

OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR. BOLIVIA *VS.* CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La objeción preliminar de Chile a la competencia de la CIJ.* III. *¿Por qué Bolivia decide demandar y por qué de esa manera?* IV. *Antecedentes históricos.* V. *Génesis del problema. El Tratado de Límites entre Bolivia y Chile de 1866.* VI. *La Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta.* VII. *Tratado de 1874.* VIII. *La Guerra del Pacífico.* IX. *Pacto de Tregua.* X. *El Tratado de Paz y Amistad del 20 de octubre de 1904.* XI. *Después de la guerra la relación entre los dos países cambió.* XII. *Bases de la obligación de negociar, según Bolivia.* XIII. *Acuerdos bilaterales.* XIV. *Los actos unilaterales como fuente de derecho internacional.* XV. *En realidad, ¿no existe la obligación de negociar?* XVI. *¿Qué queda del caso después de la sentencia de la CIJ?* XVII. *Conclusiones.* XVIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El 24 de abril de 2013, el gobierno plurinacional de Bolivia presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra Chile, pidiendo que se reconozca la obligación que tiene este último de negociar de buena fe y efectivamente con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo que permita a Bolivia un acceso, de soberanía total, al océano Pacífico. Se funda la competencia de la Corte en el artículo XXXI del Tratado Americano de Solución de Controversias de 1948, también denominado Pacto de Bogotá.

Si la demanda de Bolivia se refería concretamente, como se acaba de señalar, a la obligación de Chile de negociar de buena fe y efectivamente con Bolivia a fin de alcanzar un acuerdo para que se conceda a Bolivia un acceso soberano total al océano Pacífico, se establece que el objeto de la disputa tiene que ver con:

- a) La existencia de tal obligación;
- b) El incumplimiento de tal obligación por Chile;
- c) La obligación de Chile de cumplir con tal obligación.¹

Con lo anterior, Bolivia, en un movimiento jurídico internacional ante la CIJ, en un intento por conseguir una salida al mar, ponía contra la pared a Chile. No obstante, la medida de Bolivia llamó la atención, porque no solicitó directamente, como se podría esperar, una salida al mar. La posición era bastante riesgosa e incierta, pues de la negociación podía desprenderse tanto el éxito como el fracaso de su objetivo fundamental, que es conseguir una salida al mar.

II. LA OBJECCIÓN PRELIMINAR DE CHILE A LA COMPETENCIA DE LA CIJ

El 15 de julio de 2014 el gobierno chileno interpuso una objeción preliminar respecto de la competencia de la Corte, alegando que la CIJ carecía de competencia. El Pacto de Bogotá es muy claro en lo que respecta a la competencia de la CIJ. Los Estados partes tienen obligación de someter sus diferencias a la Corte. Entonces, el cuestionamiento que hace Chile es bastante trascendente, por lo que a continuación veremos. De acuerdo con el Pacto de Bogotá, los Estados parte tienen la obligación, de conformidad con el artículo XXXII, de someter sus diferencias a la CIJ,² aunque establece ciertas excepciones, contenidas en el artículo VI:

Artículo VI. Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los 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.

Entonces, de acuerdo con el alegato de Chile, la CIJ debería aplicar este artículo, pues el reclamo de Bolivia de acceso al Pacífico ya se había

¹ CIJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, excepciones preliminares, fallo, 24 de septiembre de 2015, para. 27.

² El Pacto de Bogotá, en su artículo XXXII, dispone: “Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia en la forma establecida en el artículo 40 de su Estatuto. La jurisdicción de la Corte quedará obligatoriamente abierta conforme al inciso 1 del artículo 36 del mismo Estatuto”.

resuelto de conformidad con el Tratado de 1904.³ La objeción chilena es trascendente desde el punto de vista técnico, pues, de haberlo aceptado la Corte, el caso se hubiera dado por terminado, no habiendo qué negociar, y con esto el asunto se habría resuelto. En cambio, si se rechazaba el argumento, significaba que el Tratado de 1905 no había resuelto un problema que ya rebasa el siglo.

En sus objeciones preliminares, Chile alega⁴ que la demanda de Bolivia no tiene por objeto buscar una negociación abierta, compuesta de intercambio de buena fe, sino negociaciones con un resultado judicial predeterminado. De esa manera, las obligaciones de negociar deberían verse como “un medio artificial” para aplicar el derecho demandado de Bolivia de un acceso soberano al océano Pacífico. Además, agrega Chile que el acceso de Bolivia al mar sólo se puede lograr a través de la revisión o la nulidad del Tratado de Paz de 1904, sobre el cual las partes ya acordaron.

Esta postura de Chile parece lógica, pues la demanda histórica de Bolivia es la salida al mar, no la negociación *per se*.

