

## CHILE Y BOLIVIA PRESENTAN SUS ALEGATOS ORALES ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA<sup>1</sup>

María Teresa Infante Caffi\*

### Resumen

*La coagente de Chile ante la CIJ hace un pormenorizado análisis de las líneas argumentales presentados en La Haya, entre el 19 y el 28 de marzo de 2018. Inicialmente entrega una breve cronología de la demanda iniciada por Bolivia en 2013 y luego despliega las ideas políticas, históricas y jurídicas esgrimidas por ambos países sobre la pretendida obligación de Chile a negociar un acuerdo que le de acceso soberano al mar a Bolivia. Se contrastan los opuestos puntos de vista y la vigencia de los argumentos presentados por nuestro país que desacreditan la citada demanda, en base al derecho internacional.*

**Palabras clave:** Bolivia, Chile, límites, acceso al mar, derecho internacional, tratado de 1904.

Al término de las audiencias públicas,<sup>2</sup> el 28 de marzo de 2018, la Corte Internacional de Justicia (CIJ, Corte) inició sus deliberaciones acerca del caso "Obligación de Negociar Acceso Soberano al Mar (Bolivia c. Chile)." Cada parte concluyó sus presentaciones leyendo las peticiones que formulaba a la Corte<sup>3</sup>:

Bolivia solicitó (al término de su alegato el lunes 26 de marzo), que se juzgue y declare que:

(a) Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico;

(b) Chile ha violado dicha obligación; y

(c) Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, prontamente, formalmente, dentro de un plazo razonable y efectivamente, para otorgar a Bolivia un acceso soberano pleno al Océano Pacífico.<sup>4</sup>

Chile, a su vez, solicitó que la Corte:

"Rechace todas las reclamaciones del Estado Plurinacional de Bolivia."<sup>5</sup>

### Cronología del proceso

Bolivia presentó su demanda el 24 de abril de 2013. De acuerdo con los plazos fijados por la Corte, la Memoria boliviana se entregó el 17 de abril de 2014.

El 15 de julio de 2014, Chile planteó una Excepción Preliminar sobre la competencia de la Corte. Bolivia entregó sus observaciones escritas el 7 de noviembre de 2014. Entre el 4 y el 8 de mayo de 2015, tuvieron lugar las audiencias orales sobre la Excepción Preliminar. En el curso de ellas, un juez formuló una pregunta a Bolivia<sup>6</sup> y otro juez dirigió una misma pregunta a ambas partes.<sup>7</sup> En

\* Abogada. Embajadora de Chile ante los Países Bajos y Coagente de Chile ante la C.I.J. de La Haya.

1. Este trabajo no representa la opinión o posición oficial de Chile y sus ideas sólo se atribuyen a la autora.

2. Press Release No. 2018/16, 28 March 2018.

3. Traducción de la autora.

4. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr. 9

5. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153/153-20180328-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr. 22

6. "On what date does Bolivia maintain that an agreement to negotiate sovereign access was concluded?" preguntó el juez Christopher Greenwood al finalizar la audiencia del 06.05.2015. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153/153-20150506-ORA-01-00-BI.pdf>

7. Pregunta del juez Owada. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153/153-20150508-ORA-01-00-BI.pdf>



■ Delegación chilena ante la Corte Internacional de Justicia (marzo 2018).

este último caso, la pregunta del juez Owada sobre el sentido de la expresión “acceso soberano al mar,” fue respondida separadamente por Bolivia y Chile; después, cada uno tuvo oportunidad de comentar la respuesta de la otra parte.<sup>8</sup>

La Corte falló la Excepción Preliminar el 24 de septiembre de 2015.<sup>9</sup> El tribunal, por catorce votos contra dos, no acogió la objeción de competencia invocada por Chile en cuanto a que los temas en disputa estuviesen amparados por la excepción contenida en el artículo VI del Pacto de Bogotá. Éste hace referencia a “asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto.”

Algunos párrafos del fallo de 2015 son indicativos del análisis conducido por la Corte sobre la cuestión preliminar:

Párrafo 32:

*The Court considers that, while it may be assumed that sovereign access to the Pacific Ocean is, in the end, Bolivia’s goal, a distinction must be drawn between that goal and the related but distinct*

*dispute presented by the Application, namely, whether Chile has an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it. The Application does not ask the Court to adjudge and declare that Bolivia has a right to sovereign access.<sup>10</sup>*

Agregó la Corte en el párrafo 33 (final):

*“Even assuming arguendo that the Court were to find the existence of such an obligation, it would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation.<sup>11</sup>”*

Y en el párrafo 34, se refirió al asunto controvertido:

*“the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it.<sup>12</sup>”*

Estas frases aportan elementos para apreciar el complejo razonamiento del tribunal, y su estudio se enriquece con la lectura de los argumentos aportados por la opinión disidente de la jueza Arbour<sup>13</sup> y la declaración del juez Gaja.<sup>14</sup>

8. <http://www.icj-cij.org/en/case/153/other-documents>.

9. *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 592. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150924-JUD-01-00-EN.pdf>

10. *IBID.*, p. 604, párr. 32

11. *IBID.*, p. 605, párr. 33

12. *IBID.*, p. 605, párr. 34.

13. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18754.pdf>

14. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18752.pdf>. El juez Cançado Trindade también formuló una opinión individual, y el juez Bennouna una declaración.

Al continuar el proceso, Chile presentó su Contramemoria el 13 de julio de 2016. Bolivia entregó su Dúplica el 21 de marzo de 2017, y Chile depositó su Réplica el 15 de septiembre de 2017. En los años 2013-2016, Chile actuó bajo la dirección de los agentes Felipe Bulnes (2013-2015), sucedido por José Miguel Insulza (2015-2016). En 2016, asumió como agente ante la Corte Internacional de Justicia, el Decano Claudio Grossman, coagente hasta esa fecha.

Las audiencias orales se desarrollaron entre el 19 y el 28 de marzo de 2018, en la gran sala de la justicia del Palacio de la Paz, sede de la Corte, La Haya. Las delegaciones encabezadas en el caso de Bolivia por el agente Eduardo Rodríguez Veltzé,<sup>15</sup> con presencia del presidente Evo Morales y por Chile, por el agente Claudio Grossman,<sup>16</sup> con presencia del ministro de Relaciones Exteriores Roberto Ampuero, fueron generosas en cuanto al número y la diversidad de su composición. Ambos países fueron acompañados por los coagentes,<sup>17</sup> abogados y asesores.

Como es la práctica, cada agente inició la presentación de los argumentos de su parte y concluyó leyendo las peticiones finales.

## Una demanda con elementos ideológicos

La demanda boliviana se presentó – según el agente Eduardo Rodríguez Veltzé – como la consecuencia de una controversia pendiente cuyas raíces se encuentran en el siglo XIX, cuando Chile habría reconocido las consecuencias del encierro de Bolivia causado por una invasión militar del litoral boliviano. Sobre esto, Bolivia sostuvo con diferentes énfasis, que se han formulado promesas de otorgar a Bolivia un acceso al mar, creando así una obligación de negociar. Bolivia cerró sus palabras sosteniendo que ambos países tienen a su disposición soluciones prácticas y creativas

para este problema, a fin de lograr un mejor futuro basado en la cooperación.<sup>18</sup>

El recurso al término de “justicia” en sucesivos discursos, asociado a esas definiciones, insinuaría que el derecho internacional vigente entre las partes no es suficiente para responder a las peticiones de la demandante. El agente boliviano usaría un término que está de moda en la teoría de la solución de conflictos para señalar que este asunto no constituye controversia intratable,<sup>19</sup> como aquéllas de larga duración y donde no surgen elementos capaces de generar una solución. Para abordar este asunto, el discurso del agente Rodríguez Veltzé invitó a las partes a tener en cuenta “los beneficios mutuos y los intereses verdaderos de ambos pueblos.”<sup>20</sup>

La Corte se ve enfrentada a un relato según el cual se ha echado mano al último recurso. Para resolverlo, el derecho internacional debe mirar hacia temas como el desarrollo económico del demandante, y a las tensiones que pueden derivarse entre las partes.<sup>21</sup> Estas consideraciones se acompañarían de referencias a las virtudes de un buen vecino que deberían ser seguidas por Chile.

