

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SE PRONUNCIA SOBRE LA DEMANDA DE BOLIVIA CONTRA CHILE RELATIVA A UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. LA SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018

María Teresa INFANTE CAFFI*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. HECHOS Y DERECHO: DIVERSAS INTERPRETACIONES.—3. UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR QUE PLANTEA INTERROGANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—4. LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO *BOLIVIA C. CHILE*.—5. EL ART. 2.3 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO CUESTIÓN DE FONDO.—6. LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS JUECES YVES DAUDET, NAWAF SALAM Y PATRICK ROBINSON.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Entre el 24 de abril de 2013 y el 1 de octubre de 2018, la Corte Internacional de Justicia (Corte o CIJ) conoció de la demanda del Estado Plurinacional de Bolivia (Bolivia) contra Chile en el caso que la Corte tituló *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*¹. El tenor de las peticiones no se modificaría en el curso del proceso; en ellas Bolivia solicitaba 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.
- 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 Pacífico².

* Profesora del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, y Embajadora de Chile en los Países Bajos (minfante@minrel.gov.cl). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 1 de mayo de 2019.

¹ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgement of 1 October 2018, merits*, ICJ Reports, 2018. Disponible en <https://www.icj-cij.org/en/case/153/judgments>. En adelante, la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

² *Ibid.*, pp. 11-12, párrs. 13, 14 y 15. Traducción de la autora.

El fallo de la Corte de 1 de octubre de 2018 concluyó, por mayoría de 12 votos contra 3, que:

«(1) Encuentra que la República de Chile no ha asumido una obligación jurídica de negociar un acceso soberano al océano Pacífico en favor del Estado Plurinacional de Bolivia»³.

A continuación, las demás peticiones presentadas en el proceso por Bolivia fueron rechazadas⁴.

En una breve explicación, la demanda boliviana se presentaba como la consecuencia de una situación cuyas raíces se encontraban en el siglo XIX, cuando se establecieron las bases de la paz con Chile después de la guerra del Pacífico. Para el país demandado la definición de los términos de la discusión ante la Corte requería precisar el trasfondo de las ideas planteadas por Bolivia. Así, el demandado resaltaría que la Corte, como tribunal de Derecho, debía tener en cuenta que la demanda buscaba que se declarase la existencia de una obligación de resultado que continuaría vigente hasta que Bolivia decidiese que estaba satisfecha. La defensa de Chile se preguntaría, también, si acaso la demanda no era un esfuerzo para dejar sin efecto el Tratado de Paz de 1904, sin discutir directamente su validez.

2. HECHOS Y DERECHO: DIVERSAS INTERPRETACIONES

Como dijo el Presidente Abdulqawi Yusuf, en su Declaración anexa a la sentencia, el tribunal:

*«[h]as 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»*⁵.

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. Se observa entonces por qué la primera sección de la sentencia se extiende sobre los antecedentes históricos que relatan las relaciones bilaterales, llegándose en esa etapa a la conclusión de que en el transcurso del tiempo no se había generado una obligación de negociar.

En los párrs. 16 a 83, la sentencia recorre las relaciones bilaterales de forma concisa y escogiendo los documentos más directamente vinculados a las peticiones de la parte demandante y lo expuesto por la demandada. La selección de los capítulos o episodios —incluso anteriores al Tratado de Paz y

³ Sentencia de 1 de octubre de 2018, párr. 177, traducción de la autora. En inglés: *«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»*.

⁴ *Ibid.*, pp. 54-55, párr. 177.

⁵ Sentencia de 1 de octubre de 2018, Declaración del Presidente Yusuf, párr. 5. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-01-EN.pdf>.

Amistad de 1904— se explica porque tanto Chile como Bolivia incluyeron, en sus exposiciones escritas y orales, relatos acerca de unas etapas donde podría haberse expresado más claramente la intención de negociar, o el contenido de una posible negociación, según Bolivia. O que ellos demostrasen cómo se había modificado el curso de los acontecimientos, y puesto término a una etapa diplomática, según Chile. Más de un siglo de las relaciones bilaterales pasó ante los ojos y oídos de los jueces en este proceso.

En el proceso, la discusión jurídica se centró fundamentalmente en torno al punto *a)* de la demanda, de cuya respuesta se podía derivar —eventualmente— la necesidad de responder *b)* y *c)*. Conforme a ese diseño, el juicio se fue desarrollando mediante argumentaciones sucesivas, donde Bolivia inició las presentaciones sosteniendo un conjunto de tesis que ponían el acento ya fuese en un supuesto compromiso histórico⁶ (*historical bargain*), en el Derecho de los tratados y en la existencia de dos «pilares» que configuraban un acuerdo para un acceso soberano⁷, en la posibilidad de que se hubiera configurado un acuerdo tácito o por aquiescencia⁸, o que se aplicase la teoría de los actos unilaterales, como planteara la Memoria⁹.

Bolivia sostuvo, además, que esas fuentes consideradas en su conjunto daban cuenta de una continuidad¹⁰ y una acumulación de sucesivas conductas constituían una fuente generadora de la obligación de negociar.¹¹ En esta óptica, la fuente propiamente tal (origen creador de la obligación) y su contenido jurídico (otorgamiento de acceso soberano al océano Pacífico) se fortalecían mutuamente.

En la fase de discusión de la excepción preliminar de incompetencia de la Corte presentada por Chile (2014-2015), el Juez Christopher Greenwood había preguntado a Bolivia sobre la fecha en que según ese país se había concluido un acuerdo para negociar un acceso soberano¹². La respuesta dada señaló que no existía un principio de Derecho internacional que exigiese un momento mágico de cuándo se creaban los acuerdos o entendimientos, y en este caso, varias instancias o acumulaciones de actos sucesivos de Chile tenían esa naturaleza¹³.

⁶ Réplica de Bolivia, 21 de marzo de 2017, párrs. 142 y 198. También en el discurso del Abogado Akhavan, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, párr. 6. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁷ Discurso de la Abogada Monique Chemillier Gendreau, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, párrs. 48-49. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁸ Discurso del Abogado Antonio Remiro Brotons, en *ibid.*, párr. 15.

⁹ Memoria de Bolivia, 17 de abril de 2014, párrs. 291, 305, 306, 308, entre otros.

¹⁰ Discurso del Abogado Mathias Forteau, audiencia oral de 19 de marzo de 2018, pp. 41-53. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

¹¹ Memoria de Bolivia, 17 de abril de 2014, párr. 337; Réplica de Bolivia, 21 de marzo de 2017, párr. 159.

¹² Audiencia oral 6 de mayo de 2015, párr. 31. Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150506-ORA-01-00-BI.pdf>.

¹³ Abogado Pavam Akhavan, audiencia oral de 8 de mayo de 2015, párrs. 9-11. Disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150508-ORA-01-00-BI.pdf>.

Sobre el efecto de los instrumentos, actos y conducta, en el proceso, Bolivia sostuvo 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, negaba tal fenómeno y sostenía que los intercambios que individualmente no creaban obligaciones jurídicas no podían crearlas por acumulación. Su argumento remarcaba que el todo no podía ser mayor que la suma de las partes, y que los intercambios habían sido fragmentados, discontinuos y marcados por periodos de inactividad y cambios de prioridades políticas.

De los antecedentes, el valor del periodo 1975-1978 destacaba entre otros considerandos. Durante ese tiempo, se desarrolló un intercambio entre ambos países, sobre la base de elementos sustantivos, entre ellos, que la cesión a Bolivia de un corredor (con espacios marítimos) estaría sujeta a un canje simultáneo de territorios, recibiendo Chile, contemporáneamente y a cambio de lo que entregaba, una superficie compensatoria equivalente. Ello, sostendría el Presidente Banzer de Bolivia, constituía una base para un acuerdo¹⁴, de conformidad con el espíritu de la Declaración de Charaña de 8 de febrero de 1975¹⁵, que según ese presidente acotaría, no incluía «un compromiso categórico de Chile para solucionar el problema de la mediterraneidad de Bolivia»¹⁶. Esta referencia a la mediterraneidad podía entenderse como el deseo de lograr un acceso al mar por el territorio chileno sin especificar su contenido y alcance exacto, y sin afectar el libre tránsito por dicho territorio, del cual ya gozaba Bolivia por el Tratado de 1904 y otros convenios posteriores.

