

## COMENTARIOS DE LA SENTENCIA EN EL CASO DE BOLIVIA CONTRA CHILE

María Teresa Infante Caffi\*

### Resumen

*La autora, agente de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, hace un completo análisis jurídico de la sentencia del 1° de octubre de 2018, que determinó que Chile no tiene la obligación de negociar con Bolivia un acceso soberano al mar.*

**Palabras clave:** Derecho internacional, C.I.J., Tratado de 1904, acceso al océano Pacífico.

Las peticiones de Bolivia en el caso desarrollado entre 2013 y 2018, se mantuvieron sin cambios. En su demanda, Bolivia solicitó que se juzgase y declarase 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>1</sup>

Chile, a su vez, pidió que la Corte:

“Rechace todas las reclamaciones del Estado Plurinacional de Bolivia.”<sup>2</sup>

En la sentencia de 1° de octubre de 2018, la Corte determinó que: *“Finds that the Republic of Chile did not undertake a legal obligation to negotiate a sovereign access to the Pacific Ocean for the Plurinational State of Bolivia.”*

Y rechazó las demás peticiones de Bolivia presentadas en el proceso.<sup>3</sup>

En sus conclusiones generales del fallo, la Corte planteó lo siguiente:

175. A la luz del contexto histórico y factual que expone (ver párrafos 26-83), la Corte observa que Bolivia y Chile tienen una larga historia de diálogo, intercambios y negociaciones tendientes a identificar una solución apropiada a la situación de país sin litoral de Bolivia después de la Guerra

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

1. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>, párrafos 13 y 14, p.11. Traducción de la autora.

2. IBID

3. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>, párrafo 177, pp.54-55.



del Pacífico y el Tratado de Paz de 1904.<sup>4</sup>

Precisando a continuación la Corte que:

no está en capacidad de concluir, sobre la base del material que se le ha sometido, que “Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico.”<sup>5</sup>

Después de esta conclusión jurídica, la Corte agregó en el párrafo 176, que ella no debe ser entendida como impedimento para que las partes continúen su diálogo e intercambios, en espíritu de buena vecindad, a fin de tratar los temas relativos a la calidad sin litoral<sup>6</sup> de Bolivia, cuya solución cada parte ha señalado es de mutuo interés. Agregó la Corte, que para ello se requiere la voluntad de las partes.

Estas frases, al margen de la respuesta a las peticiones de la demandante y que buscan sintetizar un espíritu que trasunte la presentación de cada parte, no puede interpretarse como una forma de calificar o dar contenido a lo antes expuesto, en cuanto a que no existe un fundamento para exigir el cumplimiento de una obligación de negociar.

Es lo que estableció la parte dispositiva del fallo (Párrafo 177), votada 12 contra tres:

(1) Chile, “no se obligó jurídicamente a negociar un acceso soberano al océano Pacífico para el Estado Plurinacional de Bolivia”.

(2) “Rechaza consecuentemente las otras peticiones finales presentadas por el Estado Plurinacional de Bolivia.”<sup>7</sup>

La sentencia plantea tres ejes sucesivos de análisis: el relato histórico, las fuentes de una obligación de negociar a la luz del derecho internacional y la cuestión de la obligación de solucionar pacíficamente las controversias, según el artículo 2 (3) de la Carta de las Naciones Unidas y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El comportamiento de cada país en cada episodio y etapa fue analizado y evaluado a partir de esos ejes, que se examinarán a continuación.

Desde el punto de vista general, el carácter de tribunal de derecho – que la Corte pone en ejecución mediante su competencia - fue subrayado por la declaración del presidente de la CIJ, Abdulqawi A. Yusuf,<sup>8</sup> quien recordó la enseñanza del jurista británico de origen polaco, Hersch Lauterpacht,<sup>9</sup> sobre la relación entre derecho y política y el lugar que ocupa cada uno en las

4. Traducción de la autora.

5. Traducción de la autora.

6. Usamos la traducción de *land-locked* conforme a los términos de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

7. Traducción de la autora.

8. Declaration of President Yusuf. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-01-EN.pdf>

9. El juez Yusuf cita a H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, pp. 330-331.

relaciones entre Estados. (Párrafo 10). Tomamos nota además que, al comienzo de su declaración, el juez Yusuf recordó que una obligación no nace a menos que las partes expresen la intención clara en tal sentido de manera consistente con los diversos medios para asumir obligaciones en derecho internacional. (Párrafo 2).

## La importancia de los hechos y la narración de la historia

Como dijo la declaración del Presidente de la Corte, Abdulqawi Yusuf, el tribunal *"has left no Stone unturned to ascertain whether, on the basis of the evidence made available to it, Chile had undertaken a legal obligation to negotiate Bolivia's "sovereign access" to the Pacific Ocean."*<sup>10</sup>

Ello, según el presidente Yusuf, porque la función principal de la Corte es solucionar las disputas mediante el derecho. Es decir, la Corte consideró cada episodio, documento, declaración o nota, en su propio contexto y conforme a sus términos para apreciar su valor jurídico.

En esta sección de la sentencia sobre los antecedentes históricos que relatan las relaciones bilaterales, se llegó a la conclusión de que en el transcurso del tiempo no se había generado una obligación de negociar.

En los párrafos 16 a 83 la sentencia recorre las relaciones bilaterales, de forma concisa y escogiendo los documentos más directamente vinculados a las peticiones de las partes. La selección de los capítulos o episodios se explica porque tanto Chile como Bolivia incluyeron en sus exposiciones escritas y orales, relatos acerca de etapas donde parecía haberse expresado más claramente la intención de negociar, o el contenido de una posible negociación, según Bolivia, o también que mostrasen como se había modificado el curso de los acontecimientos, poniendo término a una etapa diplomática, según Chile.

Al inicio, la Corte volvió a afirmar erróneamente<sup>11</sup> que Bolivia gozaba de 400 km de costa al iniciarse la Guerra del Pacífico, lo cual no tiene un correlato en los acuerdos firmados con Chile en el siglo XIX

(Tratados de 1866, 1874 y 1884) y tampoco en el siglo XX. No extrajo – no obstante - ninguna conclusión de ese dato.