El lenguaje, más cercano al de una mediación o conciliación que al de un proceso jurisdiccional, revelaría la intención de colocar la justicia como un objetivo en sí mismo, siendo el derecho un medio.<sup>22</sup> Todo esto sitúa la demanda como una forma de promover la justicia y la cooperación internacional con vistas al desarrollo de económico y social (de todos los pueblos). ¿Quién se podría oponer a una mirada tan positiva?

La diplomacia tendría que entrar a llenar este espacio. Pero, sus significados y fundamentos aparecieron claramente distintos en las presentaciones de cada parte, sabiendo que el tribunal ante el cual estaban no tiene por función predecir o anticipar el futuro. Los argumentos bolivianos fueron simples; según Bolivia, hay

15. Embajador ante el Reino de los Países Bajos, ex presidente de Bolivia.

16. R. Geraldson Professor of International Law and Dean Emeritus, American University, Washington College of Law, American University, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

17. Por Bolivia, coagente embajador Sacha Llorenty y por Chile, coagentes embajadores Alfonso Silva, Subsecretario de Relaciones Exteriores, y María Teresa Infante, embajadora ante el Reino de los Países Bajos.

18. Tomado del discurso final del Agente boliviano, 26.08.2018. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr. 2 y 3.

19. Matthijs Hisschemoller and Rob Hoppe, “Coping with intractable controversies: The case for problem structuring in policy design and analysis”. *Knowledge and Policy*, 1995, Vol. 8, 4, pp 40–60.

20. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr.28. El agente de Bolivia usaría términos empleados por el embajador de su país, Ostria Gutiérrez, en 1950.

21. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. P. 54.

22. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. P. 62.

soluciones mutuamente aceptables y prácticas, donde ambas partes ganen. Lo único que se espera es que Chile acepte esta oferta de buena fe y que cumpla su promesa histórica.<sup>23</sup>

Para Chile, en tal contexto, la definición correcta de los términos de la discusión ante la Corte era una cuestión fundamental. Debía conocerse ante qué tribunal se estaba y cuál era el trasfondo de la controversia planteada por Bolivia. Chile debió resaltar, por tanto, que la Corte era un tribunal de derecho, y recordar que desde el punto de vista jurídico, esta demanda buscaba que se declarase la existencia de una obligación de resultado que continúe vigente hasta que Bolivia decida que aquélla está satisfecha. Cabía la pregunta acerca de hasta qué punto la demanda no era otro intento de dejar sin efecto el Tratado de 1904, sin enfrentarlo explícitamente con los instrumentos propios del derecho de los tratados.

Chile sostendría también, que Bolivia deformaba los hechos mediante sugerencias de que todo lo que Chile hubiese dicho o hecho en relación con el mar, había creado o reafirmado la existencia de una obligación de negociar el acceso soberano para ese país al mar.<sup>24</sup> Chile subrayaría que Bolivia había modificado o sustituido sucesivamente los argumentos jurídicos, y que al hacer uso de un recurso judicial al amparo de una obligación perpetua (según Bolivia), estaba contradiciendo la esencia de sentarse en una mesa de negociaciones.

El caso, sostuvo Chile, cambia de contenido y fundamento según lo abordan los distintos abogados de Bolivia. El abogado Harold Koh (Chile) lo resumiría así:

*In fact Bolivia's case now seems to be that almost everything that Chile has done or said for more than a century creates a binding legal obligation, while almost nothing Chile could say or do could ever discharge or terminate that obligation. Bolivia's constantly shifting case vividly shows that it cannot identify*

*any real legal basis for either Chile's alleged obligation to negotiate or any claimed breach of that obligation.*<sup>25</sup>

En esta perspectiva de ideas políticas, históricas y jurídicas, Chile desvirtuaría la afirmación de que existe territorio disponible, supuestamente en el extremo norte del país, donde se puede otorgar una salida soberana al mar.<sup>26</sup> Agregaría Chile que el desarrollo boliviano no está frustrado por la falta de acceso soberano cuya llave posee nuestro país, y que corresponde aplicar el test de exponer la demanda a la luz del derecho internacional. En conexión con este tema, se recordaría en la fase oral que el acceso al mar existe y se ejerce mediante el libre tránsito previsto en el Tratado de 1904, apoyándose en sucesivos acuerdos posteriores, más los beneficios otorgados unilateralmente por Chile.

Los hechos demuestran, sostendría Chile en sus escritos<sup>27</sup> y en las audiencias, que el tránsito se ejerce diariamente; camiones, personas y mercancías cruzan en ambos sentidos la frontera, y no cesa el movimiento de las cargas en los puertos habilitados de Arica y Antofagasta. A ellos se suman otras transferencias regulares por puertos chilenos bajo régimen general de tránsito, particularmente Iquique y Mejillones. La respuesta a la crítica boliviana al libre tránsito debió ser introducida en el proceso debido a su relación con el Tratado de Paz y Amistad, al tiempo de recordar que la materia no constituía el objeto de la actual discusión ante la Corte.

Después, respondiendo al discurso boliviano tendiente a inducir unos términos ideológicos en la discusión, Chile expondría que la creación de una obligación jurídica impone una barrera alta, no es sólo la expectativa propia o la ambición de cambiar un tratado lo que abre paso a una obligación de hacerlo. Chile formularía también la pregunta, dado que no quedaba clara en los alegatos de la parte demandante, acerca de cuándo se quebró tal obligación por parte de Chile; ¿fue en 1987?, ¿fue una degradación progresiva de un compromiso previo?, ¿u ocurrió en 2011 cuando Chile habría supuestamente repudiado la obligación?

23. file:///D:/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf, p.68. Palabras del co-agente Sacha Llorenty, 26.03.2018.

24. Tomado del discurso final del agente chileno, profesor Grossman, 28.03.2018. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180328-ORA-01-00-BI.pdf>. Párrs. 7-9.

25. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180323-ORA-01-00-BI.pdf>, p. 67.

26. Ante la presentación de una "proposed coast" por el abogado de Bolivia, en la audiencia del 26.03.2018.

27. CMC, Vol. I, pp. 42-54.

Esta argumentación se complementó con la consulta acerca de cómo abordar el caso de que hubiera sido Bolivia, demandante, quien no había retornado a la mesa de negociaciones. Así ocurrió por ejemplo, con las cuestiones atinentes al intercambio territorial, previsto en las orientaciones aceptadas en el proceso de Charaña, a los que se sumaron los episodios de ruptura de relaciones diplomáticas.

En síntesis, Chile diría que una promesa histórica como la que sostenía Bolivia (e incluso una costumbre bilateral), no era lo mismo que un comportamiento de buena fe acorde con la diplomacia, en cuyo marco pueden las partes expresar sus intereses y opiniones conforme se desarrollan las circunstancias. Este último enfoque responde también a la pregunta de por qué hubo negociaciones entre ambos países en torno al tema del acceso soberano o no soberano al mar. No habría sido por una obligación jurídica, respondería Chile. Son intereses vinculados a la vecindad en un marco de mutuas concesiones. Lo que obliga son los tratados vigentes, acotaría.

## Líneas argumentales

### ■ El compromiso histórico o *historical bargain*

El contexto histórico de una promesa de Chile (1879-1904), período en que Chile firma la paz con Perú y negocia con Bolivia los tratados de 1895, así como su vigencia y efecto, volvió a ser invocado por Bolivia, a pesar de haber sido descartado por la propia sentencia de la Corte de 24 de septiembre de 2015 sobre Excepción Preliminar (Párr.16).