Por su parte, en su respuesta, Bolivia insiste en que la sustancia de su demanda estriba en que se reconozca que Chile tiene una obligación de negociar el soberano acceso de Bolivia al mar y el resultado de tales negociaciones. En consecuencia, plantea Bolivia que las modalidades específicas del acceso soberano no son materia de la Corte, sino de los futuros acuerdos a ser negociados de buena fe por las partes. Además, afirmó Bolivia que “no hay una discusión relativa a la validez del Tratado de Paz de 1904 y que no busca la revisión o nulidad de ese Tratado en ese procedimiento”, y que “la obligación de negociar existe independientemente de, y en paralelo al Tratado de Paz de 1904”.⁵

La Corte le da la razón a Bolivia, pues considera que su objetivo en el asunto solamente es declarar si hay una obligación a negociar, para nada determinar el contenido de la negociación en tal caso. En consecuencia, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2015, rechaza la objeción chilena y declara que la Corte sí tendría competencia sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá.

³ “As a preliminary objection, it argued that Article VI of the Pact of Bogota precluded the Court from taking up the case. The matter underlying Bolivia’s claim —territorial access to the Pacific— was already settled by the 1904 Treaty between Bolivia and Chile. So, Bolivia’s case was not really about an obligation to negotiate. The Court, according to Chile, did not have jurisdiction because of the real subject matter, and because it was already settled” (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, para. 27.

⁴ *Ibidem*, para. 28 y 29.

⁵ *Ibidem*, para. 30.

Con esta sentencia incidental, Bolivia consiguió un gran triunfo, aunque a lo mejor ni siquiera se lo propuso, pues el incidente previo fue promovido por Chile.

En efecto, Bolivia logró que judicialmente se reconociera que hay un conflicto por la cerrazón de Bolivia al mar, un conflicto histórico en donde Chile es la otra parte. Aunque no lo diga la CIJ, se puede inferir que ese conflicto no lo solucionó el tratado de Paz de 1904 ni ningún otro acuerdo posterior. Hasta aquí, lo que quedó pendiente de resolver es si hay una obligación de negociar para resolver ese problema entre Bolivia y Chile. Además, de acuerdo con otros observadores, Bolivia consiguió “el derecho a exponer los argumentos de fondo que subyacen a su centenaria aspiración marítima ante el máximo órgano judicial internacional, la Corte Internacional de Justicia. Chile hubiera deseado evitar este escenario mediante un recurso preliminar pero no lo consiguió. El balance es claro”.⁶

III. ¿POR QUÉ BOLIVIA DECIDE DEMANDAR Y POR QUÉ DE ESA MANERA?

Desde el punto de vista de estrategia jurídica, llama la atención por qué Bolivia decide demandar el reconocimiento de la obligación de negociar, cuando sabemos que una negociación está abierta a la incertidumbre, pues depende de la capacidad y de la solidez de los argumentos de quien negocia. Una negociación puede ser muy azarosa. En una negociación, en esencia, se gana o se pierde, pues, aunque se puede afirmar que las partes negociadoras pueden beneficiarse en forma equitativa, siempre habrá quien gane menos de lo que pretendía o aun de lo que corresponde, según su derecho.

Para decidir por esa postura, parece que el gobierno de Bolivia partió de dos razones concretas:⁷ primero, decide respetar el Tratado de 1904. Al respecto, Chile ha argumentado que una salida de Bolivia al mar significaría una modificación del Tratado de 1904, significando en consecuencia una violación al principio *pacta sunt servanda*, además de que las fronteras son irreversibles. Bolivia, por su parte, asegura que su fin no es tratar de anular o reformar el Tratado de 1904. y es precisamente por eso que propone una nueva negociación.

⁶ Wieland Conroy, Hubert, “Bolivia versus Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Sentencia sobre la excepción preliminar de Chile”, 3 de octubre de 2015, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2015/10/03/fallo-del-24-de-setiembre-de-2015/hubert/>.

⁷ Orias Arredondo, Ramiro, “La demanda marítima de Bolivia en La Haya: entre el *pacta sunt servanda* y la *promissio est servanda*”, *La Balsa de Piedra*, núm. 10, enero-marzo de 2015, pp. 9-11.

La segunda razón tiene que ver con la “política pendular” de Chile, que en algunos casos hace acercamientos para negociar, y en otros se aleja, para negar contundentemente asuntos pendientes con Bolivia, alegando que el asunto de la salida al mar de este país se agotó con el tratado de 1904. Precisamente, Sebastián Piñera llega al gobierno de Chile con una política de negación en cuanto a reconocer el diferendo con Bolivia; es por eso que se consideró que la única opción sería acudir ante la CIJ.

IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El siglo XIX se caracteriza porque las colonias que los europeos, entre ellos los españoles, tenían en América, lograron su independencia.

Además, las nuevas entidades estatales que surgieron de la independencia no tenían límites claros y concretos. Los vastos territorios que la administración colonial poseía, una vez que se logra la independencia, sufren un fenómeno de disgregación fragmentaria. De tal manera que los entonces grandes territorios que poseía la administración colonial de la península ibérica empezaron a ser repartidos entre los caudillos victoriosos. Por ejemplo, en 1830, de la Gran Colombia⁸ surgieron tres nuevos Estados (Ecuador, Panamá y Venezuela), independientemente de la actual Colombia. Del enorme territorio de lo que fue el virreinato del Río de la Plata surgieron nuevas naciones; precisamente las actuales Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Brasil (sur), Chile (norte) y Perú (sudeste).