En la estructuración de los hechos, la Corte analizó etapas anteriores al Tratado de 1904 y hechos posteriores al mismo. Se recuerda que en su sentencia sobre Excepción Preliminar de 24 septiembre de 2015,<sup>12</sup> la Corte había señalado que:

*the Application does not invoke the 1904 Peace Treaty as a source of rights or obligations for either Party, nor does it ask the Court to make any pronouncement regarding the legal status of that Treaty. On its face, therefore, the Application presents a dispute about the existence of an obligation to negotiate sovereign access to the sea, and the alleged breach thereof.*<sup>13</sup>

En este párrafo y en los siguientes, la Corte disoció el análisis del Tratado de 1904 de las peticiones bolivianas, en cuanto a que estimó que Bolivia no solicitaba el reconocimiento de un derecho de acceso soberano al mar, y tampoco un pronunciamiento (del tribunal) sobre el estatus jurídico del Tratado de 1904.

Si bien esos párrafos daban a entender que la Corte había limitado el ámbito material de la controversia, el tema relativo a qué era lo que se había resuelto por el Tratado de 1904 y cuáles eran sus efectos para las nuevas pretensiones bolivianas, no fue directamente tomado como el punto de partida de la sentencia definitiva de 1º de octubre. Esta siguió más bien un razonamiento desde la perspectiva que planteaba la demanda, es decir, si la conducta de Chile había generado una obligación de negociar un acceso soberano al mar, y cuándo y a través de que medio ello podría haber ocurrido.

Esto implicaba implícitamente, puede sostenerse, atender la pregunta de si el Tratado de 1904 había dejado asuntos pendientes entre las partes, y si esos asuntos se referían a un supuesto fundamento para solicitar negociaciones

10. Declaration of President Yusuf. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-01-EN.pdf>

11. Párrafo 19.

12. 153-20150924-JUD-01-00-EN2015.pdf

13. Párr. 31.

a Chile, para un acceso soberano al mar. Se tiene presente que Bolivia invocó en sus alegatos orales, las tesis relativas al compromiso histórico y la acumulación de las fuentes de la supuesta obligación.<sup>14</sup>

En este análisis histórico, la Corte descartó mediante frases contundentes que antes de 1904, se hubiera generado tal obligación y que sus efectos perdurasen en el tiempo. Sobre los tres tratados de 1895 (Paz y Amistad, Transferencia de Territorio y Comercio), la Corte concluyó con una frase contundente: “Como esa condición no se cumplió (que los Parlamentos de ambos países aprobasen un protocolo que clarificaba las obligaciones emergentes de los tratados), los tres tratados de 1895 nunca entraron en vigor.”<sup>15</sup>

La presentación que realizó la Corte del Tratado de 1904 es sucinta, pero clara. Por una parte, el reconocimiento de la soberanía absoluta y perpetua de Chile sobre el territorio ocupado por el Pacto de Tregua de 1884, y la delimitación de la totalidad del límite entre ambos países, y la construcción – por otra parte – del ferrocarril Arica – La Paz a costo de Chile, y el otorgamiento del derecho de tránsito comercial en su territorio y en los puertos del Pacífico.

El relato sobre los hechos planteados ante la Corte era denso, ya que Bolivia presentó intercambios post 1904, como las declaraciones de 1920 (Acta Protocolizada), y los antecedentes del período entre 1920 y 1925, años en los cuales la diplomacia bilateral y el ámbito multilateral (Sociedad de las Naciones) fueron intensos y marcaron una etapa que concluyó con el resultado de la propuesta del secretario de Estado de Estados Unidos, Frank Kellogg y el Tratado de Lima de 1929, entre Chile y Perú. Este último puso término al diferendo bilateral sobre Tacna y Arica. Del Acta Protocolizada de 1920,<sup>16</sup> que es una minuta de la conversación sostenida por Emilio Bello C. (Enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario de Chile) y el Ministro boliviano

de Relaciones exteriores, Carlos Gutiérrez, la Corte destacó el penúltimo párrafo que señala que: “*the present declarations do not contain provisions that create rights, or obligations for the States whose representatives make them.*”<sup>17</sup>

En el período posterior, donde tuvo lugar el importante episodio en la Sociedad de las Naciones (1920-1921) y los años siguientes, cuando Chile y Perú decidieron remitir la controversia sobre Tacna y Arica (vinculada al Tratado de Paz de 1883) al arbitraje del presidente de Estados Unidos, el relato de la sentencia de 1° de octubre de 2018, deslindó – a partir de las declaraciones del presidente Alessandri de Chile – la consideración de las aspiraciones portuarias de Bolivia, de la cuestión de la soberanía sobre el territorio y la existencia de un derecho fundante de una reclamación portuaria en beneficio de ese país.<sup>18</sup>

A continuación, antecedentes de gran valor eran aquéllos relativos a la llamada propuesta Kellogg de 1926<sup>19</sup> y el memorándum Matte,<sup>20</sup> del mismo año. En el proceso, cada país enfatizó aquellos elementos que le parecían más fuertes en su favor, lo cual demostraba que la propuesta Kellogg consistió en una invitación a que Chile y Perú, libre y voluntariamente acordasen ceder a Bolivia, “todo derecho, título e interés” que cada una de ellas pudiese tener en las provincias de Tacna y Arica. Esta propuesta no fue acogida por Perú y la disposición que Chile pudiese haber tenido hacia Bolivia para explorar ese camino, careció de efectividad. Chile además hizo presente que el tema de Tacna y Arica, administradas por Chile a la época, estaba sujeto a un tratado vigente (con el Perú).

Aunque la sentencia lo situó en la línea de tiempo de una serie de hechos, ese período fue crucial para comprender como la relación chileno – peruana seguía una vía independiente de la relación chileno-boliviana y de qué forma aquella no era jurídicamente accesoria de esta última.

14. También se sostuvo en declaraciones de personeros oficiales de Bolivia. Al respecto, ministro H. Arce, 28.03.2018: “Es un ‘suicidio jurídico’ defensa chilena sobre Tratado de 1904”, <https://www.hispantv.com/noticias/bolivia/372498/chile-cij-diferendo-salida-mar-pacifico>

15. Traducción de la autora. Párr. 24.

16. Párrs. 26-31 de la sentencia de 1° de octubre de 2018.

17. Párr. 31 de la sentencia de 1° de octubre de 2018. El texto original señala que “Ya que las presentes declaraciones no encierran estipulaciones que generen derechos ni obligaciones para los Estados cuyos representantes las formulan”. Contramemoria de Chile, Anexo 118, p. 321 y ss.

18. Se desprende de la cita de una declaración de prensa del presidente de Chile, Arturo Alessandri, de 4 de abril de 1923. Citada en párrafo 40 de la sentencia de 1° de octubre de 2018.