La cuestión planteada por la demanda boliviana ante la Corte era, por tanto, si esa negociación había aportado bases para sustentar que había una obligación de negociar.

La Corte decidió estos puntos sosteniendo que la acumulación 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, tanto por el lenguaje utilizado, como por el término de los intercambios, y que la consideración de sucesos no modificaba 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 la hubiese, ellos no establecían la existencia de una obligación de negociar como lo pretendía Bolivia¹⁷.

¹⁴ Contramemoria de Chile, 13 de julio de 2016, Anexo 184. «Mesa redonda con el Presidente Banzer. Se negociará con Chile sobre la base de compensación territorial», Presencia (Bolivia), 29 de diciembre de 1975. Original en español.

¹⁵ Contramemoria de Chile, 13 de julio de 2016, Anexo 174. En su párr. 4, la Declaración presidencial de Charaña de 1975 decía que «[c]on 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». Al respecto, Chile señalaría que las palabras utilizadas evitaron expresar un compromiso jurídico, y que darles otro sentido requeriría un gran esfuerzo de interpretación.

¹⁶ «Mesa redonda con el presidente Banzer», cit., nota 14.

¹⁷ Sentencia de 1 de octubre de 2018, párrs. 172-174.

Los documentos presentados en el proceso y los alegatos orales dan cuenta de un ejercicio de estructuración y desestructuración de argumentos a partir de episodios y documentos. Según la parte demandante, ellos constituían un acervo suficiente para reclamar la existencia de una obligación de negociar el otorgamiento de acceso soberano al mar¹⁸. Para la parte demandada, en cambio, la posición del país debía leerse a la luz de los méritos que aportaban los documentos propios o circunscritos a cada episodio o capítulo de las relaciones con Bolivia, cuya fuerza se había agotado con el fin de cada periodo.

En la lectura secuencial de estos antecedentes, la sentencia de la Corte alude a aquellos elementos generados en los últimos treinta años, durante los cuales ni Chile, ni Bolivia, se habían referido en sus consultas políticas a que los intercambios y entendimientos se realizaban o tenían como fundamento obligaciones derivadas de actos del pasado. En estos años se adoptaron la declaración conocida como de Algarve (2000), y las actas del Mecanismo de Consultas Políticas que contienen una agenda de 13 puntos (2006-2010), uno de los cuales fue llamado «Tema marítimo». Ese periodo incorporó más tarde intercambios a nivel de ministros de Relaciones Exteriores. La Sentencia de 1 de octubre de 2018 ha hecho referencia, en sus párrs. 78 a 83, a las discusiones sostenidas por ambos países en esos años y concluye que, debido a las posiciones divergentes entre las partes, «las negociaciones llegaron a su fin».

3. UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR QUE PLANTEA INTERROGANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión de si puede existir —en un caso específico— una obligación de negociar no ha sido ajena a la jurisprudencia internacional. En los últimos años, la Corte ha tenido oportunidad de referirse al concepto de obligación de negociar, y de precisar su contenido y alcance en función de elementos jurídicos emanados de acuerdos o tratados vigentes entre las partes. Así se planteó en dos fallos emitidos en 2011: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia c. Federación*

¹⁸ Si bien Bolivia no profundizó en el valor que atribuía a la cláusula sobre «Reivindicación Marítima» contenida en su Constitución Política de 2009, y lo previsto en el art. 267 («I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al 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», o acerca de la DT 9.^a sobre revisión de los tratados incompatibles con dicho cuerpo normativo (que podía entenderse referida al Tratado de 1904 con Chile), la importancia de tales disposiciones fue remarcada en los argumentos de contexto planteados por Chile, en cuanto a que la parte demandante se había inspirado en ellos para sostener la existencia de una obligación de negociar. Véase la Objeción Preliminar de Chile, 15 de julio de 2015, vol. I, pp. 6-7, párr. 2.3. Anticipando argumentos de la demanda que se presentaría en 2013, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia, David Choquehuanca, había hecho llegar una carta al secretario de la Corte Internacional de Justicia, el 8 de julio de 2011, que desarrollaba la tesis de la obligación de negociar, *ibid.*, Anexo 65, pp. 943-955.

de Rusia), Excepciones Preliminares¹⁹, y *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (la ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)²⁰.

En ambos asuntos, la Corte recordaría lo indicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1931, en su opinión consultiva respecto del asunto *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, y afirmaría que la obligación de negociar es antes que nada «*not only to enter into negotiations, but also to pursue them as far as possible, with a view to concluding agreements*»²¹. En ambos, también se tendría en cuenta que la CPJI había acotado que una negociación no implicaba «*an obligation to reach an agreement*»²².

En el asunto *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (Georgia c. Federación de Rusia), la existencia de una obligación de negociar y el comportamiento de las partes se planteó en la fase de excepciones preliminares²³. Allí, la Corte aclaró que una negociación era diferente de la mera formulación de protestas, e implicaba algo más que la mera oposición de puntos de vista jurídicos o intereses entre dos partes, o la existencia de acusaciones o refutaciones, o el intercambio de reclamaciones. La Corte sostuvo claramente que de haber una obligación de negociar (en ese caso como precondition para llevar un caso ante la Corte), tal obligación podía fracasar, volverse fútil o llegar a un definitivo punto muerto²⁴. En ese asunto, la obligación de negociar fue caracterizada por la Corte de modo tal que ella requería que hubiera un intento genuino de emprender discusiones con la otra parte, con el fin de resolver una disputa²⁵.

Un elemento común en los casos mencionados, donde se ha planteado la naturaleza y el alcance de la obligación de negociar, es que tal obligación se

¹⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia c. Federación de Rusia), Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 133, párrs. 157-159.

²⁰ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (la ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 685, párrs. 132-134.

²¹ *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, Advisory Opinion, 1931, PCIJ, Series A/B, núm. 42, p. 116.

²² *Ibid.*, p. 116; también en *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports, 2010 (I), p. 68, párr. 150. La reflexión de la Corte ha incorporado otro elemento, cual es que, por necesidad, no se supone que deban proseguirse extensas negociaciones, como lo señaló la CPIJ en *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Serie A, núm. 2, p. 13.

²³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 2011, p. 133, párrs. 157-159.

²⁴ La Corte citó en ese caso ejemplos donde se había abordado la cuestión de una obligación de negociar (*ibid.*, párr. 159): *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Serie A, No. 2, p. 13; *South West Africa* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1962, pp. 345-346; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports, 1980, p. 27, párr. 51; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1988, p. 33, párr. 55; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 1998, p. 122, párr. 20.

²⁵ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., nota 23, p. 132, párr. 157.

ha discutido en relación con el cumplimiento de un prerequisite para que procediere una reclamación ante un tribunal internacional (agotamiento de la fase de negociación), o se ha invocado la negociación como una forma de cumplimiento de una obligación convenida entre las partes.

El caso *Obligación de Negociar* ha recordado el debate teórico según el cual pueden presentarse obligaciones calificables como propias de un *pactum de negotiando*, o de un *pactum de contrahendo*. Estas nociones han sido abordadas en arbitrajes y en fallos de la propia Corte. Se recuerda al respecto el análisis del ex Juez Isashi Owada de la CIJ al exponer las diferencias entre ambos pactos y los problemas de interpretación que conllevan. Owada ha postulado que el *pactum de contrahendo* es aquel donde existe una obligación jurídica de concluir un futuro acuerdo sobre un tema en particular. En cambio, el *pactum de negotiando* es aquel donde dos o más partes asumen una obligación vinculante de iniciar futuras negociaciones con la intención de concluir un tratado. Según Owada: «*Such a commitment, by contrast to that under a pactum de contrahendo, does not go so far as to commit the parties to come to a final agreement*»²⁶.