En 1836, la Federación Centroamericana se dividió en cinco países distintos: Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua, y destataron en el siglo XIX grandes guerras entre los nuevos países: Guerra Argentina-Brasil (1826-1828), Guerra de la Triple Alianza (1864) y la Guerra del Pacífico (1879).⁹ A eso hay que sumar la pérdida de parte de territorio de lo que era la Nueva España, primero con la separación de Texas y después de un enorme territorio a favor de Estados Unidos, al norte del río Bravo.

En el caso concreto, Chile logró su independencia en 1818, mientras que Bolivia lo hizo en 1825.¹⁰ En virtud del principio de *uti possidetis*, ambos

⁸ La Gran Colombia fue creada en 1821; duró hasta 1831, y fue sucesora de cuatro entidades coloniales: el virreinato de la Nueva Granada, la capitanía general de Venezuela, la presidencia de Quito y la provincia libre de Guayaquil.

⁹ Ibarra, Ana Carolina, “Las fronteras en América Latina al concluir la lucha por la independencia”, en Piñera, David (coord.), *Las fronteras en Iberoamérica, ayer y hoy*, Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California, 1994, pp. 53-55.

¹⁰ (*Bolivia v. Chile*), fondo, fallo, 1 de octubre de 2018, pp. 15 y 16, para. 19-25.

nuevos Estados conservaban los límites territoriales que tenían durante el dominio español, por lo que Bolivia tenía una frontera marítima a lo largo del océano Pacífico de cuatrocientos kilómetros.

Pero no fue sino hasta el 10 de agosto de 1866 cuando Chile y Perú firmaron el Tratado de Límites Territoriales cuando las fronteras fueron debidamente establecidas y se hizo un intercambio de ratificaciones el 9 diciembre de 1866. Más tarde, los límites fueron ratificados mediante el Tratado de Límites del 6 de agosto de 1874, y se intercambiaron instrumentos de ratificación en 1875; a estos tratados nos referimos a continuación.

V. GÉNESIS DEL PROBLEMA. EL TRATADO DE LÍMITES ENTRE BOLIVIA Y CHILE DE 1866

Además de lo antes dicho, hay que tomar en cuenta que el siglo XIX se caracteriza porque en muchos de los recién nuevos Estados en América Latina hay un desorden institucional e incapacidad de crear gobiernos estables y capaces de construir en la práctica las instituciones necesarias para crear Estados fuertes. Así, con esa debilidad institucional, se vieron envueltos en guerras en donde algunos perdieron parte de su territorio; es el caso de México y Bolivia.

Para entender mejor el problema del conflicto creado por la falta de salida al mar de Bolivia, hay que remontarse al siglo XIX, con la gestación del conflicto entre Chile y Bolivia, y después en el tratado de 1886, que indudablemente es un acuerdo que contiene la génesis de la disputa entre los dos países andinos.

En principio, hay que mencionar que los límites dejados por España después de que los nuevos Estados adquieren su independencia son bastante vagos, sobre todo en la parte que se conoce como el desierto de Atacama, evidentemente por el carácter hostil de la geografía, que hace complicado su acceso, y por su supuesta carencia de importancia económica.

Para 1840, los dos Estados tenían poblaciones pequeñas en la región. Sin embargo, para ese año la situación se modificó sustancialmente, pues se descubrieron depósitos de guano y salitre, que se utilizan como fertilizantes, lo que trajo como consecuencia que en 1842 Chile unilateralmente¹¹ declarara que le pertenecía parte del litoral de Atacama, hasta entonces conside-

¹¹ Por la ley del 31 de octubre de 1842, y posteriormente, un año más tarde, se creó la provincia chilena de Atacama, con lo cual la frontera norte de Chile se fijó en el paralelo 23°S.

rado como parte del territorio de Bolivia, motivo por el cual el gobierno de este Estado reclamó.

Esta disputa por el territorio provocó que se negociara un tratado; ése fue el origen del tratado de 1866.

La cuestión trascendente es que el tratado no sólo se refería a fijar los límites entre los dos Estados, sino que se estableció una cláusula que tenía que ver con la explotación del guano y los recursos mineros.¹² Esto fue producto de una gran tensión entre los dos Estados, que se atenuó en 1865 con motivo de la guerra con España,¹³ que produjo un paréntesis en el conflicto Bolivia-Chile; en ese entonces, Chile, Perú, Bolivia y Ecuador se aliaron para hacerle un frente común a España.