19. Contramemoria de Chile, Anexo 128, p. 427 y ss.

20. Contramemoria de Chile, Anexo 129, p. 433 y ss.

El período de las notas de 1950<sup>21</sup> y su contexto, presentados por Bolivia como uno de los pilares de su reclamo, y que en los años concernidos generaron encendidas polémicas en ambos países, fue cerrado por la sentencia de 1° de octubre de 2018, con una frase del presidente González Videla (de 21 de marzo de 1951), que resumía el fondo del tema en la época, donde la idea de compensaciones eran parte de cualquier esquema:

Siempre que Bolivia ha puesto de actualidad su deseo de obtener una salida al mar, se ha pensado, como es natural, en lo que ese país podría ofrecernos como compensación en el caso de llegar a un acuerdo sobre este particular con Chile y Perú, país este último con el cual, de conformidad con los términos del Tratado de 1929, sería preciso, en el momento oportuno, entrar en conversaciones.<sup>22</sup>

Los términos no revelan asuntos relativos a un cumplimiento de obligaciones o a reivindicaciones basadas en promesas incumplidas.

La invocación del llamado Memorándum Trucco<sup>23</sup> de 1961 y las declaraciones que le siguieron hasta 1963, no alcanzaron – a juicio de la Corte – otra dimensión que el de dejar en evidencia que Chile rechazaba la idea de que estuviese obligado a ceder territorio y de que ese documento tuviese otro valor que el de una ayuda-memoria sobre los puntos de vista en determinado momento. Años después, en 1967, la diferencia de opinión sobre el estatus de las notas de 1950 se manifestaría, cuando el presidente de Bolivia de la época decidió restarse de una reunión de jefes de Estado de las Américas en Punta del Este.

En cuanto al proceso de Charaña (desde 1974 a 1978),<sup>24</sup> que se presentó por Bolivia como una etapa crucial para constatar la existencia de una obligación de negociar, y donde se generaron notas y declaraciones bilaterales e individuales atinentes al inicio de una negociación sujeta a

condiciones, la Corte lo dio por terminado en la etapa en que Bolivia informó a Chile que había suspendido las relaciones diplomáticas, dada la falta de flexibilidad respecto de las condiciones de las negociaciones y la falta de esfuerzo para obtener el consentimiento del Perú respecto del intercambio de territorio. Esto ocurría el 17 de marzo de 1978.

Previamente, el presidente de Bolivia había informado que, para continuar las negociaciones, debían establecerse nuevas condiciones referidas principalmente, al intercambio territorial y a la propuesta peruana de establecer un territorio de soberanía compartida entre los tres países. Chile a su vez, informaba a Bolivia que los lineamientos acordados en diciembre de 1975 (donde figuraba el canje territorial), permanecían vigentes.<sup>25</sup>

La secuencia de hechos entre 1895 – 1978, por tanto, mostraba ante la Corte un panorama diplomático con etapas intensas y otras de inactividad, donde no había signos de un acuerdo que estableciera una obligación de negociar en los términos expuestos en la demanda, y tampoco una promesa unilateral de parte de Chile, cuyo objetivo claro y determinado fuese irrevocable en el tiempo, y no estuviese sujeto a modificaciones o cambios, conforme a las circunstancias e intereses de las partes.

El período siguiente, que la Corte abordó a través de las declaraciones de Bolivia y de Chile ante la Organización de los Estados Americanos (1979-1989), y la apertura de negociaciones bajo el término de “enfoque fresco” (1986-1987), también mostraría discontinuidades. De ellos se desprendería que Chile finalmente rechazó en 1987 las propuestas bolivianas para establecer términos de una negociación conducente a una transferencia territorial. Las resoluciones de la OEA que recogió la sentencia, a su vez, muestran que desde la primera adoptada en 1979 (AG/RES. 426 (IX-0/79)) que señaló “que es de interés hemisférico permanente encontrar una solución equitativa por la cual Bolivia obtenga acceso soberano y útil al océano Pacífico,”<sup>26</sup> y mereció

21. Contramemoria de Chile, Anexos 143 y 144, p. 527 y ss.

22. Tomado de Discurso del presidente de Chile, Gabriel González Videla, de 29.03.1951, Anexo 278, Réplica de Bolivia.

23. Contramemoria de Chile, Anexo 158, p. 645 y ss.

24. Contramemoria de Chile, capítulo 7. En Memoria de Bolivia, pp.59-72 y 148-150.

25. Párrafo 69 de la sentencia de 1° de octubre de 2018.

26. <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03793501.PDF>

la protesta de Chile, hasta la última de 1989, y en particular la de 1983 (AG/686) (citada por la Corte), el lenguaje incluyó términos como acercamiento, normalización de relaciones, etc. En 1987 (AG/RES. 873) y 1988 (AG/RES. 930), las resoluciones lamentaban que las conversaciones se hubieran roto entre los países y llamaban a retomar negociaciones en el esfuerzo de encontrar medios que hicieran posible una salida al océano. Ninguna de ellas se refirió a la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano o de un derecho a tal negociación.

En cuanto a la Declaración de Algarve de 2000<sup>27</sup> y la Agenda de 13 Puntos de 2006,<sup>28</sup> la sentencia explicó su alcance a la luz de las relaciones bilaterales de la época y no como un proceso de creación de una nueva obligación de negociar. Acerca de este período, que Chile relató se extendía desde 1990 en adelante, y que la Corte observaría desde la perspectiva del mecanismo de consultas políticas, se planteó nuevamente el estatus de los comunicados conjuntos y las actas. Dos elementos sobresalían en esos años, primero, las frases relativas a una agenda sin exclusiones y después, la referencia al tema marítimo, como un punto de la agenda común. La sentencia mencionó algunos momentos de este camino, sin atribuirles un significado que modificase el curso general del raciocinio que ya había seguido para referirse a los períodos anteriores.

Se destaca que la Corte cerró el período con las expresiones de 17 de febrero de 2011 de Bolivia diciendo que esperaba una *"a concrete proposal by 23 March [2011]... as a basis for a discussion,"*<sup>29</sup> y de Chile reiterando las tres condiciones de una propuesta hacia Bolivia en los siguientes términos: el cumplimiento del Tratado de Paz de 1904, la ausencia de una concesión de soberanía y la modificación de la Constitución de Bolivia relativa al derecho de acceso al océano Pacífico. La Corte afirmó en la sentencia que, dadas posiciones divergentes de las partes, las negociaciones (sobre términos que se referirían a la agenda en manos del mecanismo de consultas políticas) llegaron a su

fin, poniendo como testimonio las declaraciones de cada parte el 7 de junio de 2011, en el marco de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

### Las obligaciones en el derecho internacional: los fundamentos invocados por Bolivia. Alcance y limitaciones

La sentencia tomó como punto de partida la afirmación de Bolivia de que "Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico."