De este período, Bolivia recurrió a citar una frase que se atribuye a Domingo Santa María (Ministro de Relaciones Exteriores) en carta al ministro de Guerra en Campaña, que lejos de mostrar una ambición expansionista chilena, refleja una forma de abordar el marco global del conflicto con Perú y Bolivia, cuando no habían culminado los acontecimientos. Según las palabras

de Santa María (1880), “Privada de Antofagasta i de todo el litoral que ántes poseía hasta el Loa, debemos proporcionarle por alguna parte un puerto suyo, una puerta de calle, que le permita entrar al interior sin zozobra, sin pedir venia.”<sup>28</sup>

Según Bolivia, la guerra y sus consecuencias aportarían los dos pilares de la relación bilateral. Dos acuerdos y dos pilares, esa es la estructura jurídica del asunto planteado a la Corte, y de la nueva construcción histórica del demandante. Un pilar no está en duda: el Tratado de 1904 (que Bolivia presenta de forma que resulta incompleto y vulnerable). El otro pilar: una promesa permanente de entrar en negociaciones (con Bolivia) para abordar la cuestión relativa al acceso propio al mar, independientemente del Tratado de 1904. Frases y comentarios atribuidos al firmante del Tratado, Bello Codesido, descontextualizadas,<sup>29</sup> se insertan en este discurso; pero, cabe recordar que él también sostuvo que, en las negociaciones del Tratado de Paz de 1904, Bolivia abandonó toda aspiración a un puerto en el Pacífico.<sup>30</sup>

Ante la lista de documentos referidos por Bolivia, y en especial el Acta Protocolizada de enero de 1920<sup>31</sup> y las declaraciones del embajador Edwards ante la Sociedad de las Naciones en 1921<sup>32</sup>, vale la pena recordar frases que suelen omitirse en las referencias del demandante. En enero de 1920, el Acta contuvo la siguiente frase: “Ya que las presentes declaraciones no representan estipulaciones que generen derechos ni obligaciones para los Estados cuyos representantes las formulan”. Varios meses más tarde, Chile expresaba ante la Sociedad de las Naciones:

*Bolivia can seek satisfaction through the medium of direct negotiations of our own arranging. Chile has never closed that door to Bolivia, and I am in a position to state that nothing would please us better than to sit down with her and discuss the best means of*

28. Ortografía del original. Frase recordada por el abogado Akhavan en su alegato oral, citada con errores por la Memoria boliviana, de fuentes secundarias. La frase se encuentra en la obra de G. Bulnes, *Guerra del Pacífico, De Tarapacá a Lima, Valparaíso, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1914*, p. 38.

29. MB, Anexo 184, E. Bello Codesido, *Anotaciones para la Historia de las Negociaciones Diplomáticas con el Perú y Bolivia 1900-1904*, Santiago, La Ilustración, 1919, p. 201 y 205.

30. E. Bello Codesido, *Ibid.*, p. 191.

31. CMC, Anexo 118, p. 321. Este documento contiene una salvaguarda expresa: “Ya que las presentes declaraciones no representan estipulaciones que generen derechos ni obligaciones para los Estados cuyos representantes las formulan.”

32. Declaración del Delegado de Chile, Agustín Edwards, *Records of the Twenty-Second Plenary Meeting of the Assembly of the League of Nations*, 28 Sept. 1921, p. 467; CMC, Anexo 120, p. 372.

*facilitating her development. It is her friendship we desire.*<sup>33</sup>

En las audiencias orales, Bolivia acentuaría sólo una parte del párrafo.

La enumeración boliviana seguiría con la propuesta Kellogg de 1926<sup>34</sup> y el memorándum Matte,<sup>35</sup> documentos que formaron parte de intercambios entre Estados Unidos, Chile y Perú. De ellos, no se generó un acuerdo. La abogada Parlett (Chile), explicaría que las notas enviadas por Bolivia en esa época aludían a aspiraciones y compensaciones, y que en caso alguno fundamentaban un derecho a una negociación para obtener un acceso soberano al mar. En la misma intervención, mostraría como la redacción de la respuesta chilena (memorándum Matte), indicaba que consideraría las aspiraciones bolivianas, una vez que se resolviese el tema de Tacna y Arica de conformidad con el Tratado de Ancón de 1884. Se sabe que el Tratado de 1929 entre Chile y Perú, puso término a toda la cuestión relativa a dichas provincias.

Este Tratado y su Protocolo Complementario serían mencionados por Bolivia al amparo de la tesis del compromiso histórico; así, diría que el Artículo I del Protocolo Complementario de 1929 entre Chile y Perú, es prueba de que existía un tema pendiente entre Chile y Bolivia.<sup>36</sup> Esta afirmación no se sustenta en el texto de la nota que enviara Bolivia en la época y que transmite la queja de que no se tomase en cuenta lo que describe como su aspiración y derechos.<sup>37</sup>

Otros documentos relevantes que amparaban esta teoría, dijo Bolivia, eran las notas de 1950<sup>38</sup> firmadas por el embajador de su país en Chile, Alberto Ostría y el ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Horacio Walker. Según esta nueva tesis boliviana, ellas serían la base de otro acuerdo entre las partes; tendrían efecto vinculante, y sus precedentes serían los episodios anteriores donde

los países buscaron un acuerdo. Frente a este argumento, Chile replicaría que toda mención a documentos anteriores contenidos en las notas de 1950, se referían a antecedentes y no a precedentes.

A propósito de la necesidad de mirar al texto y el sentido real de las palabras y sus traducciones, Chile recordaría en las audiencias que el tenor literal de las notas fue diferente entre sí, sin coincidencia entre ambas. La nota chilena de 20 de junio de 1950 decía:

En la presente oportunidad, tengo el honor de expresar a Vuestra Excelencia que el Gobierno será consecuente con esa posición y que, animado por un espíritu de fraternal amistad hacia Bolivia, está llano a entrar formalmente en una negociación destinada a buscar la fórmula que pueda hacer posible dar a Bolivia una salida propia y soberana al Océano Pacífico, y a Chile obtener las compensaciones que no tengan carácter territorial y que consulten efectivamente sus intereses.<sup>39</sup>

Chile remarcaría que los términos de estar llano, no significa sino estar abierto. Es claro que, en materia de compensaciones como base de la negociación, las notas tampoco fueron coincidentes.

En su alegato, Chile acotaría que lo que vino después de ellas, no fue auspicioso para iniciar una negociación: en Chile hubo una reacción muy fuerte en contra de una cesión territorial y en Bolivia, respecto de comprometer las aguas del Titicaca.<sup>40</sup> También se planteó la posición del Perú respecto del estatus de esas aguas.<sup>41</sup>

Siguiendo con los hechos referidos al amparo de la tesis del compromiso histórico, otra frase inspiradora para Bolivia sería aquella relativa a estar llano a “la posibilidad de satisfacer las aspiraciones

33. Ibid.

34. CMC, Anexo 128, p. 427.

35. CMC, Anexo 129, p. 433.

36. Bolivia citaría también una carta peruana enviada a la Corte en 2016 y que la Corte no incluyó como documento del proceso. Anexada por Bolivia en su Réplica. RB, pp. 3-4, y Anexo 370. Chile no estimó pertinente referirse a ella en las audiencias.

37. Bolivia's Foreign Affairs Memorandum No. 327, 1 August 1929, citado en MB, Anexo 23. Tomado de United States Department of State / Papers relating to the Foreign Relations of the United States, 1929) Memorandum No. 327. La Paz, 1 August, 1929.

38. Nota del Embajador de Bolivia en Chile, Alberto Ostría Gutiérrez, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, Horacio Walker Larraín, No. 529/21, 1 de junio de 1950, CMC, Anexo 143, p. 527.

Nota del Ministro de Relaciones Exteriores de Chile al Embajador de Bolivia en Chile, 20.06.1950, RC, Anexo 399, p. 253.

39. Nota de 20.06.1950, de Chile.

40. El Diario Ilustrado 06.01.1951. SoRBe el problema portuario chileno-boliviano habló en La Paz el Embajador Ostría, RB, Anexo 277, p.407. También A. Ostría Gutiérrez, Una Obra y un Destino. La política internacional de Bolivia después de la guerra del Chaco, 1953. RC, Anexo 406, p. 297.

41. En, A. Ostría Gutiérrez, Una Obra y un Destino. La política internacional de Bolivia después de la guerra del Chaco, 1953. Ibid.

de ese país [Bolivia] y los intereses de Chile,<sup>42</sup> contenida en el llamado memorándum Trucco, de 1961. La capacidad de ese documento – diría Chile – de generar una obligación de negociar tiene que apreciarse a luz de su tenor y contexto, contrastándolas con lo que posteriormente planteó Bolivia.

En general, las palabras traducidas al inglés y francés como huellas del “compromiso histórico” no cesaron de ser invocadas por la parte boliviana. Chile resaltaría que las palabras cuentan y que decir *have resolved* no es lo mismo que *have decided*, y *have decided* no es lo mismo que decir *have agreed*, en su lengua original y en su traducción al inglés. La argumentación chilena daría más peso a los términos usados en español, y reiteraría que sí importan aquéllos y su formalidad.