Ésos son los prolegómenos de la negociación y firma del primer tratado para establecer los límites entre los dos países. Aunque hay que insistir: no sólo establecen límites, pues se refieren también a la explotación comercial del guano y de los minerales. El tratado contiene ocho artículos; el primero fija los límites entre los dos Estados en el paralelo 24 S “desde el litoral del Pacífico hasta los límites orientales de Chile”; precisamente estos últimos límites no fueron precisados. En el artículo segundo se estableció que las partes se repartirían por mitad las ganancias de la explotación de los recursos derivados del guano que se descubriera en Mejillones y los “que se descubriesen en el territorio comprendido entre el paralelo 23°S al 25°S, así como los derechos de exportación que se perciban sobre los minerales en el mismo territorio (zona de beneficios mutuos)”.¹⁴

Los artículos 3 y 4 eran muy importantes, pues establecían una obligación fiscal para Bolivia, que después resultó ser la fuente de la disputa entre los dos Estados.¹⁵

¹² Wieland Conroy, Hubert, *El Tratado de 1866: primer tratado de límites entre Bolivia y Chile*, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2016/08/10/el-tratado-de-1866-entre-bolivia-y-chile/hubert/> (fecha de consulta: 16 de abril de 2019).

¹³ *La guerra con España (1865-1866)*, disponible en: <https://guerraconespana1.blogspot.com/2012/10/la-guerra-con-espana-1865-1866.html>.

¹⁴ Tratado de límites entre Bolivia y Chile de 1866, disponible en: <http://guerradelsalitre.cl/tratado-de-limites-entre-bolivia-y-chile-de-1866/> (fecha de consulta: 7 de junio de 2020).

¹⁵ “El artículo 3o. se obligaba a Bolivia a habilitar un puerto y una aduana en Mejillones, que sería el único lugar por donde pasarían los productos explotados para su exportación. Chile tendrá derecho a nombrar empleados fiscales que intervendrán en el departamento de contabilidad de esta aduana con pleno derecho de inspección. A Bolivia se le concederá un derecho igual en caso de que Chile establezca una aduana al sur del paralelo 24°S”.

“El artículo 4o. liberaba del pago de derechos de exportación de los productos comprendidos entre los paralelos 24°S y 25°S que salgan por Mejillones, y eximía de pago de derechos de importación a los productos chilenos internados también en Mejillones”, *idem*.

El tratado de 1866, como se ve, es una suma de dos tratados; por una parte, el tratado de límites, que era tan necesario y esperado por las dos partes, pero que tenía su debilidad, al ser mezclado con un acuerdo económico de explotación y comercialización del guano y los recursos minerales. Precisamente esta parte del tratado es la simiente de lo que posteriormente hizo crisis.

VI. LA COMPAÑÍA DE SALITRES Y FERROCARRIL DE ANTOFAGASTA

La historia de la presencia de Chile en la región que ahora se denomina Antofagasta¹⁶ se inicia cuando José Santos Ossa y Francisco Puelma, en 1866 lograron una concesión del gobierno boliviano para la explotación de terrenos salitrosos. Más tarde, en 1868, se formaría la Compañía Melbourne Clark (Melbourne Clark y Cía.), una compañía de capital y socios chilenos-ingleses (los chilenos Agustín Edwards Ossandón y Francisco Puelma y la empresa inglesa Gibbs & Cía., respectivamente).

Más adelante, en 1968, esta empresa obtiene una ampliación de la concesión otorgada por el gobierno boliviano en 1866, y esta vez se amplía por quince años. Además, en 1872, la exitosa empresa de capital mixto obtiene la concesión para construir un ferrocarril y se convierte en la Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta. Al año siguiente, el 27 de noviembre de 1873, esta compañía firmó un contrato con el gobierno de Bolivia, en el cual éste se comprometió a permitir por quince años la explotación de mineral libre de derecho, en una extensión de terreno desde Antofagasta hasta Salinas. Dicho contrato no entró en Vigor, pues necesitaba la aprobación del Poder Legislativo. Sin embargo, este hecho es muy importante, pues denota la gran importancia económica, por la explotación de los recursos minerales, y el interés de las grandes potencias en la región.

VII. TRATADO DE 1874

En reemplazo del tratado de 1866, en 1874 Chile y Bolivia celebran otro tratado de límites, que vuelve a contener condiciones de carácter económico, al mismo tiempo que establece límites geográficos. El tratado fue ratificado por la Asamblea boliviana el primero de noviembre de 1874.

¹⁶ Halperin Donghi, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, 13a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2016, pp. 266-274.

El artículo IV de dicho tratado dice:

Los derechos de exportación que se impongan sobre los minerales exportados en la zona de terreno de que hablan los artículos precedentes, no excederán la cuota de la que actualmente se cobra, y las personas, industrias y capitales chilenos no quedarán sujetos a más contribuciones de cualquiera clase que sean que las que al presente existen. La estipulación contenida en este artículo durará por el término de veinticinco años.

Ahora bien, como habíamos dicho antes, el contrato de explotación de 1873, que de acuerdo con la Constitución de Bolivia debería pasar por la Asamblea Nacional Constituyente, se condicionó al pago de un impuesto al salitre exportado. Esta decisión fue rechazada por el gobierno chileno, pues se consideró una violación del artículo IV antes mencionado, y, por supuesto, afectaba a la Compañía de Salitre y Ferrocarril de Antofagasta.