A este respecto, los razonamientos de la sentencia arbitral en la *Cuestión Tacna-Arica*²⁷ parecen también pertinentes, en cuanto a que en ella el árbitro hizo referencia al significado de un acuerdo que comportaba negociar de buena fe, así como a los derechos y límites que conllevaba. En su trabajo sobre el tema, Martín A. Rogoff proponía la necesidad de considerar esta distinción entre el compromiso de negociar de buena fe y el de concluir un acuerdo²⁸. Antes que se dieran estos debates, el Jurista Adolfo Miaja de la Muela destacaba en su artículo sobre «Pacto de Contrahendo en Derecho Internacional Público», que hay que dejar constancia de que el *pactum de contrahendo* en las relaciones internacionales produce un simple efecto jurídico de negociar de buena fe, sin que sus consecuencias puedan extenderse a la obligación de contratar²⁹.

Al respecto, es de interés lo señalado por la jurisprudencia por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en casos donde se ha invocado el art. 300 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sobre «Buena fe y abuso del Derecho». En cuanto a si esa disposición es relevante en sí misma, o debe hacerse en relación con los derechos, competencias y libertades reconocidas por la Convención en otras disposiciones, el Tribunal ha reiterado que ese artículo no puede ser invocado en sí mismo, sino que

²⁶ OWADA, I., «Pactum de contrahendo, pactum de negotiando», *Max Planck Encyclopedia*, párr. 5. Disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1451?rskey=aTjvoH&result=1&prd=EPIL>.

²⁷ *Tacna-Arica question (Chile, Peru)*, 4 de marzo de 1925, Report of International Arbitral Awards, vol. II, p. 929.

²⁸ ROGOFF, M. A., «The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities», *Michigan JIL*, vol. 16, 1994-1995, núm. 1, pp. 141-185, esp. p. 154.

²⁹ MIAJA DE LA MUELA, A., «Pacto de contrahendo en Derecho internacional público», *REDI*, vol. 21, 1968, pp. 392-415, esp. p. 414.

es apropiado cuando «*the rights, jurisdiction and freedoms recognized*» en la Convención se ejercen de una manera abusiva³⁰. Esta opinión resulta válida también para aquellos casos donde se intentare fundar una reclamación basada en la falta de buena fe, pero sin vincularla a obligaciones específicas.³¹

Una particularidad de la demanda boliviana, y que trasunta en la lectura de los documentos del caso, es que planteaba —junto a fuentes de la hipotética obligación vinculadas a la voluntad de las partes— que también debía tenerse en cuenta por la CIJ una supuesta obligación de negociar emergente en otro contexto jurídico. Aquel era el Derecho internacional general, cuya consecución se asociaba a un fin específico: que se otorgase el derecho de acceso al océano Pacífico a Bolivia.

Ese enfoque planteaba ciertas complejidades, puesto que el acento se debía poner en la existencia de normas fundamentales y no simplemente en obligaciones derivadas del consentimiento o que se desprendiesen de una conducta sostenida y aceptada por la otra parte, en forma expresa o tácita.

Al analizar con más profundidad esta perspectiva, cabe considerar lo siguiente:

El 15 de julio de 2014, Chile planteó una Excepción Preliminar acerca de la competencia de la Corte, invocando normas previstas en el Pacto de Bogotá o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (1948). La Corte falló la Excepción Preliminar el 24 de septiembre de 2015³², y por 14 votos contra 2, 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 art. VI del Pacto de Bogotá. Este 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».

Los párrafos de la sentencia sobre excepciones preliminares aportaron elementos sustantivos para contextualizar las argumentaciones de las partes en las posteriores etapas del proceso³³. También, permiten situar con más precisión la construcción jurídica sostenida por Bolivia en torno al fundamento y alcance de la obligación de negociar reclamada de Chile.

³⁰ Asunto *M/V «Louisa» (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports, 2013, p. 43, párr. 137.

³¹ También en *M/V «Virginia G» (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports, 2014, p. 4, en p. 109, párr. 398. Citado en *The M/V «Norstar» (Panama v. Italy)* Judgment, ITLOS Reports, 2019, p. 34, párr. 125. Disponible en https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf.

³² *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports, 2015, p. 592. Disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20150924-JUD-01-00-EN.pdf>.

³³ Su estudio se enriquece con la lectura de los argumentos aportados por la opinión disidente de la Jueza Louise Arbour (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18754.pdf>) la declaración del Juez Giorgio Gaja (disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18752.pdf>) y la opinión individual del Juez Antonio Cançado Trindade (disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/18750.pdf>).

Algunos párrafos del fallo de 2015 son indicativos del análisis que la Corte fue desarrollando para abordar la naturaleza y alcance de la controversia en la etapa de excepción preliminar, y enunciar una distinción fundamental entre una disputa sobre la obligación de negociar y aquella relativa al objeto o contenido de la negociación misma:

Según el párr. 32 de la Sentencia de 24 de septiembre de 2015:

*«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»*³⁴.

Agregó la Corte en el párr. 33 (parte final):

*«Even assuming arguing 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»*³⁵.

Y en el párr. 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»*³⁶.

La conclusión que se desprendería de este razonamiento es que la decisión de la Corte importó una delineación más fina de los términos de la controversia sobre la cual se iba a pronunciar, y optó por seguir un modelo estricto donde la existencia en sí misma de la obligación de negociar —sin prejuzgar su resultado— era el objeto del debate. Esta conclusión se confirmaría en la sentencia definitiva de 2018.

A lo largo del proceso, Bolivia aludiría a que —en diversas circunstancias— tales obligaciones podían ser impuestas por tratados o por la costumbre internacional. Mas esas no serían la única fuente de su existencia. En la Memoria, Bolivia había argumentado que la obligación de negociar que tenía Chile en el presente caso era más exigente: «Es una obligación específica según el Derecho internacional de llegar a un acuerdo acerca de un objetivo específico a fin de lograr un resultado particular, basado en principios definidos del Derecho internacional»³⁷.

Tomando como base —entre otras— la proposición de que una negociación constituye *«the exchange and discussion of proposals by the representa-*

³⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment*, ICJ Reports, 2015, p. 604, párr. 32.

³⁵ *Ibid.*, p. 605, párr. 33

³⁶ *Ibid.*, p. 605, párr. 34.

³⁷ Memoria de Bolivia, vol. I, 17 de abril de 2014, párr. 225, traducción de la autora. En el original: *«It is a specific obligation under international law to agree upon a specific objective to achieve a particular result, which is based on defined principles of international law»*.

*tives of the parties concerned with a view to reaching a mutually acceptable agreement»*³⁸, la Memoria boliviana discurriría sobre la base de dos hipótesis centrales. La primera, la existencia de una obligación de negociar que había nacido por la voluntad de ambas partes o de la voluntad unilateral de Chile; y, la segunda, que la obligación de negociar era una derivación de un principio general del Derecho internacional, y del cual se sigue su aplicación al caso concreto en el cual debe otorgarse un acceso soberano al océano Pacífico en beneficio de Bolivia. De seguirse este razonamiento, el consentimiento pareciera no ser necesario.

Desde ambos ángulos, ya fuese el de una obligación de negociar como supuesto para conceder un acceso soberano al océano, o el de una obligación de negociar porque el Derecho o expectativa a lograr un acceso soberano precedía el proceso concreto de la negociación, la controversia se iría perfilando ante la Corte con ángulos propios.

Fue recurrente en la parte demandante —por otra parte— la idea de que era aplicable al caso la tesis de que las negociaciones son necesarias, conforme al Derecho internacional, cuando se requiere alcanzar un acuerdo. Para ello, invocaría ejemplos convencionales basados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como los términos y modalidades que pueden acordarse con los países sin litoral para que ellos ejerzan sus derechos de tránsito (art. 125); el régimen de participación en la explotación del excedente de pesca en la Zona Económica Exclusiva de otro Estado (art. 69); o, las reglas aplicables a la delimitación marítima de las plataformas continentales o Zonas Económicas Exclusivas adyacentes o situadas frente a frente (arts. 74 y 83), entre otras. Sobre la base de lo sostenido por la CIJ en los casos *Fisheries Jurisdiction (Reino Unido c. Islandia)* y *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos)* con relación a que las partes debían conducir negociaciones dada la naturaleza de lo que debía ser resuelto, la demanda extrapolaría tal afirmación a la reclamación de acceso al océano Pacífico.