Este punto de partida planteaba al menos dos puntos jurídicos fundamentales: ¿pueden los Estados estar vinculados por una obligación de negociar? Y en caso de una respuesta afirmativa, el comportamiento de buena fe que ella conlleva ¿hasta dónde alcanza? En la materia, se suele citar las afirmaciones de la propia Corte en otros casos, donde se alude a que las partes deben comportarse de forma que la negociación tenga sentido, lo que no sería el caso si cada parte insiste sobre su propia posición sin contemplar una modificación (*North Sea Continental Shelf* [1969], párr. 85), y que cada parte debe tener razonablemente en cuenta los intereses de la otra parte (*Application of the Interim Accord of 13 September 1995 [the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece]* [2011], párr. 132).

Estos puntos de vista planteaban un alto umbral para analizar la petición boliviana, lo que llevó a la Corte a profundizar esa perspectiva. Aclaró primero que una obligación de negociar no implica una obligación de alcanzar un acuerdo. También, que podía haberse adoptado un acuerdo que contuviese una obligación de alcanzar un resultado preciso (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996* [I], párr. 99), y que la pretensión boliviana podría haberse entendido de forma similar.

La Corte había admitido en su sentencia de 2015 sobre la Excepción Preliminar, que la obligación reclamada por Bolivia no incluía un

27. Contramemoria de Chile, Anexo 318, pp. 2243 y ss.

28. Contramemoria de Chile, Anexo 336, p. 2505 y ss.

29. Memoria de Bolivia, Anexo 145, pp. 539 y ss.

compromiso de alcanzar un acuerdo sobre el objeto del diferendo. En su sentencia de 2018, la Corte recordó la respuesta de Bolivia a la pregunta de qué significaba acceso soberano, cuya lectura resaltaba la amplitud de elementos que el concepto implicaba según ese país.

A partir de estos supuestos, la Corte postuló que debiendo establecerse una obligación de negociar de la misma forma que toda otra obligación jurídica, el hecho de negociar en un momento dado no bastaba para dar nacimiento a una obligación de negociar. La Corte recordó que para que hubiera un acuerdo en tal sentido, los términos empleados por las partes, así como el objeto y las condiciones de la negociación, debían demostrar una intención de las partes de estar jurídicamente vinculadas. Agregó la Corte que en ausencia de términos expresos indicando la existencia de un compromiso jurídico, éste puede ser establecido sobre la base de un examen objetivo de los elementos de prueba.

En consecuencia, la Corte emprendió un recorrido completo por todas las fuentes invocadas por Bolivia para sostener la supuesta existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico, en especial los acuerdos bilaterales y las declaraciones o actos unilaterales, así como otros fundamentos.

#### ■ **Reexaminando las fuentes de las obligaciones internacionales. Los acuerdos bilaterales**

Bolivia invocaba diversos acuerdos que habrían impuesto a Chile una obligación de negociar el acceso soberano. La Corte emprendió, por tanto, un estudio cronológico y analítico para escudriñar cada etapa y episodio de la relación bilateral.

Los acuerdos bilaterales podían estar conformados por textos escritos o ser verbales. Chile reconocía que para determinar si existe un acuerdo internacional vinculante, debe establecerse la intención de las partes, lo cual negaba que hubiera existido a la luz de los documentos presentados por Bolivia. En este sentido, Chile acentuaba la importancia de las palabras que deben ser evocadoras de obligaciones jurídicas, y de no hacerlo así, ellas caracterizaban una postura puramente política. Recordó además que

solo excepcionalmente la Corte había concluido que había nacido un acuerdo tácito. Al respecto, sobre el acuerdo tácito, la Corte señaló que “los elementos de prueba” deben ser convincentes.<sup>30</sup>

La sentencia mostró que ese test no fue satisfecho por sucesivos documentos presentados por Bolivia: Los intercambios diplomáticos de 1920 (incluyendo la llamada Acta Protocolizada), que habría sido precedida o seguida de declaraciones chilenas favorables a emprender conversaciones directas y para satisfacer intereses recíprocos; y el memorándum de 1926, conocido como memorándum Matte (por el nombre del ministro de Relaciones Exteriores), dirigido al secretario de Estado Kellogg de Estados Unidos.

En estos casos, la Corte llegó a la conclusión de que los intercambios no indicaban que hubiera habido un acuerdo por el cual Chile adquiriese un compromiso de entrar a negociar un acceso soberano con Bolivia. Por tanto, el Memorándum Matte debía ser visto como un acto político, cuyos términos no mostraban una aceptación de parte de Chile de una obligación de negociar o la confirmación de su existencia previa. (Párr. 107 de la sentencia).

En cuanto al Tratado de 1929 entre Chile y Perú y la reacción boliviana, la sentencia recordó que Bolivia había enviado una nota a Estados Unidos el 1° de agosto de 1929, señalando que su país no renunciaba a su política en procura de recuperar su soberanía marítima. Dicho Tratado emanó de una negociación bilateral, facilitada por el gobierno de Estados Unidos, poniendo fin a la cuestión de Tacna y Arica, territorios cuya suerte se decidió de forma que Tacna retornó al Perú y Arica, quedó para Chile.

La sentencia no amplió el análisis de este tratado en cuanto a su alcance jurídico frente a la demanda boliviana, y presentó una escueta perspectiva histórica limitada a recordar el Protocolo complementario y la reacción de Bolivia a la fecha de suscripción. Está forma de abordar el tratado respondió en la sentencia a la pretensión boliviana, que sostenía que recaía sobre Chile la responsabilidad de obtener el consentimiento del Perú, a fin de cumplir con la obligación de negociar acceso soberano al

30. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, párr. 253.

océano. Recordemos que Bolivia sostuvo en su Réplica que “*the obligation to negotiate sovereign access implies that Chile makes the necessary efforts to obtain Peru’s consent when, as it was the case, Chile is offering a territory whose cession implied the agreement of Peru*”. (Párrafo 423). Argumento que la sentencia de la Corte de 1° de octubre de 2018 no apoyó.

En lo relativo al test sobre la existencia de un tratado a partir de las Notas de 1950 y el valor constitutivo o probatorio del llamado Memorándum Trucco de 1961 (Párrafos 108-119), los argumentos de las partes se habían centrado en los supuestos siguientes: mientras para Bolivia, las Notas significaban un doble acuerdo. Primero de confirmación de los pasados acuerdos, y segundo, un acuerdo resultante de los términos de aquéllas, ya que habían sido negociadas simultáneamente. Chile sostendría que el lenguaje de su Nota de 20 de junio de 1950 solo reflejaba una disposición política a iniciar negociaciones y no confirmaba o creaba un compromiso respecto de la propuesta de Bolivia.