La negativa escaló más el conflicto, pues, ante la negativa, el gobierno de Bolivia decidió decretar el embargo y remate de la ahora poderosa compañía chileno-inglesa. Esto fue considerado *casus belli* por el gobierno de Chile.

VIII. LA GUERRA DEL PACÍFICO

La madrugada del 14 de febrero de 1879 es una fecha crucial para la historia de Sudamérica, pues ese día las fuerzas de la armada de Chile desembarcaban en el puerto boliviano de Antofagasta.¹⁷ Más tarde, el 5 de abril de 1879, Chile declaró la guerra contra Perú y Bolivia, en lo que se llamó la “Guerra del Pacífico”,¹⁸ que duró de 1879 a 1883;¹⁹ por supuesto, ésta tuvo secuelas, y creemos que se mantienen.

La causa aparente de la guerra se encuentra en la violación del Tratado de límites de 1874, que prohibía nuevos impuestos o el aumento de éstos, ya que en febrero de 1878 Bolivia estableció un nuevo impuesto a la empresa chilena Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta (CSEA). A pesar del reclamo chileno, Bolivia declaró que el establecimiento del impuesto era un asunto de derecho interno, y se negó a retirarlo; por el contrario, por el impago del mismo rescindió la licencia y embargo de bienes de la empresa.

¹⁷ Orias Arredondo, Ramiro, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Kenneth, Manusama, *Current cases: Bolivia v. Chile*, disponible en: <http://manusama.com/2017/02/06/current-cases-bolivia-v-chile/> (fecha de consulta: 17 de abril de 2019).

¹⁹ Halperin Donghi, Tulio, *op. cit.*

Precisamente, el día del remate de la empresa CSFA, el 14 de febrero de 1879, el ejército chileno ocupó, sin encontrar resistencia, la población boliviana de Antofagasta. Esta ciudad, en aquel tiempo ya tenía una población mayoritariamente chilena. El ejército chileno rápidamente avanzó hasta llegar al paralelo 23°S.

A partir del 1 de marzo 1879, Bolivia se declaró en estado de guerra contra Chile, que por su parte, ante la negativa de que Perú se declarara país neutral, el 5 de abril de 1879 declaró la guerra a los dos países. Perú y Bolivia habían acordado previamente una alianza secreta.

Para fines de 1879, Chile ocupó la provincia peruana de Tarapacá, y a comienzos de 1880, las ciudades de Tacna y Arica. En ese momento Bolivia abandonó militarmente la guerra. El ejército chileno siguió avanzando, y en enero de 1881 ocupó Lima. Todavía, la contienda bélica se mantuvo por dos años más, con la resistencia del remanente del ejército peruano, guerrilleros y “montoneros”.

En 1883 se firmó el Tratado de Ancón entre Chile y Perú, mediante el cual, entre otras cosas, este país cedió el departamento de Tarapacá y le fueron retenidas las provincias de Tacna y Arica. Hasta 1929, con el Tratado de Lima se estableció el estatus definitivo de las dos ciudades: Arica se quedó con Chile y Tacna con Perú.

IX. PACTO DE TREGUA

Por otra parte, en 1884 se firma el Pacto de Tregua entre Bolivia y Chile, en el cual se pactan pérdidas importantes de territorio boliviano, y todavía con territorio en disputa, que se remiten al tratado de 1904 entre Chile y Bolivia.

Como resultado de ella, Chile ocupó el territorio costanero de Bolivia. Para dar fin a la guerra, Chile y Bolivia firmaron el Pacto Truce, del 4 de abril de 1884, en Valparaíso, Chile, y mediante el cual este último Estado se mantuvo en el dominio del territorio costanero desde el paralelo 23 a la boca del río Loa en el Pacífico, es decir, la región costanera de Bolivia.

Por su parte, Chile y Perú firmaron el 20 de octubre de 1883 el Tratado de Ancón, por el cual Perú cedió a Chile la provincia costanera de Tarapacá, y además se quedaría en posesión de las provincias de Tacna y Arica, por un periodo de diez años, al final de los cuales se debería realizar un plebiscito para determinar definitivamente bajo qué soberanía se quedaban.

En 1895, Chile y Bolivia firmaron tres tratados, que nunca se ratificaron, y, en consecuencia, no entraron en vigor, por lo que aquí sólo los mencionamos:

- Un Tratado de Paz y Amistad. En él se reafirmaron los límites del Pacto Truce de 1884, y la soberanía de Chile sobre el territorio costanero, señalado en dicho Pacto.
- Un tratado de transferencia de territorio. Las partes acordaron que los territorios de Tacna y Arica fueran transferidos a Bolivia; por su parte, Chile adquiere el dominio de la soberanía permanente sobre ello, ya sea por una negociación directa o mediante el plebiscito que se contempla en el Tratado Ancón de 1883. En el caso de que Chile no logre obtener esos territorios, se estableció que Chile debería ceder a Bolivia el territorio desde la entrada Vitor hasta el barranco Camarones o un territorio equivalente.
- Por último, un tratado de comercio.