La diferencia fundamental entre esos casos y la demanda de Bolivia es que, en aquellos, la Corte sostuvo que los Estados estaban obligados a negociar en ciertas situaciones donde cada uno posee o invoca derechos que solo pueden ser definidos respecto de los derechos de la otra parte³⁹. El caso típico es el de la delimitación de una frontera terrestre o marítima.

Por otra parte, en la perspectiva de Bolivia, también jugaba un rol la costumbre internacional, y por ende había que considerar los elementos esenciales de una obligación de negociar que aportaban la prueba para evaluar la conducta chilena: a) que las negociaciones debían conducirse de buena fe,

³⁸ *Digest of International Law prepared by and under the direction of Marjorie M. Whiteman*, vol. 14, Department of State Publication 8547, 1970, p. 19. La Memoria de Bolivia no aclaraba, en todo caso, que el *Digest* propone ese concepto para explicar el procedimiento de negociación y conclusión de un tratado internacional, no el de una obligación de negociar en abstracto.

³⁹ ROGOFF, M. A., *op. cit.*, nota 28, p. 154.

y *b*) que las negociaciones debían tener un sentido. Así, al recordar algunas afirmaciones de la Corte en fallos y opiniones consultivas, Bolivia plantearía otra faz de la obligación de negociación, cual era que debía aplicarse en este caso el principio de la buena fe, en su calidad de principio fundamental en el Derecho internacional⁴⁰.

Ambos elementos, la buena fe y que las negociaciones tuviesen sentido, constituían piezas fundamentales de la conducta que Bolivia alegaba debía exigirse de parte de Chile. En esta misma línea, Bolivia invocaría la resolución de la Asamblea General sobre Principios y directrices para las negociaciones internacionales (A/RES/53/101, 20 de enero de 1999), y la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales (A/RES/37/10, 15 de noviembre de 1982, párrs. 1, 5 y 11), que hacen referencia al comportamiento de buena fe en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre solución de controversias⁴¹. Según estas premisas, el Derecho internacional poseería una estructura tal que, al invocarse la existencia de una controversia, se genera propiamente la propia de resolverla en los términos en que se plantea. Según esta lógica, la definición de la cual se parte por el demandante convierte el razonamiento en un tema más complejo, por cuanto se genera la pregunta de si la obligación de negociar invocada en el caso concreto es en sí misma parte de la disputa que debe ser negociada.

El elemento de la buena fe, y su sitio en esta disputa fueron citados por Bolivia en forma recurrente en diversos párrafos de su Memoria⁴². Según la parte demandante, la buena fe formaría parte de los elementos básicos de una negociación: *a*) la obligación de hacer propuestas de buena fe; *b*) la obligación de recibir y considerar propuestas de buena fe; *c*) la obligación de estar dispuesto a negociar sobre todas y cada una de las modalidades que pudieren ser propuestas; *d*) la obligación de evitar retrasos no razonables, y *e*) la continuidad de la obligación de negociar.

Frente a la tesis de la pluralidad de las fuentes de una obligación de negociar sostenida por Bolivia, la demandante volvería a aportar elementos para profundizar en su aproximación a una obligación de negociar aplicable al caso planteado ante la Corte. En su Réplica⁴³, señalaba que la obligación pretendida debía satisfacerse de la siguiente forma:

«Bolivia's case is that Chile is bound to negotiate sovereign access to the sea not merely because it in fact entered into negotiations, but as a result of Chile's own agreements, unilateral promises, commitments, statements, and course of conduct over time.

Chile intended Bolivia to understand that it was making, and acting in accordance with, a commitment to negotiate a sovereign access to the sea for Bolivia».

⁴⁰ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports*, 1998, p. 275, párr. 38. También, *Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports*, 1996, pp. 264-265, párr. 102.

⁴¹ Memoria de Bolivia, vol. I, párrs. 230-234

⁴² Memoria de Bolivia, vol. I, 17 de abril de 2014, Sección C del Capítulo II.

⁴³ Réplica de Bolivia, p. 52, párr. 147.

Esta tesis buscaría persuadir, en primer lugar, en favor de la idea que el comportamiento de Chile a lo largo de décadas solo se podía justificar a partir de que aquel tenía conciencia de que su conducta estaba fundada en una obligación de negociar para otorgar a Bolivia acceso soberano al mar.

El argumento sería complementado con la idea de que más allá de los compromisos que pudieren haber sido unilateralmente asumidos por Chile (la tesis de los actos unilaterales), o como resultado de otros medios (acuerdos, resoluciones de organizaciones internacionales), la obligación de negociar se desprendería del Derecho internacional general.

La estructura de la argumentación no permite clarificar si para que se pudiera invocar esa obligación debía existir un objeto del resultado de la negociación cuya consecución ya hubiera sido convenido, y de qué manera se podía fundamentar una obligación de negociar si la propia controversia se definía en torno a la pregunta de si existía tal obligación de negociar y a su aludido incumplimiento.

4. LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN EN EL CASO BOLIVIA C. CHILE

La sentencia plantea un interés particular, más allá de la narrativa diplomática y su correlato jurídico, en cuanto a cómo la Corte construye la respuesta a la pregunta de si era aplicable al caso una obligación de negociar derivada de principios generales. El llamado al Derecho internacional general parecía ofrecer, además —en la perspectiva de Bolivia— una nueva dimensión analítica, cual era de invitar a transitar de lo jurídico a la invocación de la justicia.

En las audiencias orales celebradas en marzo de 2018, Chile recordaría que al estudiarse el proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) primó la opinión general de que el iniciar una negociación (de un acuerdo) no obligaba a algo, ya que respondía a una acción discrecional. Por tanto, el negociador mantenía su total libertad para aceptar, rehusar, suspender, o romper la negociación⁴⁴. De una simple negociación no derivaban obligaciones de mantener una posición como las que prevé el art. 18 de la CVDT respecto del valor de la firma puesta en un tratado sujeto a ratificación, y donde se acepta la posibilidad de que un Estado abandone su interés en ser parte, y por ende la posibilidad de asumir las obligaciones derivadas del mismo.

La argumentación de Chile en respuesta a Bolivia apuntaría a que —en este caso— se estaba buscando establecer un mecanismo obligatorio de negociación con un fin predeterminado. De seguir la tesis boliviana —sostenía

⁴⁴ REUTER, P., «De l'obligation de négocier», en *Mélanges Morelli*, París, 1975, pp. 711-733, esp. p. 714. Citado por el Abogado Thouvenin en el párr. 25 de su discurso, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>.

Chile— todo Estado convocado a negociar sobre la base de un documento predeterminado no podría rehusar de concurrir, y tampoco negarse a aceptar los términos que se le presentaren. Esto no parecía conformarse a la buena fe en las relaciones internacionales, tampoco a la práctica y a la *opinio juris*.

En tal sentido, la introducción en el razonamiento ante la Corte de que existía la posibilidad de que a partir del término «justicia» contenido en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se estableciese una nueva obligación jurídica, significaba —sostenía Chile— ampliar la base de sustentación de la obligación. Para Bolivia en cambio, la paz internacional, la seguridad y la justicia, jugaban en el mismo plano en cuanto a que justificaban la existencia de la obligación reclamada. De ello, se desprendía una lectura de la obligación general que se reflejaría en el art. 2.3 de la Carta de la ONU, donde el acento quedaría puesto en el deber de buscar el fin de situaciones manifiestamente injustas (o ilegales, podría agregarse). Este argumento llevaría a reducir la diferencia entre el término de justicia y «justiciable» y, por ende, abriría paso a una nueva fuente de acceso a tribunales internacionales.