Según Bolivia, todas las declaraciones y notas pueden conducir a un acuerdo, y a través de acuerdos, promesas, expectativas legítimas, *estoppel*, la conducta chilena formaba un continuo donde ninguna etapa escapa a esa caracterización. En vez de sustituirse, ellas se acumulan, las promesas se formulan en una “atmósfera convencional”;<sup>43</sup> este término imaginativo supone la existencia de un medio predispuesto a la conclusión de acuerdos vinculantes.

Ante la queja chilena de que las traducciones bolivianas eran erróneas, Bolivia replicaría ¿por qué las de Chile serían superiores?, emitiendo una señal indicativa de que las traducciones chilenas no tenían más legitimidad y autoridad que las bolivianas.<sup>44</sup>

Bolivia remarcaría una y otra vez, que hubo aceptación de parte de Chile para tratar el tema objeto de la demanda, y que al afirmar que podría abordarlo sin abandonar el Tratado de 1904, había confirmado la teoría del segundo pilar. Diría Bolivia en las audiencias, que “*L'accès souverain à la mer, qui est pour elle vital, ne se fera pas dans son ancien littoral, mais plus au nord. L'intangibilité du traité de 1904 concerne la disposition territoriale du paragraphe 1 de l'article II.*”<sup>45</sup> Es decir, la salvedad relativa al Tratado de 1904

en notas e intercambios entre ambos países, no tendría por objetivo sino preservar los territorios objetos de dicho Tratado; nada más.

El significado de la frase de la independencia de toda negociación del Tratado de 1904 adquirió, por tanto, dos dimensiones contrapuestas. La de Bolivia que veía en ella la confirmación de que el Tratado de 1904 no resolvió el tema del acceso al mar y que dejó pendiente la obligación de negociar (y el supuesto derecho boliviano); y la postura de Chile, que señalaría que jamás se ha admitido que el Tratado de 1904 fuera la fuente de una obligación. Aún más, la independencia de posibles negociaciones con ese Tratado es una manifestación precisa de que no existe obligación alguna explícita o implícita de ceder territorio a Bolivia, que se derive o asume a partir de ese Tratado. Cualquier eventual negociación es sólo fruto de la voluntad soberana de Chile. Es decir, la frase no confirma tal compromiso histórico, sino la autonomía de la voluntad de Chile.

Chile sostendría en fin, que Bolivia no pudo demostrar que Chile está obligado a negociar, que quebró tal obligación y que tal obligación existiese (por acto propio o por efecto del derecho internacional general).<sup>46</sup> El peso de la prueba no fue superado, diría Chile.

#### ■ Continuidad y acumulación en la conducta de las partes

La segunda tesis boliviana se refirió al efecto de continuidad – o también de acumulación – de supuestas fuentes de una obligación de negociar. Para comprender de qué forma Chile responde a esta pretensión, el proceso de negociación de Charaña (1975-1978) sirvió de base. Para seguirlo, es necesario hacer una lectura secuencial del alegato boliviano y del chileno.

Una primera crítica boliviana es que la propuesta chilena se degrada con el tiempo.<sup>47</sup> En el tiempo, aparece la exigencia de compensación territorial o de intercambio territorial, y de desmilitarización, así como otros temas que rebajaron o atenuaron la obligación que presuntamente existía.

42. El “Memorándum Trucco”, de 10.07.1961, CMC Anexo 158, p. 645.

43. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>, Párr.24.

44. Alegato Remiro Brotons. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>, Párr.10.

45. Alegato Chemillier-Gendreau. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>, Párr.43.

46. Alegato de H. Koh. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180328-ORA-01-00-BI.pdf>, p. 14.

47. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>, Párr.31.

Chile reaccionaría, tomando la tarea de analizar cada párrafo de la declaración de Charaña y las correspondientes afirmaciones bolivianas. Al reexaminar el párrafo 4 de la Declaración presidencial de Charaña de 1975,<sup>48</sup> que decía:

con ese espíritu de mutua comprensión y ánimo constructivo, han resuelto se continúe el diálogo a diversos niveles, para buscar fórmulas de solución a los asuntos vitales que ambos países confrontan, como el relativo a la situación de mediterraneidad que afecta a Bolivia, dentro de recíprocas conveniencias y atendiendo a las aspiraciones de los pueblos boliviano y chileno,

Chile destacaría que fue claro que las palabras evitaron la expresión de un compromiso jurídico.

La lectura en ese texto de un reconocimiento implícito de una obligación de negociar una salida soberana al mar para Bolivia, requeriría de un gran esfuerzo de interpretación, si no de imaginación. El propio general Banzer comentó en diversas oportunidades sobre el alcance de las conversaciones. Así se entiende la frase del general Banzer en 1975, en cuanto a que la reintegración marítima no es condición básica para la reanudación de relaciones (diplomáticas).<sup>49</sup> O, cuando afirmaba el 29 de diciembre de 1975, que “el Acta de Charaña no incluye un compromiso categórico de Chile para solucionar el problema de la mediterraneidad de Bolivia.”<sup>50</sup>

A estos antecedentes, se agrega lo planteado en la Nota N° 686 de 19 de diciembre de 1975 dirigida a Bolivia, según la cual (párrafo 4 (f):

La cesión a Bolivia descrita en el acápite d) estaría sujeta a un canje simultáneo de territorios, es decir, que Chile recibiría contemporáneamente a cambio de lo que entrega, una superficie compensatoria equivalente

como mínimo al área de tierra y mar cedida a Bolivia.<sup>51</sup>

Sobre la posición de Perú, Chile recordaría además, lo dicho por el ministro de Relaciones Exteriores de ese país: la creación de una zona tripartita era esencial.<sup>52</sup>

Respecto de las bases de la negociación y la ruptura de relaciones, Bolivia invocaría la teoría de que en Charaña se retomaron los acuerdos de 1895, y eludiría adentrarse en aquellos aspectos que deberían llevar a concluir que esa negociación del siglo XIX no llegó a consolidarse, y carece de valor jurídico actual. Una ruptura de relaciones y el desahucio de los términos de una negociación,<sup>53</sup> fueron elementos expresivos de esta determinación.

El apoyo que puede prestar al argumento de que Charaña perdura aún, al invocar de forma incompleta un artículo del *Annuaire Francais de Droit International*,<sup>54</sup> es escaso, y para ello basta con leer el texto que confirma que Bolivia asumió un enfoque parcial de frases que proponen conclusiones contrarias a su discurso. El artículo de la referencia – que data de antes de que fueran rotas las negociaciones en 1978 - explicita dos condiciones claves de la negociación iniciada en el proceso de Charaña: el intercambio territorial y, el consentimiento del Perú en los términos previstos en el Protocolo Complementario al Tratado de 1929. Otro elemento que destaca el artículo: la autonomía de un futuro acuerdo, de ser alcanzado, del Tratado de 1904. Es decir, no se realizaba ese proceso negociador por obligación o necesidad fundada en las obligaciones del Tratado.

La parte boliviana agregaría otro elemento: el valor de la acumulación de conductas. Akhavan<sup>55</sup> reiteraría que la obligación se confirmaba en episodios interconectados por más de 130 años. Si bien no hay un momento mágico, diría, la práctica histórica acumulada puede tener un efecto decisivo.<sup>56</sup> Cuando Chile decía tener una

48. CMC, Anexo 174, p. 945.

49. “Banzer puntualiza. Mediterraneidad no es Condición Básica”, El Mercurio (Chile), 5.02.1975, RC, Anexo 417, p.425 “Se negociará con Chile sobre base de compensación territorial”, Presencia (Bolivia). 29.12.1975, CMC, Anexo 184, p. 1015.

50. *Ibid.*, p. 1026.

51. CMC, Anexo 180, p.977.

52. “Versión completa de las explicaciones del Ministro de Relaciones Exteriores peruano José de la Puente”, El Mercurio (Chile), 26.11. 1976, CMC, Anexo 213, p. 1207.

53. Ver análisis en R. Prudencio Lizón, *Historia de la Negociación de Charaña*, La Paz, Plural, 2011, p.359.

54. R. Díaz Albónico, M.T. Infante Caffi, et F. Orrego Vicuña, «Les négociations entre le Chili et la Bolivie relatives à un accès souverain à la mer», *Annuaire français de droit international*, vol. 23 (1977), p. 343-356.

55. Tesis también expuesta en las audiencias orales sobre Excepción Preliminar, RC 2015/21, p. 33, párr. 9

56. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. P. 15.



política tradicional hacia Bolivia en 1950, y no se puede determinar un episodio, documento o declaración que sustente que aquélla es equivalente al reconocimiento de un derecho de parte de ese país,<sup>57</sup> ¿se está reconociendo que pesa sobre aquél una obligación de negociar? Es la pregunta que surge de la lectura de estos textos.