X. EL TRATADO DE PAZ Y AMISTAD DEL 20 DE OCTUBRE DE 1904

Mediante este tratado, oficialmente se terminó la Guerra del Pacífico entre Chile y Bolivia. El tratado entró en vigor el 10 de marzo de 1905. De acuerdo con los términos de su artículo II, el territorio que ocupó Chile fue el señalado en el Pacto Truce de 1884, que se consideró absoluto y a perpetuidad a favor de Chile. Con eso, Bolivia perdió el territorio que le daba una salida al mar.

Por otra parte, el artículo III estableció la construcción de un tren entre el puerto de Arica y La Paz a costa de Chile, que fue inaugurado el 13 de mayo de 1913.

En las cláusulas IV y V se establecen beneficios económicos para el gobierno de Bolivia. En el artículo IV se pacta que el

Gobierno de Chile se obliga a entregar al Gobierno de Bolivia la cantidad de trescientas mil libras esterlinas en dinero efectivo y en dos parcialidades de ciento cincuenta mil libras; debiendo entregarse la primera parcialidad seis meses después de canjeadas las ratificaciones de este Tratado; y la segunda, un año después de la primera entrega.

En la cláusula V, Chile se obliga a cancelar créditos “reconocidos por Bolivia”. En los artículos VI y VII, Chile reconoce a favor de Bolivia y a perpetuidad el tránsito comercial por su territorio y por el puerto del Pacífico, así como el derecho a establecer agencias aduaneras. Los artículos VII al XI se refieren a asuntos de comercio entre los dos países y a cómo pueden los bolivianos comercializar sus productos al extranjero.

La última cláusula es una cláusula compromisoria de arbitraje, en donde se señala como árbitro a “su Majestad el Emperador de Alemania”.

El Tratado de Paz y Amistad de 1904 es un típico tratado de capitulación o rendición que le siguió a la Guerra del Pacífico, que si bien tiene disposiciones de carácter comercial (el anuncio de un acuerdo comercial), no se manifiesta como un acuerdo comercial de cooperación, sino un tratado que establece las condiciones de posguerra, en donde Bolivia, país vencido, pierde una parte importante de su territorio.

El tratado, como es evidente, no estableció bases sólidas para la relación pacífica entre ambos Estados. Todavía, aparte del juicio ante la CIJ, en la sociedad de ambos países se sigue discutiendo ese tratado.

XI. DESPUÉS DE LA GUERRA LA RELACIÓN ENTRE LOS DOS PAÍSES CAMBIÓ

Como producto de la Guerra del Pacífico, Chile extendió su territorio para ocupar Antofagasta en Bolivia, Tarapacá, Arica y Tacna en el Perú. Después le tocaba legalizar su expansión, y eso lo logró con dos tratados celebrados con sus vecinos, el Tratado de Paz y Amistad de 1904 con Bolivia y el Tratado de Paz y Amistad de 1929 con Perú.

En el caso de Bolivia, desde los orígenes del nuevo *statu quo* territorial empezó a reclamar una salida al mar. Como recuerda Orias, en 1910, precisamente pocos años después de la firma del Tratado de 1904, el ministro de Asuntos Exteriores de Bolivia, el célebre jurista Daniel Sánchez Bustamante, se dirigió a los países de América, mediante un histórico memorando, que expresaba:

Bolivia no puede vivir aislada del Mar,... que requiere poseer por lo menos un puerto cómodo sobre el Pacífico,... y que para la solución de este gran problema está dispuesta a proponer bases y compensaciones satisfactorias a las Cancillerías de Lima y Santiago, para solucionar el conflicto de Tacna y Arica... estableciendo la soberanía territorial de Bolivia en la zona intermedia sobre la costa del Pacífico.²⁰

XII. BASES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR, SEGÚN BOLIVIA

En su demanda, Bolivia solicita que la CIJ declare que hay una obligación por parte de Chile de negociar con ella un acuerdo que subsane su carencia de salida al mar. Para eso, Bolivia invoca una serie de instrumentos legales

²⁰ Orias Arredondo, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

y argumentos, como los acuerdos bilaterales o declaraciones u otros actos unilaterales; la aquiescencia; el *estoppel* y las expectativas legítimas. Además, invoca la Carta de San Francisco y la Carta de la OEA.

XIII. ACUERDOS BILATERALES

En principio, Bolivia alega que existen varios acuerdos bilaterales celebrados entre Chile y Bolivia, que obligan a Chile a negociar un acceso de Bolivia al mar, y esos acuerdos se realizaron en diferentes momentos de la historia de la relación, no siempre cordial, entre los dos Estados. Además, Bolivia, apoyándose en el artículo 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, alega que independientemente de la forma de los acuerdos, que pueden ser orales o escritos, sí hay una obligación convencional de negociar.