En su respuesta, Chile profundizaría acerca de la naturaleza de las fuentes del Derecho internacional que Bolivia invocaba y, en ese marco, se preguntaría sobre el contenido de una obligación de negociar; y, de existir esta, cómo se podría extinguir. A propósito del art. 2.3 de la Carta de la ONU, expresaría —citando al profesor Christian Tomuschat—⁴⁵ que «*realistically, the Charter refrains from demanding of States that they should maintain with all of their neighbours relations of friendship and good neighbourliness, although this is a desirable state of affairs*». La Carta requiere —dice el autor— que «*all States not to let their disputes with other countries degenerate into a peace-threatening configuration*»⁴⁶. Esta es la obligación general, y no la de responder ante cualquier argumentación relativa a un interés vital insatisfecho y quedar obligado a participar en negociaciones sobre aquel.

En este contexto, quedaba abierta la pregunta de cómo reconciliar la función de un tribunal internacional de justicia como la propia Corte, característica que subrayaría Bolivia, y su competencia para resolver controversias conforme al Derecho internacional que es de la esencia de su jurisdicción, con la idea de que esta coincide ampliamente con el objeto del art. 2.3 de la Carta de la ONU. El efecto del art. 2.3 —aplicable en principio a todo tipo de controversias, incluyendo las jurídicas— se amplificaría de forma tal que toda controversia sería justiciable por el solo hecho de ser proclamada como tal.

Aportando argumentos novedosos, Bolivia postularía también que las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) podían crear

⁴⁵ TOMUSCHAT, C., «Art. 2, par. 3», en ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C., OELLERS-FRAHM, K. y TAMS, C., *The Statute of the International Court of Justice, A commentary*, 2.^a ed., Oxford, OUP, 2012, p. 85. Citado por el Abogado Thouvenin en el párr. 18 de su discurso, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180322-ORA-01-00-BIChile.pdf>.

⁴⁶ *Ibid.*

o confirmar una obligación que se impusiera a los Estados. Las preguntas siguientes que cabía hacer eran: ¿Resultaba de aquellas también una obligación de cesión territorial? ¿Cuál había sido la conducta observada por Chile ante ese argumento?

El argumento boliviano invocaba la opinión consultiva de la CPJI en el asunto del *Railway Traffic*, ya citado, donde se abordó el valor de una resolución del Consejo de la Sociedad de las Naciones que recomendaba a dos gobiernos (Polonia y Lituania) «*enter into direct negotiations*»⁴⁷. En ese caso, 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. La opinión consultiva también contenía una frase que decía: «*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*»⁴⁸.

En función de estos supuestos, es que la relación entre una «obligación de negociar» y las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, adquiriría en este caso una dimensión interesante. 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 se generarían en este proceso se referían a si ellas establecían un derecho en favor de Bolivia para exigir una negociación y si comprometían a Chile a mantener una conducta constante en tal sentido. Todo ello, considerando la evolución del lenguaje utilizado y el hecho de que, a partir de 1990, la organización no adoptó nuevas resoluciones sobre esos temas.

El recurso a una interpretación expansiva de los poderes de la Asamblea General de la OEA a la luz de su Carta ofrecía elementos de interés, y así fue planteado a la Corte por Bolivia. Según ella⁴⁹, los argumentos se resumían de la siguiente forma: la Carta de la OEA obligaba a comportarse de buena fe y a resolver las controversias pacíficamente; a su vez, la Asamblea General del organismo había identificado la existencia de una controversia (entre Chile y Bolivia) y adoptado resoluciones a ese respecto, cuyo efecto jurídico no podía desconocerse. De esas 11 resoluciones⁵⁰, Chile votó en contra la gran mayoría de ellas. Para Bolivia, aquello no impedía que igualmente se aplicasen las

⁴⁷ *Railway Traffic between Lithuania and Poland, Advisory Opinion*, PCIJ, Series A/B, núm. 42, p. 116.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ En particular, discurso de Amy Sander ante la Corte, pp. 33-40, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁵⁰ OEA, Resoluciones de la Asamblea General: núm. 426 (31 de octubre de 1979), Memoria de Chile-Anexo 250; núm. 481 (27 de noviembre de 1980), Memoria de Chile-Anexo 254; núm. 560 (10 de diciembre de 1981), Memoria de Chile-Anexo 257; núm. 602 (20 de noviembre de 1982), Memoria de Chile-Anexo 259; núm. 686 (18 de noviembre de 1983), Memoria de Chile-Anexo 266; núm. 701 (17 de noviembre de 1984), Memoria de Chile-Anexo 272; núm. 766 (9 de diciembre de 1985), Memoria de Chile-Anexo 282; núm. 873 (14 de noviembre de 1987), Memoria de Chile-Anexo 300; núm. 930 (19

obligaciones previstas en la Carta, además de tener relevancia el hecho de que Chile se sumó al consenso o no objetó algunas resoluciones —con variantes— en tres ocasiones (1980, 1981, 1983).

Estos textos requerían de una exégesis de los términos utilizados en cada resolución, los que aportaban matices y diferencias considerables. Chile apelaría a una interpretación armónica de los textos a la luz del principio de la buena fe y del texto mismo de la Carta de la OEA⁵¹. Ciertamente —acentuaba Chile— para que exista un deber de negociar con el fin de ceder territorio, tiene que haber un acto expreso y consentido que así lo consagre, no una exhortación política.

La tesis de Chile era que la resolución de 1983 (AG/RES.686), titulada «*Report on the maritime problem of Bolivia*», había adoptado un lenguaje especial. Ella exhortaba a seguir un proceso de acercamiento y fortalecimiento de la amistad con el fin de superar dificultades que separaren a los Estados, incluyendo una fórmula para dar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico, sobre bases que tomasen en cuenta conveniencias mutuas y los derechos e intereses de todas las partes interesadas. Un proceso de acercamiento⁵² que Chile apoyaba —se dijo— no implicaba reconocer una obligación de negociar la cesión de territorio.

Otro elemento de interpretación era que la OEA no había generado un mecanismo de seguimiento o requerido que los países concernidos informasen posteriormente. Si las resoluciones de la OEA pudieren inducir a validar la afirmación de que el acceso soberano al océano era un tema pendiente, como sostenía Bolivia, también cabía tener en cuenta que su Ministro de Relaciones Exteriores había expresado en 1990 que «*all of this support [a 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*»⁵³.

En los alegatos ante la Corte, Chile recordaría lo sostenido por el Juez Lauterpacht en su opinión individual en la opinión consultiva sobre el *Sudoeste Africano*, acerca de la relación entre el valor en cuanto recomendaciones de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y el grado de respeto con que debían tratarse⁵⁴. Ambos efectos no son contradictorios, pero no se confunden. Ese caso se refería a la interpretación del marco ju-

de noviembre de 1988), Memoria de Chile-Anexo 304; y núm. 989 (18 de noviembre de 1989), Memoria de Chile-Anexo 306.

⁵¹ En especial, discurso de 23 de marzo de 2018 de la Abogada Mónica Pinto, párrs. 8-20, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153-20180323-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁵² Véase el discurso de 28 de marzo de 2018 de la Abogada Mónica Pinto, párrs. 1-19, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180328-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁵³ *Minutes of the Second Meeting of the General Committee of the Organization of American States General Assembly*, 6 June 1990, Contramemoria de Chile, Anexo 307, p. 2121.

⁵⁴ *South-West Africa-Voting Procedure, Advisory Opinion* of June 7th 1955, *ICJ Reports*, 1955, Opinión individual del Juez Lauterpacht, p. 120.

rídico (incluyendo el de un acuerdo) que fundamentaba el mandato sobre dicho territorio, claramente dentro de la competencia del tribunal y de las Naciones Unidas.

En cuanto a las resoluciones de la Organización de los Estados Americanos, Bolivia se había referido a las once 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. A su turno, el demandante no discutió el argumento de que las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA no tenían, 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*»⁵⁵ 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 partes⁵⁶. Agregaba Chile que, en los 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 ambos Estados —dijo la Corte— 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 tendente 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»⁵⁷.