La Corte procedió a un ejercicio sencillo sobre cuando unos instrumentos intercambiados por dos Estados pueden constituir un tratado (Artículo 2 [1]) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y como las Notas intercambiadas en 1950 podían ser asimiladas a las exigencias del derecho internacional para constituir un tratado. La Corte concluyó que las Notas no estaban redactadas de la misma manera y no reflejaban posiciones idénticas, especialmente respecto del tema crucial de las negociaciones relativas a un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

La conclusión de la Corte fue sencilla: “En consecuencia, el intercambio de Notas no puede considerarse un acuerdo internacional”. (Párrafo 117 de la sentencia). El valor del Memorándum Trucco, que la Corte admitió que no fue dirigido formalmente a Bolivia, si bien no podría considerarse únicamente como un documento interno, su propósito no fue crear o reafirmar una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. La diferencia de los términos empleados por cada parte, cualquiera

fuese la traducción presentada por cada parte, parecieron definitivas en la consideración de la Corte.

■ **La Declaración de Charaña de 1975. La importancia de los términos y el valor del texto**

Los hechos y documentos relativos al proceso iniciado con la Declaración de Charaña fueron objeto de extensas exposiciones y análisis en los escritos de las partes, así como en las audiencias orales. En el proceso, estos antecedentes proporcionaban otros elementos para evaluar si había habido o no acuerdo entre las partes acerca de una obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico.

El intercambio de documentos y las posiciones reflejadas en notas y declaraciones, constituía un rico panorama para cualquier estudio del derecho internacional, y en este caso, adquirieron mayor relieve ya que se trataba de evaluar si efectivamente la negociación se había desarrollado a partir de una obligación preexistente o de si ella, se había generado una obligación de negociar el acceso soberano al mar, como lo sostenía Bolivia.

La sentencia reconstruyó las principales etapas de ese proceso, a partir de la declaración de los presidentes de Bolivia y Chile de 8 de febrero de 1975 (“han resuelto que 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”),<sup>31</sup> y de los actos que la sucedieron.

Mientras Bolivia acentuaría en sus argumentos que la Declaración confirmaba que Chile consentía a comprometerse con una obligación de negociar, el país demandado afirmaba que el documento consignaba “*a decision to continue discussions*” y que aquél “*shows no intention to create a legal obligation to negotiate*.”<sup>32</sup> Chile declararía – como lo señaló la sentencia – que había mostrado disposición a negociar de buena fe con Bolivia (entre 1975 y 1978), pero que no estaba bajo una obligación de hacerlo. Y aunque hubiese existido aquella, no habría podido sobrevivir

31. 8 de febrero de 1975. Contramemoria de Chile, Anexo 174, pp.945-947.  
32. Párrafo 7.11 (a) de la Contramemoria de Chile, p. 126.

a la suspensión por Bolivia de las relaciones diplomáticas entre las partes.

La sentencia analizó en profundidad la naturaleza y alcance de la Declaración de Charaña y concluyó que su texto no traducía la existencia de una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico, ni confirmaba esa obligación. Y la frase antes citada donde se reflejaba el compromiso de continuar el diálogo en diferentes niveles a fin de buscar los mecanismos para hacer frente a los problemas vitales que enfrentan los dos países, no podía constituir un compromiso jurídico de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar. Cuando estos países declaraban el 10 de junio de 1977 que se habían comprometido a hacer todo lo posible para llevar la negociación a un feliz término, no fueron más allá de reafirmar “la necesidad de continuar con las negociaciones”<sup>33</sup> y no se refirieron a una obligación de negociar. Agregó la sentencia que “*based on this evidence, an obligation for Chile to negotiate cannot be inferred from the Declaration of Charaña*”. (Párrafo 126).

La sentencia cerró la presentación de esta etapa con dos afirmaciones sustantivas: las partes llevaron a cabo negociaciones que tenían un sentido, en el curso de las cuales Chile propuso ceder costa y una franja de territorio al norte de Arica a cambio de territorio, y que después de conocer la respuesta del Perú a la consulta que se le formulara en el marco del protocolo complementario de 1929, Bolivia y Chile rechazaron la propuesta de ese tercer país. Agregó la sentencia que, por consiguiente, las negociaciones llegaron a su fin. (Párrafo 127).

En cuanto a los comunicados de cada parte emitidos en 1986 en el período conocido como del enfoque fresco, y donde Bolivia y Chile se refirieron a los próximos pasos en sus relaciones, la Corte estimó que esos comunicados de 13 de noviembre de 1986, eran instrumentos distintos, su texto no seguía los mismos términos y, además, ninguno de ellos hacía referencia a un acceso soberano de Bolivia al mar. La Corte recordaría que en el asunto de la Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía), ese tribunal había señalado que nada impedía que un comunicado conjunto constituyese un acuerdo, el cual “*essentially depends*

*on the nature of the act or transaction to which the Communiqué gives expression*”. (Judgment, I.C.J. Reports 1978, p.39, para.96). En el presente caso, la sentencia de la Corte no encontró que en esos comunicados y en el comportamiento ulterior de las partes, hubiese un elemento que indicase que Chile hubiera aceptado una obligación de negociar. (Párrafo 132).

En cuanto a los documentos que aportaban antecedentes más contemporáneos y que contextualizaban la llamada Agenda de 13 puntos (2006), que incluyó un punto como Tema Marítimo, la Corte recordó que Chile sostuvo en el proceso que en dicho acápite no se había hecho referencia a un acceso soberano al mar y tampoco, a una obligación de negociar preestablecida. Ello, por cuanto, la llamada Declaración de Algarve (2000) y la siguiente Declaración de Brasilia (2000), incluyeron los términos de un diálogo sin exclusiones acerca de un programa de trabajo a definir, con el propósito de establecer un clima de confianza entre las partes, a juicio de la sentencia de 2018, lo que no reflejaba un acuerdo que impusiera a Chile una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

Por otra parte, al examinar si, como sostenía Bolivia, la Agenda de 2006 poseía naturaleza obligatoria, la Corte concluyó que estos documentos bilaterales no establecieron para Chile la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

#### ■ Los actos unilaterales, la aquiescencia, y el estoppel

Bolivia planteó en sus escritos y alegatos orales, que :

*It is well established in international law that written and oral declarations made by representatives of States which evidence a clear intention to accept obligations vis-à-vis another State may generate legal effects, without requiring reciprocal undertakings from that other State”* (Párrafo 304, Memoria de Bolivia).