Por su parte, Chile alega que

...una expresión de deseo de negociar no puede crear una obligación de negociar para las partes y que si las palabras usadas “no sugieren una obligación legal, entonces ellas caracterizarán sólo una postura puramente política” (if the words used “are not suggestive of legal obligations, then they will be characterizing a purely political stance”), aunque Chile reconoce que solo en casos excepcionales, la Corte ha encontrado que existe un acuerdo tácito: “...only in exceptional cases has the Court found that a tacit agreement has come into existence”.²¹

Por su parte, la Corte reconoce que los acuerdos no escritos pueden tener una fuerza obligatoria, independientemente de la forma que los acuerdos tengan, pero que requieren una intención de las partes para ser sujetos de obligaciones legales. Esto se aplica inclusive para los acuerdos tácitos (parágrafo 97).

97. The Court notes that, according to customary international law, as reflected in Article 3 of the Vienna Convention, “agreements not in written form” may also have “legal force”. Irrespective of the form that agreements may take, they require an intention of the parties to be bound by legal obligations. This applies also to tacit agreements. In this respect, the Court recalls that “[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling” (Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, para. 253).

²¹ (Bolivia v. Chile), fondo, fallo, *cit.*, para. 96.

La CIJ se basa en el artículo 2, parágrafo 1 (a), que, según este tribunal, es un reflejo de la costumbre internacional, y afirma que el consentimiento de los Estados para ser obligatorio por un acuerdo debe ser expresado en los instrumentos que se intercambian, y en el caso de la relación entre Bolivia y Perú, no se prueba.²² También, la CIJ habla de una práctica usual en relación con el intercambio de notas, destinadas a realizar un acuerdo internacional que no se encuentra en las notas intercambiadas entre Bolivia y Chile.²³ Ni siquiera la CIJ ve una aceptación de Chile a negociar en el Memorandum Trucco.²⁴ Incluso la CIJ ve a la Declaración de Charaña como un “documento de naturaleza política”.²⁵ Aún más, citando el caso

²² “The Court observes that, under Article 2, paragraph 1 (a), of the Vienna Convention, a treaty may be embodied in two or more related instruments”. According to customary international law as reflected in Article 13 of the Vienna Convention, the existence of the States’ consent to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them requires either that “[t]he instruments provide that their exchange shall have that effect” or that “[i]t is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect”. The first condition cannot be met, because nothing has been specified in the exchange of Notes about its effect. Furthermore, Bolivia has not provided the Court with adequate evidence that the alternative condition has been fulfilled”. *Ibidem*, para. 117.

²³ “The Court further observes that the exchange of Notes of 1 and 20 June 1950 does not follow the practice usually adopted when an international agreement is concluded through an exchange of related instruments. According to that practice, a State proposes in a note to another State that an agreement be concluded following a certain text and the latter State answers with a note that reproduces an identical text and indicates its acceptance of that text. Other forms of exchange of instruments may also be used to conclude an international agreement. However, the Notes exchanged between Bolivia and Chile in June 1950 do not contain the same wording nor do they reflect an identical position, in particular with regard to the crucial issue of negotiations concerning Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The exchange of Notes cannot therefore be considered an international agreement”. *Ibidem*, para. 118.

²⁴ “The Court observes that the Trucco Memorandum, which was not formally addressed to Bolivia but was handed over to its authorities, cannot be regarded only as an internal document. However, by repeating certain statements made in the Note of 20 June 1950, this Memorandum does not create or reaffirm any obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean”. *Ibidem*, para. 120.

²⁵ “The Court notes that the Declaration of Charaña is a document that was signed by the Presidents of Bolivia and Chile which could be characterized as a treaty if the Parties had expressed an intention to be bound by that instrument or if such an intention could be otherwise inferred. However, the overall language of the Declaration rather indicates that it has the nature of a political document which stresses the “atmosphere of fraternity and cordiality” and “the spirit of solidarity” between the two States, who in the final clause decide to “normalize” their diplomatic relations. The wording of the Declaration does not convey the existence or the confirmation of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The engagement “to continue the dialogue, at different levels, in order to search

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), la Corte reconoce que los comunicados conjuntos no son obligatorios, a menos que haya una expresión en ese sentido.²⁶

De una manera contundente, la CIJ afirma que en cualquiera de las notas de Chile se contempla el deseo de entrar en negociación, pero de esto no se puede inferir la aceptación de Chile de aceptar la obligación de negociar un acceso soberano de Bolivia hacia el mar.

En efecto, la CIJ ve una diferencia entre un “deseo de negociar” y una “obligación de negociar”. Lo que nos está diciendo la CIJ es que no hay una expresión textual que diga: “Chile se obliga a negociar”, con lo cual se cae en la más pura “concepción voluntarista-positivista de la justicia internacional”, que tanto critica el juez Cançado Trindade,²⁷ cuando quizá con una interpretación teleológica o aplicando los principios tanto de derecho internacional como en general del derecho se pueda obtener una lectura muy diferente de los innumerables comunicados y notas intercambiadas entre los gobiernos de Chile y Bolivia. Y esto casi desde la celebración del Tratado de 1904.