La práctica histórica, hilvanada a lo largo de años, tiene un punto culminante en el alegato de que en 1929, con el Protocolo Complementario al Tratado de Lima, Chile y Perú contemplaron la cesión de Arica a Bolivia, lo que carece de sustento según se puede demostrar.

La indicación de la existencia de un compromiso histórico agrega Bolivia, estaría demostrado por el hecho de que Chile hubiese estado dispuesto a negociar salvaguardando el Tratado de 1904. Omite analizar la frase de González Videla, citada por ambas partes, que dijo que estaba llano a abrir conversaciones, con dos condiciones irrevocables:

1°. Que no se planteen ellas en el terreno de la revisión de los tratados, porque en ese aspecto no tenemos ningún problema pendiente con Bolivia. Los tratados suscritos se cumplieron ya en el tiempo, y hoy son sólo hechos históricos. De esta suerte, no cabe revisión de ninguna especie. Así lo dije siendo delegado en San Francisco, y recordarán todos los chilenos que esa batalla por el no revisionismo de los tratados fue ganada por la delegación nuestra en toda su extensión. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas dice textualmente: "Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, estamos resueltos a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional." De esta manera, las conversaciones con Bolivia no podrán tener otro tono que el de

gestiones amigables y amistosas, a base de compensaciones a Chile. 2° La segunda gran condición es la de que todas las posibles conferencias a que dé lugar el estudio de la mediterraneidad de Bolivia deben contar con el previo acuerdo del Perú, porque así lo dispone el protocolo complementario del tratado chileno-peruano, suscrito en Lima el 3 de julio de 1929.<sup>58</sup>

En 1967, ante las afirmaciones del presidente de Bolivia de que existía un compromiso con el acceso soberano de parte de Chile, a pesar de que en 1950, y en 1961-63 (en torno al llamado memorándum Trucco), se comprobara la falta de concordancia entre las posiciones de los países y hasta inactividad de parte de Bolivia, Chile enviaba una nota circular a los países de América señalando:

Las negociaciones ni siquiera se iniciaron. Las opiniones públicas de Bolivia y Chile reaccionaron en forma tan violenta que tanto el Embajador Ostria (de Bolivia) como el Canciller Walker (de Chile) debieron explicar que no había compromiso alguno y que la negociación nunca se había abierto. Esto es lo que el presidente Barrientos ha dado en llamar el "compromiso" de Chile.<sup>59</sup>

#### ■ Explorando otras posibles fuentes de una obligación de negociar

Bolivia explicaría a la Corte que la continuidad del compromiso histórico estaba confirmada mediante acuerdos expresos, declaraciones unilaterales, acuerdos tácitos, aquiescencia y *estoppel*. Nada escaparía a la enumeración.<sup>60</sup> Bolivia-dijo-, tiene derecho a invocar todos esos actos y comportamientos, e incluso una legítima expectativa para obligar a que Chile se sienta a negociar sobre un acceso soberano al océano.<sup>61</sup> La decisión de la Corte en el asunto relativo a los Ensayos Nucleares – dijo Bolivia – aporta elementos para evaluar la conducta chilena hacia su país. Una declaración francesa expresiva de que se comprometía a cesar los ensayos nucleares

57. CMC, Anexo 145.

58. Nota del embajador de Bolivia en Chile al Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia No. 668/444, 19.07.1950, CMC, Anexo 146, p. 557, reproduciendo una declaración del presidente González Videla en la revista VEA, de fecha 19.07.1950. También en BM, Anexo 67.

59. Carta del Ministro de Relaciones Exteriores de Chile a los Ministros de Relaciones Exteriores en América, 29.05.1967, CMC, Anexo 171, p. 912.

60. Abogado Akhavan. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr. 32.

61. <http://www.icj-cj.org/files/case-related/153-20180320-ORA-01-00-BI.pdf>,

atmosféricos,<sup>62</sup> revelaba la intención de actuar de determinada manera a la luz de las circunstancias; ello – diría Bolivia – se aplica a Chile. Pero, omitió decir que Francia había sido acusada de actuar ilegalmente al emprender dichos ensayos, lo cual era un cuadro de hechos completamente diferente al presentado en la demanda boliviana, donde la obligación de negociar derivaría exclusivamente de la conducta chilena o de actos bilaterales, independiente de toda otra obligación anterior.

Sobre la doctrina de los acuerdos tácitos y de la aquiescencia, el discurso boliviano desplegaría al máximo su imaginación. Aquél incluye el argumento de que Chile debió haber reaccionado ante la declaración boliviana<sup>63</sup> al firmar la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y al no hacerlo, habría incurrido en aquiescencia. Cabe señalar que la referencia boliviana a recobrar el estatus de estado costero “*as a consequence of negotiations*” no tenía por qué apelar a una reacción de Chile cuando éste no fue mencionado en la declaración.

A este argumento, se agregó otro más complejo de explicar. Bolivia – dijo – no repudió el Tratado de 1904, debido a que confió en las “representaciones” de Chile en 1910, 1920, 1923, 1926, hasta 1929. Chile habría incurrido en *estoppel* y ya en 1929, estaba impedido de negar las legítimas expectativas de Bolivia. Posteriormente, estas representaciones cristalizaron con otros actos (1950, 1961, 1975).

Este enfoque parece contradecirse con lo que declarase el ministro de Relaciones Exteriores de Chile en 1987:

...no resulta admisible para Chile el fondo de la aludida propuesta boliviana en sus dos alternativas, esto es, la concesión de territorio chileno soberano, sea a través de un corredor al norte de Arica o de enclaves a lo largo del litoral... Chile entiende que puede colaborar con dicho país en la búsqueda de fórmulas que,

sin alterar el patrimonio territorial o marítimo nacionales, permitan materializar una integración bilateral que sirva eficazmente al desarrollo y bienestar de los respectivos pueblos. El Gobierno de Chile ha estimado su deber adelantar estas precisiones, porque no estima justo -con su silencio o dilación- generar confusiones en la opinión pública nacional, o bien engendrar falsas expectativas al Gobierno y pueblo bolivianos, que el transcurso del tiempo se encargaría de frustrar.<sup>64</sup>

Este texto contradice la tesis de que Chile dio pie a un cambio de posición de parte de Bolivia, contrariando la buena fe, base del concepto de *estoppel*.

A su vez, las líneas argumentales sobre episodios más recientes, tales como: el enfoque fresco (1986-1987, cuando Bolivia retorna a la democracia),<sup>65</sup> la declaración de Algarve de 2000<sup>66</sup> y el contenido del diálogo en torno a una agenda de 13 puntos, iniciada en los años 2005-2006, en el marco del Mecanismo de Consultas Políticas, confirmarían la posición sostenida por Chile acerca de la no existencia de una obligación de negociar.

Cuando Bolivia no cesaba de repetir que siempre se ha tratado de un mismo relato: el carácter soberano de sus aspiraciones,<sup>67</sup> Chile sostendría que en ningún momento, y así lo confirma el período 1990 – 2011, se había aportado elementos sustantivos para demostrar que hubo señal de continuidad de una supuesta obligación de negociar entre las partes, y que ésta hubiere emergido ya fuere por un compromiso histórico o por actos expresos o implícitos posteriores a 1904. Chile tuvo que referirse – en este ámbito - a la falta de precisión de cuándo se habría quebrantado precisamente tal obligación de negociar, de haber ella existido, ¿en 1987 o en 2011? Todas las posibilidades serían mencionadas por Bolivia.

62. Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 265-267, párrs. 34-41.

63. “Bolivia wishes to place on record that it is a country that has no maritime sovereignty as a result of a war and not as a result of its natural geographic position and that it will assert all the rights of coastal States under the Convention once it recovers the legal status in question as a consequence of negotiations on the restoration to Bolivia of its own sovereign outlet to the Pacific Ocean.” Declaration of Bolivia upon signature of UNCLoS, 27 nov. 1984, 1835 UNTS 59, 60.

64. Declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. 09.06.1987, CMC, Anexo 296, pp. 1982-1984.

65. CMC, pp. 176-181.

66. CMC, Anexo 318, p. 2243.

67. Abogada Chemillier-Gendreau. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>, párr.37.

Aún más, Algarve en 2000 y la Agenda de 13 Puntos de 2006 no emplearon en parte alguna, términos como el de una obligación de negociar con un fin preestablecido. No hay mención a un acceso soberano. En la Agenda hay ideas prácticas y no historia o temas de soberanía,<sup>68</sup> diría el abogado Juratowitch (por Chile). Iguales términos contienen las actas de las reuniones del Mecanismo de Consultas Políticas. El “tema marítimo”, como subtítulo, usó un lenguaje que precisamente buscaba limpiar la percepción de que siempre cuando se habla de lo marítimo se está pensando en una cesión territorial. Bolivia no sugirió tampoco, que de ese acápite resultase un deber a perpetuidad de negociar. La intervención de Chile en 2008 en la Asamblea General de la OEA, recordada ante la Corte, parece clara:

*a question of exploring, constructively and creatively, formulas that make possible a better access to the Pacific Ocean for Bolivia, Chile reserving its legal and political positions on the matter. Therefore, the goal of this process cannot be a sovereign outlet to the sea, because if that were the case, my country would not have agreed to include this item in the agenda.*<sup>69</sup>

■ **El llamado al derecho internacional general: una nueva dimensión para pasar de lo jurídico a la justicia**

En sus alegatos, Bolivia recurriría al artículo 2.3 de la Carta de Naciones Unidas,<sup>70</sup> mediante el discurso del profesor V. Lowe. Él sostuvo que en el derecho internacional el deber de negociar implica, como mínimo, la obligación de recibir comunicaciones y propuestas del otro Estado respecto de cómo resolver cualquier asunto de preocupación seria para ese Estado; y el deber de considerar esas comunicaciones o propuestas, teniendo en cuenta los intereses del otro Estado. A esos elementos se agregarían otros:

- El deber de participar, en una forma considerada y razonada, en reuniones

oficiales para discutir esas comunicaciones y propuestas, si se es invitado a hacerlo.

- El deber de buscar medios para superar cualquier problema, de manera razonada y considerada, en reuniones oficiales para discutir tales comunicaciones y propuestas, si se es invitado a hacerlo,
- El deber de buscar medios para superar cualquier problema que se presente en el camino para resolver el asunto.

Todo esto de buena fe y, manifestando tal conducta a tiempo.

Este enfoque modificaría el punto de observación de la demanda contra Chile, ya que postula que nuestro país debe aceptar entrar a una negociación como una expresión de conducta requerida por el derecho internacional, sin abandonar sus intereses vitales y sin comprometerse a cualquier costo. El resultado de este nuevo marco de relaciones es una obligación de resolver o mejorar la situación del país sin litoral que es Bolivia a fin de que goce de acceso soberano. Se trata de una norma general seguida de una *lex specialis*, dijo Bolivia, compuesta de prácticas particulares.<sup>71</sup>

El argumento se modelaría en torno a dos ideas, ambas imprecisas. La primera es que una obligación nace cuando un Estado plantea formalmente ante otro Estado, un asunto que es de interés vital, y la segunda, referida al momento en que el otro Estado concuerda en referirse al tema y en satisfacer esa aspiración.

La parte chilena observaría que las opiniones de jueces<sup>72</sup> y fallos de la Corte Internacional de Justicia<sup>73</sup> citados para respaldar esa novedosa tesis, corresponden a situaciones radicalmente diferentes del caso planteado por Bolivia. En ellos, existía una obligación general (régimen de mandatos y fideicomisos, según el sistema de la Sociedad de las Naciones y después, de la Carta de la ONU), o un acuerdo internacional previo, o se trataba de materias que debían resolverse por acuerdo por tratarse de la determinación

68. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180323-ORA-01-00-BI.pdf>

69. Minutes of the Fourth Plenary Meeting of the OAS GA, 3.06. 2008, CMC, Anexo 340, p. 2591.

70. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>. Párr.9

71. Abogado Akhavan. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>. P.21

72. International Status of South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 188; dissenting opinion of Judge De Visscher. Un Estado “while remaining free to reject the particular terms of a proposed agreement, has the legal obligation to be ready to take part in negotiations and to conduct them in good faith with a view to concluding an agreement.”

73. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, p. 47. para. 85 (a). Sobre la buena fe de las partes, se dijo en ese caso que ellas “are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it.”

de un límite internacional en un espacio con pretensiones superpuestas de dos Estados.

No sólo la historia era diferente, sino también los elementos de hecho y de derecho presentes. Poco agrega la frase de que "*Negotiations with a view to reaching an agreement also imply that the parties should pay reasonable regard to the interests of the other*,"<sup>74</sup> dado que la consideración de los intereses de la otra parte en los casos citados, se ha sustentado en un acuerdo previo y los intereses de las partes no podrían pasar por sobre sus derechos.

Bolivia sostendría que cabía aplicar, además, otro principio. Según éste, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas (Art. 2.3) y la de la OEA (Art. 24), todo Estado tiene una obligación de negociar sobre cuestiones de importancia vital para los Estados vecinos que les sean planteadas formalmente. Sería un corolario de la pertenencia a la comunidad de las naciones, y que resulta de la obligación de resolver sus disputas pacíficamente. Bolivia citaría dos resoluciones que recogen este principio: la Declaración 2625 (XXV). Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (1970) y la Declaración de Manila de 1980, sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, (AG 37/10).

De la lectura de estas resoluciones se desprende que ellas se refieren a la obligación de buscar un arreglo a las controversias, y no al caso donde la disputa planteada por una parte se refiere a la existencia misma de una obligación de negociar una cesión territorial, lo cual cambia el eje de la discusión y de la definición de la controversia misma.

Chile recordaría en este capítulo, que al estudiarse el proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), primó la opinión general de que iniciar una negociación no obligaba a nada, ya que respondía a una acción discrecional. Por tanto, el negociador mantenía su total libertad para aceptar, rehusar, suspender, o romper.<sup>75</sup> De una simple negociación no derivan obligaciones de mantener una posición como

las que prevé el Artículo 18 de la Convención de Viena, donde se acepta por cierto, el abandono del interés en ser parte y el fin de las obligaciones derivadas de la firma del tratado en especie.

Chile agregaría que Bolivia buscaba un mecanismo obligatorio de negociación con un fin predeterminado. De seguir la tesis boliviana, todo Estado convocado a negociar sobre un documento predeterminado, no podría rehusarse de concurrir y tampoco, de aceptar los términos que se le presentaren. Esto no parece ser conforme a la buena fe en las relaciones internacionales, tampoco a la práctica y a la *opinio juris*.

La introducción en este ámbito del término de justicia como fuente de una nueva obligación jurídica, pretendería ampliar la base de sustentación de la obligación: La paz internacional y la seguridad, y la justicia, juegan en el mismo plano, según Bolivia. Su lectura de la obligación general reflejada en el Art. 2.3 de la Carta de la ONU, pone el acento en el deber de buscar el fin de situaciones manifiestamente injustas (o ilegales, agrega). Este argumento lleva a responder la diferencia entre el término de justicia y justiciable, y sugiere un cierto revisionismo histórico.

La pregunta siguiente fue cómo reconciliar la función de la Corte en cuanto a resolver controversias conforme al derecho internacional, de la esencia de su jurisdicción, con la idea de que ésta coincide con el objeto del artículo 2.3 de la Carta de la ONU, aplicable a todo tipo de controversias, incluyendo las jurídicas. El efecto del Art. 2.3 debe – en la óptica boliviana – ampliarse a fin incluir todo tipo de controversias, convirtiéndolas en justiciables por el sólo hecho de proclamarlas como tales.

En respuesta, Chile tuvo que llamar la atención acerca de la naturaleza de las fuentes del derecho internacional que Bolivia invocaba y del contenido de una obligación de negociar, si ésta existiese, y cómo se puede extinguir. A propósito del artículo 2.3 de la Carta de la ONU, Chile recordaría – citando al professor Tomuschat<sup>76</sup> – que "*Realistically, the Charter refrains from demanding of States that*

74. 3 Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 685, para. 132; citing Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 33, para. 78.

75. P. Reuter, «De l'obligation de négocier», in Mélanges Morelli, Paris, 1975, p. 711-733, en particulier p. 714. Citado por el abogado Thouvenin. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>. P. 44.

76. C. Tomuschat, «Art. 2, par. 3», in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C. Tams, The Statute of the International Court of Justice, A commentary, 2nd ed., OUP, Oxford, 2012, p. 85. Citado por Thouvenin, 153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf, p. 42.