Agregaría ese país que la obligación asumida por Chile conllevaba alcanzar un fin específico. Para

33. Contramemoria de Chile, Anexo 222, pp. 1329 y ss.

ello, invocaría algunas conocidas afirmaciones de jueces y tribunales internacionales,<sup>34</sup> y la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional. De los Principios Guía de 2006<sup>35</sup> propuestos por este órgano asesor, la Corte dedujo en la sentencia, que una declaración unilateral debe haber sido hecha por una autoridad competente con el fin de obligar a su Estado; debe referirse a un tema específico y haber sido formulada públicamente.

La lista de declaraciones mencionadas por Bolivia era larga y comprendía referencias de 1919, 1921, 1923, 1951, 1975 (la nota de 1975 con las líneas directrices para la negociación de un eventual intercambio de territorio), 1979 (una frase dicha ante la OEA) y 1987 (cuando Chile aludiría a la disposición y la mejor buena fe para explorar soluciones potenciales que pudieran, en un plazo razonable, llegar a resultados positivos y satisfactorios en el interés de ambos países). Chile rebatiría este argumento y sostendría que el peso de la prueba de que se ha creado una obligación sobre la base de la conducta unilateral era alto, que la declaración debía ser clara y precisa, y deben considerarse las circunstancias que la rodean, así como las reacciones subsecuentes. La sentencia también recordó que Chile sostuvo en el caso que *"a commitment to negotiate entails reciprocal obligations on the part of both the putative negotiating parties."*<sup>36</sup>

La Corte recordó como había enunciado los criterios para considerar si unas declaraciones habían generado obligaciones jurídicas y puso de relieve aquellos enunciados en los casos de los ensayos nucleares entre Australia y Francia y Nueva Zelandia y Francia. Recordaría la frase según la cual:

Es bien reconocido que las declaraciones hechas mediante actos

unilaterales, respecto de situaciones jurídicas o de hecho, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. Las declaraciones de este tipo pueden ser, y a menudo lo son, muy específicas. Cuando es la intención del Estado que formula la declaración que debería estar vinculado por sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico, y en consecuencia el Estado está jurídicamente obligado a seguir un curso de conducta consistente con la declaración. Un compromiso de esta especie, si se da públicamente, y con la intención de estar obligado, aun cuando no fuere hecho en el contexto de negociaciones internacionales, es obligatorio.<sup>37</sup>

La Corte completó esta idea recordando lo dicho en otro caso, donde afirmó que para determinar el efecto jurídico de la declaración de una persona que representa a un Estado, uno debe "examinar el contenido real así como las circunstancias en las cuales se hizo."<sup>38</sup>

A partir de estos supuestos, la sentencia de 2018 señaló que las declaraciones y actos unilaterales de Chile invocados por Bolivia no indicaban que se hubiese suscrito una obligación jurídica por el primero, sino que éste estaba dispuesto a emprender negociaciones sobre la cuestión del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Los términos empleados en algunas ocasiones (*"to give an ear to any Bolivian proposal aimed at solving its landlocked condition"*<sup>39</sup>), no sugerían que Chile hubiese contraído una obligación jurídica de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

Las circunstancias en que se formularon las declaraciones de Chile no mostraban tampoco

34. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 402 (Judge Jessup, separate opinion): "It is also generally recognized that there may be unilateral agreements, meaning agreements arising out of unilateral acts in which only one party is promisor and may well be the only party bound." También, la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Legal Status of Eastern Greenland case, (Denmark v. Norway), Judgment, 1933, P.C.I.J. Series A/B, N° 53, pp.71-73.

35. *Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006)*

36. Réplica de Chile, Párrafo 2.19.

37. Traducción de la autora. "It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding." (Párr. 146 Sentencia del 1° de octubre de 2018 que cita los casos Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 267, para. 43; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 472, para. 46.)

38. Traducción de la autora. *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 28, para. 49.

39. Citado en párrafo 147 de la sentencia de 1° de octubre de 2018, tomado de la declaración del Presidente Gabriel González Videla, de 29 de marzo de 1951. Citada por la Réplica de Bolivia, Anexo 278, pp 19-22 y 24; reproducido por Chile en la Dúplica, B.20 (f), p. 223, y referencia en nota 875. Chile agregó el contenido de la página 23 del mismo documento.

– a juicio de la Corte – que hubiera asumido una obligación de negociar. Y de ahí que la conclusión de la sentencia fuera “*that an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea cannot rest on any of Chile’s unilateral acts referred to by Bolivia.*” (Párrafo 148).

Sobre la aquiescencia (Párrafos 149- 152), la sentencia analizó el argumento boliviano según el cual debía aplicarse el razonamiento expuesto por la Corte<sup>40</sup> de que la ausencia de una reacción de una Parte puede valer como aquiescencia cuando la conducta de la otra Parte requería tal respuesta. La afirmación boliviana de que Chile debió reaccionar a la declaración que Bolivia hizo al firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1984,<sup>41</sup> y que del silencio del demandado se infería su asentimiento sobre la existencia de una obligación de negociar, no fue acogida por la Corte. Chile sostuvo ante este argumento que no se puede exigir en el plano diplomático que un Estado responda todas las declaraciones de sus contrapartes en los foros internacionales.

La Corte – recordando lo que ella había dicho en otros casos<sup>42</sup> – señaló que Bolivia no había identificado ninguna declaración que requiriese una respuesta o reacción de parte de Chile para prevenir el surgimiento de una obligación, y que la aquiescencia no podría considerarse como una base jurídica de una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar. Destacó que la referencia a lo señalado por Bolivia al firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no implicaba una afirmación de que incumbiese a Chile una obligación en tal sentido. (Párrafo 152). No había habido, por tanto, reconocimiento tácito de tal obligación.

En cuanto al *Estoppel*, la Corte recordó lo sostenido por Bolivia al invocar algunas sentencias en cuanto a que dicha figura no dependía del consentimiento del Estado; en otros términos, aquel tenía el objeto el proporcionar a ciertas

obligaciones un fundamento distinto al de la intención de obligarse.<sup>43</sup> Chile, por su parte – sin discutir los elementos teóricos del concepto de *Estoppel* – señalaría que Bolivia no había demostrado cómo su posición (de Bolivia) había cambiado en su detrimento, o sufrido un perjuicio, debido a que se había apoyado en las posiciones que Chile hubiese mantenido (representaciones) respecto de comprometerse a negociar un acceso soberano al mar, y que aquellas hubiesen sido asumidas por Bolivia por más de un siglo, llevándola a modificar en su detrimento su posición.