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. Tiene valor entonces que la Corte dijese que: «[L]a participación de Chile en el consenso para adoptar algunas resoluciones no implica que Chile aceptó una obligación de negociar» ese acceso soberano⁵⁸.

⁵⁵ Réplica de Bolivia, p. 114, párr. 292.

⁵⁶ Chile cita a ARRIGHI, J. M., «L'Organisation des États 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*»).

⁵⁷ Resolución AG/RES.686 (1983), disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03797S01.PDF>, p. 104.

⁵⁸ Sentencia de 1 de octubre de 2018, párr. 171. Traducción de la autora.

5. EL ART. 2.3 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO CUESTIÓN DE FONDO

En sus escritos y alegatos orales, Bolivia sostendría que cabía aplicar un principio sustantivo, esto es, que en virtud de la Carta de la ONU (art. 2.3) y la Carta 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. Este 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 resoluciones que recogen este principio: la Declaración 2625 (XXV o 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 o una fórmula que otorgue acceso soberano al mar. Esta última formulación cambia el eje de la discusión y de la definición misma de la controversia.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica, se trataría entonces de distinguir entre la fuente de una supuesta obligación de negociar (derivada de la voluntad del Estado o de las voluntades concurrentes de dos Estados), de la obligación que se desprendería de los arts. 2.3 y 33 de la Carta de la ONU, relativos a la solución de controversias⁵⁹. Negociación y adjudicación⁶⁰ en términos del art. 33 de la Carta, se sitúan en otro plano jurídico que el de los supuestos de la obligación de negociar expuesta por Bolivia.

Este último artículo se refiere además a los medios de solución pacífica, y específicamente a la necesidad de aplicarlos en caso de disputas susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales, condición que no se planteaba en este caso.

En los términos expuestos por Chile⁶¹, la propuesta de Bolivia implicaba que existe una obligación general de negociar que se aplica «*to any pending issue between two (or more) countries which needs to be settled*» y, en particular, al llamado «*maritime issue*», que Bolivia describía como «*pending*» con Chile porque «*Bolivia gave up its maritime territory to Chile in the expectation that it would have a sovereign access to the sea restored to it*». La respuesta de Chile como demandado era que: «*The obligation imposed by the UN Charter is*

⁵⁹ Dúplica de Chile, párrs. 2.4-2.7

⁶⁰ Véanse las reflexiones de ABI-SAAB, G., «Negotiation and Adjudication: Complementarity and Dissonance», en BOISSON DE CHAZOURNES, L., KOHEN, M. y VIÑUALES, J. (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2012, pp. 327-333.

⁶¹ Dúplica de Chile, párr. 2.4.

to settle disputes by “peaceful means”. One such means is negotiation, but there are many others, and there is no obligation to negotiate in preference to pursuing other means of peaceful settlement of disputes»⁶².

Este razonamiento llevaba a plantear una vez más la cuestión de fondo sobre cuál era la controversia propiamente tal, a fin de determinar si cabía señalar que el medio para resolverla era una negociación obligatoria. También cabía la pregunta de si el recurso al concepto de un tema pendiente equivalía a la existencia de una disputa que debiera resolverse. Y se agregaba la pregunta de si esa disputa se refería a un derecho de acceso soberano al mar, el cual debía demostrarse, o a una expectativa de que unas negociaciones conducirían a ese resultado.

Bolivia reconocería en su Réplica que Chile había tenido el derecho soberano de no hacer una promesa o de no adoptar un entendimiento o de sí hacer una representación relativa a otorgar un acceso soberano para Bolivia y que, en el ejercicio de esa prerrogativa, Chile se había comprometido⁶³. Se podría concluir de esta argumentación que Bolivia podía aceptar que antes de que se efectuase una supuesta promesa, no habría habido un fundamento que obligase a hacerla.

La importancia de la Carta de la ONU fue expuesta con elocuencia en los discursos del Profesor Vaughan Lowe⁶⁴. Él sostendría que una de las bases de la obligación de negociar de parte de Chile se encontraba en la obligación de resolver pacíficamente las controversias. Agregaría que en el Derecho internacional el deber de negociar implicaba, 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. Las referencias a la jurisprudencia⁶⁵, o la opinión de determinados jueces, abundarían en este relato para confirmar el sentido que deberían tener las negociaciones entre dos Estados.

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.

⁶² *Ibid.*, párr. 2.5.

⁶³ Réplica de Bolivia, p. 68, párr. 181.

⁶⁴ Véase el párr. 9 del discurso del Profesor Lowe, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180319-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁶⁵ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports, 1969, p. 47. párr. 85.a); *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports, 2011 (II), p. 685, párr. 132, que cita el caso *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports, 1974, p. 33, párr. 78.

— El deber de buscar medios para superar cualquier problema que se presentare en el camino para resolver el asunto.

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

A estos argumentos se agregaba la cita de palabras del Juez Charles de Visscher en el caso del *South West Africa*, en cuanto a que: «*The obligation to be ready to negotiate with a view to concluding an agreement represented the minimum of international co-operation without which the entire regime contemplated and regulated by the Charter would have been frustrated. In this connexion one must bear in mind that in the interpretation of a great international constitutional document, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice*»⁶⁶.

No obstante la solemnidad de la cita, el argumento parece no haber dado más peso al razonamiento sobre cómo había nacido la obligación de negociar en este caso concreto.

Por otra parte, este enfoque novedoso buscaba cambiar el punto desde el cual observar la demanda contra Chile, ya que postulaba que se debía aceptar el inicio de una negociación como una expresión de la conducta requerida por el Derecho internacional, sin abandonar los intereses vitales y sin comprometerse a cualquier costo. El resultado de este nuevo marco de relaciones se traduciría —conforme a esta tesis— en una obligación de resolver o mejorar la situación del país sin litoral (Bolivia) a fin de que gozare de acceso soberano. Se trataba de una norma general seguida de una *lex specialis*, según Bolivia, a la cual se integran prácticas particulares⁶⁷.

Los elementos antes explicados por Bolivia presentaban una tesis cercana a la teoría sostenida por el Jurista y ex Presidente de la CIJ, Mohamed Bedjaoui, al desarrollar la interpretación de que el art. VI del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares recoge una norma consuetudinaria en lo concerniente a la obligación de negociar un tratado de desarme nuclear completo.⁶⁸ Esta obligación no sería solamente de conducta, sino también de lograr un resultado preciso (desarme nuclear), adoptando una conducta específica de negociar de buena fe para lograr tal objetivo.

La reflexión generada por la demanda boliviana buscaba, por tanto, lograr un amplio alcance. Bolivia sostenía que en el Derecho internacional existe una obligación general, reflejada en los arts. 2.3 y 33 de la Carta de la ONU,

⁶⁶ *International Status of South West Africa, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1950, Dissenting opinion of Judge De Visscher*, p. 188. Según 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*».

⁶⁷ Véase el párr. 18 del discurso del Abogado Pavam Akhavan, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20180326-ORA-01-00-BI.pdf>.

⁶⁸ BEDJAOU, M., «Good Faith, International Law, and Elimination of Nuclear Weapons: Keynote Address», en Conference sponsored by World Court Project to Abolish Nuclear Weapons, 2008, p. 11. Disponible en <http://lcnp.org/wcourt/2008.Geneva.Conf.papers.pdf>.

aplicable a todo asunto pendiente que involucrase a dos o más países. Es decir, el art. 2.3 imponía una obligación positiva aplicable a todos los Estados, respecto de todas las controversias (no solo a las jurídicas, o a aquellas que amenacen el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). La misma obligación se desprendería del art. 3 de la Carta de la OEA. Considerada en su integridad, y desagregada de un resultado específico y predeterminado, la obligación de negociar podía también ser leída como semejante a lo que el Profesor Karel Wellens 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 fracasen⁶⁹.

