unen, de nuestra proximidad geográfica (que será más efectiva y valiosa para ambos a medida que se multipliquen y mejoren los pasos a través de la cordillera), de una compartida identidad cultural y de una auténtica comunidad de destino en el ámbito de América y el mundo.²⁷

Si Chile rechaza la reapertura de las negociaciones directas y el recurso a la conciliación, explícitamente previsto por el Tratado de 1984, lo más práctico e inteligente sería dejar en suspenso *sine die* la solución del litigio. Esto no tiene por qué causar tensiones ni impedir la continuación de las estrechas relaciones y la creciente cooperación entre dos países civilizados cuyos intereses comunes son muchos más numerosos y permanentes que esta divergencia que los opone circumscrip-*ta* y transitoriamente.

²⁶ Esta interesante posibilidad fue sugerida hace varios años por el Dr. Horacio J. Sueldo, en un artículo publicado en *La Voz del Interior* (Córdoba, 29 de diciembre de 1992).

²⁷ Aunque debería ser obvio, no renunciamos a señalar que el énfasis puesto en este trabajo en los aspectos jurídicos no implica desconocer la importancia de los de otra naturaleza (económicos, políticos, etc.). A ellos esperamos poder referirnos en un próximo artículo, en el que nos proponemos demostrar el uso equivocado que de estos argumentos han hecho los defensores incondicionales de los convenios Menem-Alwin y Menem-Frei. Al concluir este estudio no queremos dejar de mencionar (porque no lo hemos hecho anteriormente), el valioso trabajo de la senadora santacruceña Dra. Cristina Fernández de Kirchner, *Hielos Continentales* (octubre de 1996), que con un esfuerzo generoso y sostenido, ha contribuido a ampliar y mejorar el conocimiento de este tema por sus colegas parlamentarios y el público en general.