En la sentencia, recordando los elementos esenciales del *Estoppel*, a saber, “*a statement or representation made by one party to another and reliance upon it by that other party to his detriment or to the advantage of the party making it,*”<sup>44</sup> la Corte expuso que tales condiciones no se cumplían. Y aunque Chile hubiese expresado en diversas ocasiones su disposición a negociar el acceso soberano al océano Pacífico, esas posiciones (representaciones) no indicaban que existía una obligación de negociar. Por otra parte, Bolivia no había demostrado que modificó su posición en su detrimento o en beneficio de Chile, sobre la base de la posición de este último. (Párrafo 159).

En cuanto a las legítimas expectativas, que Bolivia fundamentaba en la posición de que los Estados tienen el derecho de apoyarse sobre los compromisos asumidos por otros Estados, la Corte recordó que tal concepto se había aplicado en sentencias arbitrales relativas a controversias sobre inversiones entre un Estado receptor de las mismas e inversionistas. Ello, sobre la base de normas convencionales que preveían un trato justo y equitativo. Pero, de aquello no se desprendía la existencia de un principio del derecho internacional general que diese nacimiento a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima.

40. Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, pp. 50-51, párr.121.

41. Declaración de 27 de noviembre de 1984: “4. 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.” [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm#Bolivia%20Upon%20signature](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Bolivia%20Upon%20signature).

42. En *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, párr. 130: “acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent”. En *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, párr. 121: “silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response.”

43. Réplica de Bolivia, párr. 323, p.127.

44. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), *Application to Intervene, Judgment*, I.C.J. Reports 1990, p. 118, para. 63.

## El Derecho internacional general reflejado en la Carta de Naciones Unidas (ONU) y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y el valor de las resoluciones de los organismos internacionales

### ■ ¿Una obligación derivada de principios generales?

Bolivia sostuvo en el proceso que en el derecho internacional existía una obligación general, reflejada en los artículos 2(3) y 33 de la Carta de la ONU, aplicable a todo asunto pendiente que involucrase a dos o más países. Es decir, el artículo 2(3) imponía una obligación positiva aplicable a todos los Estados, respecto de todas las controversias (no solo a las jurídicas, o aquellas que amenazaren el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). La misma obligación se desprendería del artículo 3 de la Carta de la OEA.

Chile planteó a su vez, que el término negociar no figuraba en el artículo 2(3) de la Carta de la ONU y que la Carta no imponía una obligación de negociar a las partes, las que eran libres de hacerlo o no con sus vecinos. Respecto del artículo 3 de la Carta de la OEA, Chile respondería que no constituía una base jurídica que obligase a Chile a negociar sobre el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

La sentencia expuso que el artículo 2(3) de la Carta, establece un deber general de solucionar las controversias de manera de preservar la paz y seguridad internacionales, y la justicia, pero no indica que las partes están obligadas a recurrir a un método específico de arreglo, como la negociación. Como tal, la negociación es mencionada en el artículo 33, junto con otros medios (investigación, mediación, etc), pero esa disposición deja la elección de los métodos de arreglo a las partes y no designa un método específico, incluyendo la negociación.

Agregó la sentencia que el mismo enfoque contiene la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General 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, y la Declaración de Manila sobre solución pacífica de controversias (resolución 37/10, de la Asamblea General). Ambas proclaman la libertad de elección de los medios. La Corte concluyó que de estas disposiciones no se desprende una obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. (Párrafo 167)

Una conclusión similar expuso la sentencia en cuanto a las disposiciones de la Carta de la OEA (artículos 3[i], 24 y 25), de las cuales la Corte no infiere una base jurídica de la obligación de negociar en los términos indicados. Estas disposiciones se refieren a la sumisión de las controversias a medios pacíficos de solución.

En cuanto a las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos, Bolivia se había referido a 11 resoluciones de la OEA, señalando que ellas confirmaban el compromiso de Chile a negociar el tema del acceso soberano de ese país al océano Pacífico. Al mismo tiempo, el demandante no discutió el argumento de que las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA no tienen en cuanto tales, valor obligatorio, pero sostuvo que ellas producían efectos jurídicos conforme a la Carta de la organización, y que las partes debían considerarlas conforme al precepto de la buena fe.

La tesis boliviana acentuaba esta característica y sostenía que dichas resoluciones "*can reflect, crystallize or generate an agreement*" entre las partes, cuando han participado en su redacción o se han unido al consenso. Chile negaba tales virtudes y sostenía que las resoluciones no eran obligatorias en principio y que la Asamblea General carecía de competencia para imponerlas a las partes.<sup>45</sup> Agregaba Chile que en casos en que se había sumado o no se había opuesto al consenso, había siempre formulado declaraciones o explicaciones de su voto.

La Corte rechazó la tesis de que las resoluciones relevantes de la OEA hubiesen indicado que Chile estaba bajo la obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Esas resoluciones solamente recomendaban a

45. Chile citó a J. M. Arrighi, «L'Organisation des Etats américains et le droit international», RCADI, vol. 355, 2012, p. 328 («The Assembly [of the OAS] adopts resolutions that, as is the case in general for all resolutions of similar international organisations, are binding in so far as the bodies of the Organisation are concerned, but are only recommendations addressed to its Member States.»)

ambos Estados entrar en negociaciones sobre el tema, y aún más, la resolución AG/RES.686 (1983), solo exhortaba a las partes a iniciar un:

proceso de acercamiento y de reforzamiento de la amistad de los pueblos boliviano y chileno orientado a una normalidad de sus relaciones tendiente a superar las dificultades que los separan, incluyendo en especial una fórmula que haga posible dar a Bolivia una salida soberana al Océano Pacífico sobre bases que consulten las recíprocas conveniencias y los derechos e intereses de las partes involucradas.<sup>46</sup>

La Corte llegó a la conclusión que, del contenido de dichas resoluciones y de la conducta chilena, no se infería que Chile hubiese aceptado una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Es valioso que la Corte dijese que “La participación de Chile en el consenso para adoptar algunas resoluciones no implica que Chile aceptó una obligación de negociar” ese acceso soberano. (Párrafo 171). (Traducción de la autora).

#### ■ El efecto acumulativo de los instrumentos, actos y conducta

Bolivia sostuvo en el proceso que la continuidad histórica y el efecto acumulativo de una serie de actos y conductas debían considerarse en conjunto y que cada uno de ellos, compromiso o promesa de negociar, daba continuidad a compromisos previos. Chile, a su vez, había negado tal fenómeno y sostenido que los intercambios que no creaban individualmente obligaciones jurídicas, no podían crearlas por acumulación. Chile había reiterado que el todo no podía ser mayor que la suma de las partes, y que los intercambios habían sido fragmentados, discontinuos y marcados por períodos de inactividad y cambios de prioridades políticas.