En su Réplica, Bolivia sostuvo que la obligación que exigía de Chile pertenecía a la categoría de una obligación de negociar, basada en la buena fe, y cuya naturaleza jurídica era indubitante.⁷⁰ Al invocar, además, referencias a la doctrina de profesores destacados (Reuter⁷¹, Virally⁷²), podía inferirse que había cierta fuerza en tales supuestos. No obstante, la Corte siguió un curso distinto, respecto del cual se puede hacer la pregunta de si efectivamente la doctrina citada por Bolivia apoyaba su interpretación extensiva, en especial al contrastar las afirmaciones de los juristas con los hechos jurídicos del caso mismo.

Cabe recordar que Virally, en su trabajo para el Institut de Droit International, finalizado en 1983, sugería que «31. *Le fondement de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques se trouve incontestablement dans la volonté des parties*»⁷³.

Asimismo, es útil evocar que la voluntad de las partes es lo que precisamente destacó el análisis de la CIJ en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo*⁷⁴, aportando otros elementos sustantivos. La Corte pondría de relieve, en ese caso, que eran relevantes los términos del Comunicado Conjunto de 31 de mayo de 1975, y el contexto en que se había alcanzado el acuerdo sobre el mismo⁷⁵. De ello, se derivaba que ese documento no tenía el propósito y no constituía un compromiso inmediato de aceptar incondicionalmente la demanda unilateral de la disputa del caso a la Corte.

Frente a este cuadro, el argumento boliviano se modelaría en torno a dos ideas, ambas a ser precisadas. La primera era que una obligación nacía

⁶⁹ WELLENS, K., *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice*, Surrey, Ashgate, 2014, pp. 23-26.

⁷⁰ Réplica de Bolivia, p. 28, párrs. 70 y 71.

⁷¹ REUTER, P., «De l'obligation de négocier», *op. cit.*, nota 43, p. 714.

⁷² VIRALLY, M., *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, 1983, t. 1, Travaux préparatoires, pp. 328-374. Véase «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)», *Septième Commission, Rapport définitif*. Disponible en http://www.idi-iiil.org/app/uploads/2018/06/1983_vol_60-I_Session_de_Cambridge.pdf.

⁷³ *Ibid.*, p. 341.

⁷⁴ *Plateau continental de la mer Egée, arrêt*, CIJ Recueil, 1978, p. 3.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 44, párr. 107.

cuando un Estado planteaba formalmente ante otro Estado un asunto que era de interés vital, y la segunda, referida al momento en que el otro Estado concordaba en referirse al tema y en satisfacer esa aspiración. En ambas etapas, la obligación general derivada del Derecho internacional jugaba un papel.

En su respuesta, difiriendo de la naturaleza y el sentido de los elementos de hecho y de derecho expuestos ante la Corte por la demandante, Chile sostendría que la frase según la cual: «*Negotiations with a view to reaching an agreement also imply that the parties should pay reasonable regard to the interests of the other*»⁷⁶, tomada del fallo de la Corte en el caso del *Interim Accord* (2011), no aportaba elementos novedosos para fundamentar la obligación de negociar expuesta por Bolivia. En ese asunto, como en otros, la consideración de los intereses de la otra parte se había sustentado en un acuerdo previo, al tiempo que el concepto de intereses de las partes no podía superponerse a los derechos que estuviesen presentes.

La parte chilena observaría, también, que la jurisprudencia de la CIJ⁷⁷ citada para respaldar esa tesis correspondía a situaciones sustancialmente diferentes del caso planteado por Bolivia. En ella, 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 de un límite internacional entre espacios con pretensiones superpuestas de dos Estados, donde el Derecho internacional no reconoce su fijación unilateral.

Chile plantearía también que el término «negociar» no figuraba en el art. 2.3 de la Carta de la ONU y que este tratado no imponía una obligación de negociar a las partes, las cuales eran libres de hacerlo o no, con sus vecinos. Respecto del art. 3 de la Carta de la OEA, Chile respondería que no constituía una base jurídica que obligase a Chile a negociar acerca del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

En respuesta a estos argumentos, la Sentencia de 1 de octubre de 2018, ha expuesto que el art. 2.3 de la Carta de la ONU establece un deber general de solucionar las controversias a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, y la justicia. Pero aquel no indica que las partes están obligadas a recurrir a un método específico de arreglo, como es la negociación, término que allí tampoco es mencionado. Como tal, la negociación es aludida en el art. 33 de dicha Carta, junto con otros medios (investigación, mediación, etc.), pero

⁷⁶ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports, 2011 (II), p. 685, párr. 132; citando *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports, 1974, p. 33, párr. 78.

⁷⁷ Entre otros fallos, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports, 1969, p. 47, párr. 85 (a). Sobre la buena fe de las partes, la Corte dijo allí que aquellas «*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*».

esa disposición deja a las partes la elección de los métodos de arreglo y no designa un método específico, como la negociación.

Ha agregado 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 proclamaron la libertad de elección de los medios (párr. 166). La Corte ha concluido que no se desprende de estas disposiciones una obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico (párr. 167 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018).

Una conclusión similar ha expuesto la sentencia en lo relativo a las disposiciones de la Carta de la OEA [arts. 3(i), 24 y 25], de las cuales la Corte no infiere una base jurídica de la obligación de negociar en los términos indicados por la parte demandante. Estas disposiciones se refieren a la sumisión de las controversias a medios pacíficos de solución; a ese respecto, la sentencia agrega que las partes son libres de negociar con sus vecinos, y que nada les impone hacerlo (párr. 164). En su conclusión sobre la Carta de la ONU, la Corte afirma que «*no obligation to negotiate Bolivia's sovereign Access to the Pacific Ocean arises for Chile under the provision of the Charter on the peaceful settlement of disputes*» (párr. 166). El art. 33 de la Carta de la ONU no incorpora —a su vez— nuevos elementos a tal principio.

La Corte ya había sostenido que la calidad jurídica de un acuerdo depende esencialmente de la naturaleza del acto o de la transacción que contiene, y que, para determinar tal cualidad, se debe «*tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré*»⁷⁸.

La sentencia de la Corte, ante un escenario de argumentos complejo y sensible que tenía como punto de partida si existía la obligación de negociar para Chile, confirma la respuesta, ante la pretensión boliviana a un derecho de acceso al mar por territorio chileno, que el tema abarcaba algunos elementos:

De existir una obligación de comportamiento (*pactum de negociando*), la sola regla aplicable era la de conducir las negociaciones de buena fe. Y aunque esa obligación tuviera un origen convencional o derivado de la clara voluntad unilateral de un Estado, no comprendía la obtención de un resultado. Además, cabía considerar que las obligaciones podían extinguirse, aunque no se hubiera previsto una cláusula que estableciera en qué condiciones o circunstancias se produciría tal efecto. Es decir, puede llegar un momento en que las negociaciones se hubieran convertido en fútiles y llegado a un punto muerto.

⁷⁸ *Plateau continental de la mer Egée, arrêt*, CIJ Recueil, 1978, p. 39, párr. 96.

6. LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS JUECES YVES DAUDET, NAWAF SALAM Y PATRICK ROBINSON

En sus opiniones, estos jueces apelaron, en términos generales y sin concordar plenamente en los fundamentos, a la tesis de que de los documentos presentados se desprendía una obligación de negociar un acceso soberano para Bolivia al océano Pacífico, la cual Chile no habría satisfecho. El Juez Robinson, por ejemplo, vio en el Memorándum Trucco y en los documentos firmados entre 1975 y 1977, tomados en sus contextos, una intención de crear una obligación con tal objeto (párrs. 52-72). A su vez, el Juez Nawaf Salam, quien siguió un razonamiento similar, concluyó sobre la existencia de una obligación de negociar a cargo de Chile, pero sin resultado (párr. 32). El juez interpretó en ese sentido la sentencia sobre Excepción Preliminar de 2015 (párr. 33), 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 petitorio sobre el acceso soberano, en el curso del proceso, agregando ambigüedad a su postura.