*they should maintain with all of their neighbours relations of friendship and good neighbourliness, although this is a desirable state of affairs*". La Carta require -dice el autor- "*all States not to let their disputes with other countries degenerate into a peace-threatening configuration*."<sup>77</sup> Esta es la obligación general, no la de responder a cualquier argumentación acerca de un interés vital insatisfecho.

Aportando argumentos novedosos, Bolivia postularía también que las resoluciones de la OEA pueden crear o confirmar una obligación para los Estados. La pregunta siguiente debería ser: ¿Resulta de aquéllas también una obligación de cesión territorial? ¿Cuál ha sido la conducta observada por Chile ante ese argumento? El alegato boliviano invoca la opinión consultiva de la CPJI en el asunto del *Railway Traffic*, donde se abordó el valor de una resolución del Consejo de la Sociedad de las Naciones que recomendaba a dos gobiernos (de Polonia y Lituania) "*enter into direct negotiations*."<sup>78</sup> Las partes aceptaron la recomendación y la Corte estimó que de ese acto resultaba un compromiso para ambas, de conformidad con la resolución del Consejo consistente en negociar tanto como fuere posible, con el fin de concluir un acuerdo. Bolivia no citaría en su discurso oral, la frase que también contiene la opinión consultiva: "*But an obligation to negotiate does not imply an obligation to reach an agreement, nor in particular does it, imply that Lithuania, by undertaking to negotiate, has assumed an engagement*."<sup>79</sup>

La respuesta de Bolivia se basa en una interpretación expansiva de la Carta de la OEA y de los poderes de su Asamblea General. Bolivia destaca tres elementos de ellos: la Carta de la OEA obliga a comportarse de buena fe y a resolver las controversias pacíficamente; la Asamblea General identificó la existencia de una controversia y adoptó resoluciones a ese respecto, cuyo efecto jurídico no puede desconocerse; y Chile votó contra algunas de esas 11 resoluciones,<sup>80</sup> pero

eso no impide que existan las obligaciones en virtud de la Carta. Bolivia indicaría también, que Chile se sumó al consenso en tres ocasiones (1980, 1981, 1983).

Pero, estas afirmaciones no fueron acompañadas de una exégesis de los términos utilizados en cada resolución, los que aportan matices y diferencias considerables. Chile, a su vez, apelaría a una interpretación armónica de los textos a la luz del principio de la buena fe y del texto de la carta misma.<sup>81</sup> Y ciertamente, para que exista un deber de negociar para ceder territorio, tiene que haber un acto expreso y consentido que así lo consagre, no una exhortación política.

Desde la primera resolución en 1979, titulada "*Access by Bolivia to the Pacific Ocean*" (AG/RES.426 (IX-O/79), hasta la última de 1989 (AG/RES.989 (XIX-O/89), titulada "*Report on the maritime problem of Bolivia*", las preguntas centrales que surgen se refieren a si ellas generan un derecho en favor de Bolivia para exigir una negociación y si comprometen a Chile a mantener una conducta constante en tal sentido. Todo ello, considerando la evolución del lenguaje utilizado y que a partir de 1990 nunca más la organización adoptó una resolución sobre esos temas.

La resolución de 1983 (AG/RES.686) titulada "*Report on the maritime problem of Bolivia*", remarcaría la abogada Mónica Pinto<sup>82</sup> (Chile), adoptó un lenguaje especial. Ella exhortaba a seguir un proceso de acercamiento y fortalecimiento de la amistad con el fin de superar dificultades que separan a los Estados, incluyendo una fórmula para dar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico, sobre bases que tomen en cuenta conveniencias mutuas y los derechos e intereses de todas las partes interesadas. Un proceso de acercamiento, que Chile apoyaba, no implica reconocer una obligación de negociar la cesión de territorio.

Por otra parte, la OEA no generó mecanismos de seguimiento o requirió informes de los países concernidos. Si las resoluciones de la OEA pudieren sustentar la afirmación de que el

77. *Ibid.*

78. *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, Advisory Opinion, P.C.I.J., Series A/B, No. 42, p. 116.

79. *Ibid.*

80. OAS, General Assembly resolutions 426 (31 October 1979), CMC Anexo 250; 481 (27 November 1980), CMC Anexo 254; 560 (10 December 1981), CMC Anexo 257; 602 (20 November 1982), CMC Anexo 259; 686 (18 November 1983), CMC Anexo 266; 701 (17 November 1984), CMC Anexo 272; 766 (9 December 1985), CMC Anexo 282; 873 (14 November 1987), CMC Anexo 300; 930 (19 November 1988), CMC Anexo 304; and 989 (18 November 1989), CMC Anexo 306.

81. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180320-ORA-01-00-BI.pdf>, párr.36.

82. *Ibid.*, pp.53-54.

acceso soberano al océano es un tema pendiente, como sostiene Bolivia, también cabría tener en cuenta que su Ministro de Relaciones Exteriores expresó en 1990, que:

*All of this support (de las resoluciones), which is now part of the history of the successive Assemblies of the OAS, has preserved the principles of non-intervention and respect for the sovereignty of States, because it has been limited to recommending negotiations between the Parties involved, respecting their rights and their self-determination.*<sup>83</sup>

En sus alegatos ante la Corte, Chile recordaría lo dicho por el juez Lauterpacht<sup>84</sup> en su opinión individual en el asunto del Sudoeste Africano (opinión consultiva), acerca de la relación entre el valor de recomendaciones de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y el grado de respeto con que deben tratarse. Ambos efectos no se contradicen, pero se confunden. Ese caso se refería a la interpretación del marco jurídico (incluyendo un acuerdo) que fundamentaba el mandato sobre dicho territorio, claramente dentro de la competencia del tribunal y de las Naciones Unidas.

■ **Bolivia no ha renunciado a pretender que existe una obligación de negociar**

El abogado Forteau<sup>85</sup> lo explicaría así: Bolivia no ha renunciado – ni siquiera tácitamente - a exigir una negociación para acceder soberanamente al mar. Se trata de una obligación de carácter continuo, que se demuestra por un reenvío constante de unos documentos a otros, a las mismas políticas y promesas.

Para Bolivia, se trata de una situación jurídica que resulta de tratados sucesivos cuyas disposiciones se superponen parcialmente unas a las otras, lo cual prevé la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Esa lógica debería aplicarse- agregó- a sucesivos instrumentos donde hubiere habido referencias al acceso al mar, que en vez de derogarse unos a otros,

generan una red mayor de obligaciones entre las partes. Forteau<sup>86</sup> diría así:

*le Chili s'est engagé de manière répétée à négocier un accès souverain à la mer, et, d'autre part, qu'il a agi de mauvaise foi en réduisant systématiquement au fil des années l'objet et la portée de ce qu'il est prêt à concéder à la Bolivie dans le cadre de ces négociations.*

La idea se resumiría así en consecuencia: Las modalidades deben convenirse, no así la existencia misma de la obligación. Igual, Chile ha logrado disminuir el alcance de lo que está dispuesto a conceder.

Se trata de una obligación de negociar de características tales que el fracaso de un ciclo de negociaciones no acarrea la extinción de aquélla. Tampoco se reproduciría aquello que la Corte dijo en el caso Georgia c. Rusia,<sup>87</sup> donde se trató de una negociación como precondition para admitir el recurso ante ese tribunal.

A partir de esos supuestos, Bolivia pasaría hacia la declaración de Algarve (2000) y la agenda de 13 puntos (2006), como actos de reafirmación de la obligación de negociar. De este modo, el título de "Tema marítimo" empleado en las Consultas Políticas, significaría -a pesar de que las palabras no lo dicen – cesión de territorio soberano. Su corolario para Bolivia es que Chile no puede repudiar tal obligación.

## Una respuesta global a Bolivia

Enmarcados en los lineamientos entregados por el agente de Chile al iniciar los alegatos el 22 de marzo, los discursos de los abogados de la defensa de este país se encaminarían a resaltar que fuera del Palacio de la Paz, Bolivia expresaba sus verdaderas intenciones. También recordarían que en su nueva Constitución de 2009,<sup>88</sup> Bolivia proclama (Artículo 267), que:

I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al

83. Minutes of the Second Meeting of the General Committee of the Organization of American States General Assembly, 6.06.1990, CMC, Anexo 307, p. 2121.