La Corte decidió este punto sosteniendo que una consideración acumulativa de una serie de antecedentes invocados por Bolivia como base jurídica de una obligación de negociar el acceso soberano al océano Pacífico, no tenían tal calidad, la consideración acumulativa de aquellos no modifica el resultado. Por tanto, la Corte no estimó necesario

adentrarse en si existía o no continuidad en los intercambios entre las partes, dado que, aunque lo hubiese, ellos no establecerían la existencia de una obligación de negociar como lo pretendía Bolivia.

### Las opiniones disidentes de los jueces Yves Daudet y Patrick Robinson

Estas se fundaron en términos generales en la opinión de que, de los documentos presentados se desprendería una obligación de negociar un acceso soberano para Bolivia al océano Pacífico, y que Chile no habría satisfecho. El juez Robinson, por ejemplo, vio en el Memorandum Trucco y en los documentos firmados entre 1975 y 1977, tomados en sus contextos, una intención de crear una obligación con tal objeto. A su vez, el juez Nawaf Salam, quien siguió un razonamiento similar, concluyó sobre una obligación de negociar a cargo de Chile, pero sin resultado. El juez interpretó así lo dicho por la sentencia sobre Excepción Preliminar de 2015 (Párrafo 33, p. 605), donde la Corte sostuvo que de haber una obligación de negociar no le correspondía al tribunal predeterminedar el resultado. Salam no dejaría de mencionar que Bolivia pareció evolucionar en su peticorio sobre el acceso soberano, en el curso del proceso, agregando ambigüedad a su postura.

En cuanto al juez ad hoc, Yves Daudet, su opinión disidente desarrolló extensamente los argumentos sobre las fuentes de una obligación de negociar constituidas por tres instrumentos (1920, 1950 y 1975-78) y expuso una contextualización de la obligación de negociar que cree existe. A este respecto, no compartió la posición mayoritaria sobre la unicidad de cada episodio de intercambio o negociación, y creyó que debía darse valor al efecto de repetición. También, se extendió sobre la relación y diferencia entre una regla jurídica y una moral, y si el efecto de repetición de una intención no atenuaba o borraba su diferencia con el de una obligación.

Daudet se explayó también sobre la distinción entre obligación de comportamiento y de resultado, respecto la cual Bolivia introdujo algunas ambigüedades, ya que finalmente postularía – en términos de Daudet – una obligación condicional

46. <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03797S01.PDF>

o circunscrita (tesis del carácter modesto de la petición principal). El juez ad hoc Daudet presentó la opinión disidente más jurídica de los tres jueces, y procuró conciliar la insuficiencia de las pruebas y los argumentos allegados por la parte demandante con un enfoque político relativo a los elementos de la relación boliviano-chilena, que a su juicio debe basarse en la voluntad de las partes.

## Reflexiones finales

Los razonamientos de los jueces disidentes no fueron ciertamente reflejados en la sentencia de 1° de octubre de 2018. Más bien, el fallo desarrolló los puntos expuestos a partir de la depuración de los conceptos que se aplican a una supuesta obligación de negociar y la necesidad de que ella posea un fundamento con cualidades jurídicas, que respondan a la prueba de la existencia de un acuerdo internacional o de un acto unilateral. El texto, la intención, la conducta ulterior, fueron elementos determinantes.

Otra dimensión interesante, desde el punto de vista jurídico, es que la sentencia analiza la obligación reclamada por Bolivia en su integridad, es decir que la obligación de negociar era concreta y poseía un propósito determinado. De esta forma, la sentencia sitúa la obligación de negociar planteada por Bolivia desde una perspectiva diferente de aquella obligación a la que se refiere el artículo 2 (3) de la Carta de las Naciones Unidas o el artículo 3 de la Carta de la OEA (que no aluden a negociaciones), referidos a la solución de las controversias internacionales, bajo la obligación general de solucionar las controversias. Esta distinta perspectiva se aprecia además, al compararla con la presentada por la parte demandante para la que era aplicable el dictamen de la Opinión Consultiva sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion* (I.C.J. Reports 1996, p. 226) cuyo párrafo 99 hizo referencia a la naturaleza de la obligación contenida en el artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, señalando que reflejaba una obligación de lograr un resultado preciso, más allá de una obligación de conducta.

Por otra parte, la obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico en los términos expuestos por Bolivia, estaba construida en este caso a partir de un supuesto derecho (originario) del demandante a poseer tal acceso, y que, para efectos del proceso judicial, se presentaba de forma que buscaba colocar el peso de la argumentación sobre la conducta de Chile. Siendo esta la construcción jurídica, la obligación de negociar postulada por Bolivia precedía la cuestión de si existía una controversia sobre la misma, que debiese ser sometida a una negociación o a otro medio de solución de controversias. La controversia propiamente tal, según esta demanda, surgiría en aquel caso en que la parte potencialmente demandada negare la existencia de la obligación de negociar y no prestare su consentimiento para dar curso a la negociación para otorgar un acceso soberano, y no satisficiera tal objetivo.

Así, esta forma de concebir una obligación de negociar mostraba semejanzas, sin decirlo, con lo que el profesor Karel Wellens<sup>47</sup> ha llamado el rol de las negociaciones fuera del contexto de la solución pacífica de las controversias, ámbito en el cual se combinan elementos de consentimiento de los Estados, la buena fe, y la posibilidad de que las negociaciones no lleguen a término o fracasen. Asimismo, se trata de un ámbito jurídico más próximo a aquellas situaciones donde el derecho internacional establece que es el acuerdo de las partes el que debe aplicarse para definir un estatus, o una medida a aplicar en un espacio común, o los límites entre ciertos espacios físicos.

El análisis riguroso de la conducta de las partes que era necesario para evaluar o descartar el juego de actos unilaterales, de la aquiescencia y el *Estoppel*, hace del fallo de 1° de octubre una pieza interesante, en la medida en que la Corte se adentró en su propia casuística para señalar el alcance, pero también los límites de tales figuras y sus efectos jurídicos. El hecho de que se tratase de una negociación sobre espacios soberanos o con el fin de otorgar un título soberano sobre el territorio, parece justificar ese cuidado.

\* \* \*

47. K. Wellens, *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice*, Surrey, Ashgate, 2014, pp.23-26.