El Juez *ad hoc* Yves Daudet, nominado por Bolivia, desarrolló a su vez extensos argumentos sobre las fuentes de una obligación de negociar constituidas por tres instrumentos (1920, 1950 y 1975-78) y procuró contextualizarla. A este respecto, no compartió la posición mayoritaria sobre la unicidad e independencia 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 sobre si el efecto de repetición de una intención no atenuaba o borraba la diferencia entre las obligaciones.

El Juez *ad hoc* Daudet se explayaría también sobre la distinción entre obligación de comportamiento y de resultado, cuando esta última suscita la duda de si se puede hablar de una verdadera negociación, respecto la cual Bolivia fue introduciendo algunas ambigüedades a lo largo del proceso. Finalmente postularía Bolivia —en términos de Daudet— una obligación condicional o circunscrita (tesis que acentuaría el carácter modesto de la petición principal) (párrs. 49-51). En la opinión disidente más jurídica de las anexas a la sentencia se advierte el esfuerzo por 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.

7. CONCLUSIONES

El fallo de 1 de octubre de 2018 desarrolló los puntos expuestos a partir de una exégesis de los conceptos que involucraba el postular una supuesta obligación de negociar, junto a la necesidad de que el fundamento de tal obligación poseyera cualidades jurídicas capaces de responder a la prueba de la existencia de un acuerdo internacional o de un acto unilateral con efectos

jurídicos. El texto, la intención y la conducta ulterior fueron elementos determinantes. La sentencia introduce además una nítida línea de distinción entre el comportamiento de dos Estados que pueden buscar acercamientos, incluso sobre temas de alta sensibilidad, con la idea de que sus actos obedecen al cumplimiento de una obligación preexistente.

Otra dimensión interesante desde el punto de vista jurídico es que la sentencia ha analizado la obligación reclamada por Bolivia en su integridad, es decir, ha precisado que tal obligación de negociar requería ser concreta y poseer un propósito determinado. De esta forma, la sentencia sitúa la obligación de negociar planteada por Bolivia desde una perspectiva diferente de aquel principio a la que se refiere el art. 2.3 de la Carta de la ONU o el art. 3 de la Carta de la OEA (que no aluden a negociaciones), referidos a la solución de las controversias internacionales, y bajo la obligación general de solucionar las controversias.

Esta distinta perspectiva se apreciaría, además, al comparar el sentido de la demanda con la tesis que se desprendía del dictamen emitido mediante la Opinión Consultiva sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*⁷⁹, cuyo párr. 99 hizo referencia a la naturaleza de la obligación contenida en el art. 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. Aquella negociación, cuya naturaleza se vincula a una obligación sustantiva concreta que requiere que dos Estados aborden en común un determinado asunto (delimitaciones marítimas), o cuando se plantea un uso competitivo sobre recursos en un espacio común, presenta rasgos diferentes de la obligación que asume la solución de controversias.

Por tanto, la forma como se planteó la demanda boliviana permite, además, distinguir el razonamiento y estructura con que se presenta la petición de una obligación de negociar, con otros ámbitos jurídicos propios de las situaciones donde el Derecho internacional establece que es el acuerdo de las partes el que debe aplicarse para definir un estatus, o convenir una medida que se aplicará en un espacio común, o a los límites entre ciertos espacios físicos. Y donde, una vez iniciado el proceso de intercambio de posiciones y propuestas, puede emerger una controversia.

Por otra parte, sobre la repetición del concepto de buena fe como pilar de la existencia de una obligación de negociar, la lectura del fallo lleva a evocar la cuestión de la buena fe como fuente de obligaciones de negociar en el Derecho internacional, así como los límites de la aplicación de la teoría. Al respecto, la sentencia sigue la línea argumental según la cual la buena fe, y podría decirse lo mismo del abuso del derecho, debe estar vinculada a obligaciones y derechos establecidos.

⁷⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1996, p. 226, párr. 99.

Las conclusiones de la Corte también pueden leerse desde la perspectiva de que, al afirmar Bolivia la existencia de una obligación de negociar un acceso soberano al océano Pacífico en los términos expuestos por aquella, la tesis aparecía construida a partir de un supuesto derecho (originario) a poseer tal acceso. En el ámbito del proceso judicial mismo, aquello se presentaba de forma tal que colocaba el peso de la argumentación sobre la conducta que había tenido Chile por más de un siglo, sin referirse a la conducta de la otra parte. 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.

Se desprendería de la lógica de la demanda que la controversia propiamente tal surgirá en aquel caso en que la parte que pudiese potencialmente ser objeto de una demanda negare la existencia de la obligación de negociar, y no prestare su consentimiento para dar curso a la negociación con el fin de otorgar un acceso soberano, terminando por no satisfacer el objetivo buscado por la demandante.

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 de 2018 una pieza jurídica interesante, en la medida en que la Corte se ha adentrado 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, pareció justificar ese cuidado.

RESUMEN

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SE PRONUNCIA SOBRE LA DEMANDA DE BOLIVIA CONTRA CHILE RELATIVA A UNA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. LA SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018

Mediante la Sentencia de 1 de octubre de 2018, la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre la demanda del Estado Plurinacional de Bolivia acerca de una pretendida obligación a cargo de Chile, para otorgarle acceso soberano al mar. La Corte Internacional de Justicia ha decidido que, de la conducta de las partes y del Derecho internacional general, no se derivaba la existencia de tal obligación. El caso planteaba la pregunta acerca de dónde y cómo se había generado esa obligación, si lo había sido por la conducta de la parte demandada, o por acuerdo de las partes, y qué papel cumplía el Derecho internacional general. El caso ha permitido evocar también el debate teórico según el cual pueden presentarse obligaciones dignas de calificarse como propias de un *pactum de negotiando*, o de un *pactum de contrahendo*.

La respuesta de la Corte a los distintos elementos expuestos fue que ella no pudo llegar a la conclusión que Chile posee «la obligación de negociar con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico», como lo expusiese Bolivia. Entre otros elementos, la Corte ha afirmado que el art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas establece un deber general de solucionar las controversias a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, y la justicia. Pero aquel no indica que las partes están

obligadas a recurrir a un método específico de arreglo, como es la negociación, término que tampoco menciona. En consecuencia, la Corte no acepta las demás peticiones de Bolivia, cuya premisa era la supuesta obligación de negociar.

Palabras clave: naturaleza y alcance de una obligación de negociar, solución de controversias, acceso soberano, acceso al mar, *pactum de negotiando*, *pactum de contrahendo*, Carta de las Naciones Unidas, resoluciones internacionales de la OEA.

ABSTRACT

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE DECIDED ON THE COMPLAINT OF BOLIVIA AGAINST CHILE RELATING TO AN OBLIGATION TO NEGOTIATE. THE JUDGMENT OF 1 OCTOBER 2018

By judgment of October 1, 2018, the International Court of Justice has decided on the submission of the Plurinational State of Bolivia regarding an alleged existence of an obligation under Chile, to negotiate an agreement granting Bolivia sovereign access to the sea. The Court has ruled that neither general international law nor the conduct of the parties resulted in the existence of such an obligation. The case raised the question of where and how that obligation had been generated, if it had been through the conduct of the respondent, or by agreement of the parties, as well as about the role of general international law. The case has recalled the theoretical debate according related to obligations characterized as part of a *pactum of negotiando* or of a *pactum of contrahendo*.

The response of the Court to these various elements has been that it could not reach the conclusion that Chile had «the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean», as stated by Bolivia in its submissions. Among other elements, the Court also affirms that art. 2.3 of the Charter of the United Nations establishes a general duty to settle disputes in order to preserve international peace and security, and justice. And, it does not indicate that the parties are obliged to resort to a specific method of settlement, such as negotiations, a term which is not mentioned in the said provision. Accordingly, the Court could not accept the other final submissions presented by Bolivia, which were premised on the existence of such an obligation.

Keywords: nature and scope of an obligation to negotiate, dispute settlement, sovereign access, access to the sea, *pactum de negotiando*, *pactum de contrahendo*, Charter of the United Nations, OAS international resolutions.