84. "South-West Africa-Voting Procedure, Advisory Opinion of June 7th 1955: I.C.J. Reports 1955. Opinión individual del juez Lauterpacht, p.120.

85. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180320-ORA-01-00-BI.pdf>, pp.58

86. *Ibid.*, p. 63.

87. Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 133, par. 159 et 161

88. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>, p. 19.

océano Pacífico y su espacio marítimo.  
II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano.<sup>89</sup>

En 2013, el Senado boliviano dijo además, que el deber constitucional de denunciar y renegociar los tratados contrarios a la Constitución, previsto en la novena disposición transitoria, se cumpliría mediante el recurso a tribunales internacionales para desafiarlos.<sup>90</sup>

En este contexto, la defensa de Chile puso de relieve el carácter cambiante de la posición boliviana. De la lectura sistemática de los argumentos bolivianos, se desprendería esa característica.

Primero, el vecino país comienza con una reclamación de un derecho de acceso soberano al océano Pacífico, derecho retenido desde el siglo XIX, y que no se le ha permitido ejercer.<sup>91</sup> Después, el argumento de Bolivia oscila entre una obligación de resultado (donde sólo las modalidades del acceso soberano deben acordarse) y una obligación de conducta (persistir en la negociación). ¿Cuál es la verdadera posición?

A estos argumentos, se une una nueva teoría: la obligación de negociar deriva de una obligación general según el derecho internacional. Así, basta con invocar el artículo 2.3 de la Carta de la ONU y el artículo 3 de la Carta de la OEA. Surgen entonces, diferencias sustantivas entre una u otra posición.

Si Bolivia no tiene derecho a un acceso soberano al mar, y además ese tema fue estructurado por la sentencia sobre Excepción Preliminar de forma que no postula un supuesto derecho como objeto del diferendo, la interrogante que sigue es si se puede sostener que la Corte debe necesariamente pronunciarse en favor de una obligación de negociar de carácter permanente para dar un acceso al océano Pacífico.

De los argumentos presentados se desprende que Bolivia introduce precondiciones<sup>92</sup> para el

cumplimiento de una obligación, lo cual se alinea poco con una simple obligación de conducta. Chile debió, por tanto, rehusar la validez del aserto que al aceptar negociar un Estado lo hace porque está obligado a conversar.

Por otra parte, en la agenda de 13 puntos, ambos Estados buscaron generar un nuevo modelo de relacionamiento, estructurando sus posiciones de forma que si el acento hubiese sido puesto en la cuestión de la soberanía, o aún en la obligación de negociar acceso soberano, todo el esfuerzo se habría desrielado.

Para Chile, ese proceso buscaba un cambio de prisma. Ya había un marco jurídico acordado que resolvió los asuntos territoriales: el Tratado de 1904. Junto con determinar las cuestiones de soberanía, estableció el libre tránsito en su artículo VI, el cual ha sido complementado y aplicado a lo largo de las décadas sucesivas.<sup>93</sup>

¿Qué es un acuerdo preguntó Chile en las audiencias? Respondió explicando la necesidad de contar con dos elementos: un texto y una intención. El texto deberá ser idéntico, emplear las mismas palabras o palabras con el mismo significado para ambas partes. Si bien un comunicado puede tener un significado jurídico, el texto de un acuerdo informal<sup>94</sup> es fundamental para determinar si del mismo surgen obligaciones distintas de las que relativas a un comportamiento político y sobre todo de la naturaleza que argumenta Bolivia. Así lo señaló la Corte en el asunto del mar Egeo<sup>95</sup> cuando rechazó la tesis de que un comunicado conjunto greco-turco había otorgado competencia a la Corte para abocarse el asunto de la delimitación marítima.

Responder las afirmaciones sobre los actos unilaterales (irrenunciables o irrevocables diría Bolivia) y aún más, sobre el *estoppel*, como fuentes de la obligación de negociar, exigiría una dosis de argumentación y de antecedentes históricos incommensurables. Como la Corte ha dicho, el *estoppel* supone que la parte que aparece comprometida:

*ait adopté un comportement ou fait des déclarations qui auraient attesté*

89. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Artículo 267 (I y II), 07.02.2009, RC, Anexo 447, p.752.

90. *Ibid.*, p. 757.

91. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>, P. 23.

92. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>, P.27

93. CMC, pp. 43-54.

94. J.-P. Jacqué, «Acte et norme en droit international public», RCADI, t. 227, 1991-II, p. 394-395.

95. Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 39, par. 96.

*d'une manière claire et constante qu'il avait accepté [une obligation]. Elle impliquerait en outre que [l'Etat qui invoque l'estoppel], se fondant sur cette attitude, ait modifié sa position à son détriment ou ait subi un préjudice quelconque (Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 26, par. 30; Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/ Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 118, par. 63).<sup>96</sup>*

En palabras de Thouvenin, cabe subrayar que de existir una obligación de negociar, ella no sobrevive al momento en que se constata – por cualquiera de las partes – que una solución mutuamente satisfactoria no es posible de alcanzar.<sup>97</sup>

## Conclusiones

Se aprecia de la revisión de estos argumentos que para Bolivia, el fracaso de un ciclo como el de Charaña, no significó un término que puso fin a la supuesta obligación de negociar. Los años posteriores sólo confirmarían tal afirmación, según el demandante. Para llegar a esta conclusión, la argumentación respecto de ese proceso, sobrepasa el ámbito de la realidad y se adentra en el de la creatividad jurídica. No solamente se niega la expresa aceptación de un intercambio territorial como base de la negociación específica, sino que además se incorpora un elemento nuevo. Éste es, que correspondía a Chile desplegar esfuerzos jurídicamente eficientes para lograr el consentimiento del Perú para ceder territorio a Bolivia. Una interpretación del Tratado de 1929 y su Protocolo Complementario nunca acordada y tampoco invocada en las relaciones con el Perú.

La Agenda de 13 puntos que se trabajara en el marco del Mecanismo de Consultas Políticas, ha sido también objeto de una nueva lectura. Las palabras adquieren un nuevo significado y del tema marítimo se pasa, sin interrupción a una obligación de ceder territorio para un acceso soberano al mar.

Éstas, entre otras, son las materias que corresponde ahora evaluar a la Corte Internacional de Justicia.

Se han presentado muchos antecedentes y la argumentación ha sido generosa.

La parte boliviana debía demostrar que Chile se había obligado a negociar de forma permanente, que había quebrantado tal obligación y que esa obligación, después de diversos antecedentes y episodios todavía existe.

Ése es el fondo de la cuestión planteada por Bolivia. La parte chilena desarrolló todos los esfuerzos necesarios, con documentos fundantes, para responder a estas afirmaciones y demostrar lo contrario. No se podría haber quebrantado una obligación, cuya fuente de origen no pudo demostrar la parte demandante. Por otra parte, de los alegatos se desprende la cambiante versión acerca de cuál es la obligación que se reclama de Chile, ¿se trata de una obligación de comportamiento que no se extingue con el término o fracaso en una negociación, y que se puede quebrantar si no se logra un resultado y no se retoman los intercambios?, o ¿se trata más bien de una obligación con resultado predeterminado? Ello sin olvidar las dificultades que mostró Bolivia en precisar qué entendía por acceso soberano al océano.

Estos elementos pueden servir para valorar el esfuerzo que se ha hecho ante el tribunal de La Haya. Como si se tratase de un partido de tenis (según palabras del abogado Koh, de Chile), donde la pelota cambia de lado, Chile debió seguir los argumentos de Bolivia y reconstruir una serie de etapas de su historia diplomática y exponerla abiertamente. Su presentación fue nítida: la búsqueda de buenas relaciones con Bolivia no se puede confundir con el de una promesa abierta de negociar para una cesión soberana de acceso al mar.

Como concluyera el alegato de Chile ante la Corte el día 28 de marzo, y lo transmitiese el agente de Chile, Claudio Grossman, el caso fue presentado por Bolivia recurriendo a una hipérbole y con distorsiones históricas y jurídicas. Chile – lejos de desear ahogar a Bolivia, se dijo en esa oportunidad – ha sido y continúa siendo un vecino cooperador y amistoso. Y se ha recordado el papel de la Corte ante la cual ha demandado a Chile; éste es el de decidir conforme al derecho internacional.

\*\*\*

96. Tomado de *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303, par. 57.

97. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>, p. 56.