Precisamente, un ejemplo de la posición positivista de la CIJ nos lo da la lectura del párrafo 139 de la sentencia que comentamos de la CIJ:

139 The Court notes that the item “maritime issue” included in the 13-Point Agenda is a subject-matter that is wide enough to encompass the issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. The short text in the minutes of the Working Group concerning the maritime issue only states that “[b]oth delegations gave succinct reports on the discussions that they had on this issue in the past few days and agreed to leave this issue for consideration by

for formulas to solve the vital issues that both countries face, such as the landlocked situation that affects Bolivia”, cannot constitute a legal commitment to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea, which is not even specifically mentioned. While the Ministers for Foreign Affairs of the Parties noted in their Joint Declaration of 10 June 1977 that “negotiations have been engaged aiming at finding an effective solution that allows Bolivia to access the Pacific Ocean freely and with sovereignty”, they did not go beyond reaffirming “the need of continuing with the negotiations” and did not refer to any obligation to negotiate. Based on this evidence, an obligation for Chile to negotiate cannot be inferred from the Declaration of Charaña”. *Ibidem*, para. 127.

²⁶ “The Court recalls that in the *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* case, it had observed that there is no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement” and that whether such a joint communiqué constitutes an agreement “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)”. *Ibidem*, para. 132.

²⁷ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión separada del juez Cançado Trindade.

the Vice-Ministers at their meeting”. As was remarked by the Head of the Bolivian delegation to the General Assembly of the OAS, “[t]he Agenda was conceived as an expression of the political will of both countries to include the maritime issue”. In the Court’s view, the mere mention of the “maritime issue” does not give rise to an obligation for the Parties to negotiate generally and even less so with regard to the specific issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean.

Según la Corte, la expresión “maritime issue” no implica una obligación, ni mucho menos a negociar sobre el aspecto específico de un acceso soberano de Bolivia al mar. Al parecer, para la CIJ, el referirse a “asuntos marítimos”, para Bolivia, que no tiene una salida al mar, no es un país ahora con litoral, no implica el asunto más importante para este país, en la relación con Chile, su salida al mar. La CIJ parece olvidar que lo que está en juego es la resolución de uno de los asuntos que han causado fricción entre varios países de Sudamérica prácticamente durante más de un siglo. La CIJ tuvo en sus manos la posibilidad de establecer un puente de solución entre Chile y Bolivia.

XIV. LOS ACTOS UNILATERALES COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

Una de las expectativas mayores en el caso Bolivia vs. Chile fue sobre los actos unilaterales, dado el desarrollo del derecho internacional, que en el siglo pasado contempla la aparición de una nueva fuente de derecho internacional, en los actos unilaterales (AU), en donde la jurisprudencia internacional había sido muy importante, pues con varios de los fallos de la CIJ y la participación destacada de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU han dado un impulso importante a la figura de los AU.²⁸

La CIJ, en el caso Bolivia vs Chile, en principio, se basa en el caso *Nuclear Tests*, para analizar la solicitud de Bolivia. Por eso recuerda y toma un párrafo:

147 The Court recalls that it has stated in the following terms the criteria to be applied in order to decide whether a declaration by a State entails legal obligations:

²⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM-IIIJ, 2017, pp. 102-110.

“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” (*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).²⁹

Si uno se detiene a analizar este párrafo, encontrará los siguientes elementos: las declaraciones, hechas en la vía de actos unilaterales, relativas a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Esas declaraciones pueden ser, y frecuentemente son, muy específicas. Ahora bien, cuando esas declaraciones expresan la voluntad del Estado que las hace, deben ser obligatorias, de acuerdo con sus términos. Es decir, los Estados deben comportarse en congruencia con tales declaraciones. Y después, inmediatamente, la CIJ recurre al caso *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* para subrayar que para determinar los efectos legales de una declaración hecha por una persona que represente a un Estado debe examinarse su contenido actual, así como las circunstancias en que fue hecho.³⁰ Con estas premisas, la CIJ construye su resolución:

148 The Court notes that Chile’s declarations and other unilateral acts on which Bolivia relies are expressed, not in terms of undertaking a legal obligation, but of willingness to enter into negotiations on the issue of Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean. For instance, Chile declared that it was willing “to seek that Bolivia acquire its own outlet to the sea” and “to give an ear to any Bolivian proposal aimed at solving its landlocked condition” (see paragraphs 142 and 143 above). On another occasion, Chile stated its “unchanging purpose of studying, together with that brother country, within the framework of a frank and friendly negotiation, the obstacles that limit

²⁹ (*Bolivia vs Chile*), *cit.*, para. 147.

³⁰ “The Court also asserted that, in order to determine the legal effect of a statement by a person representing the State, one must «examine its actual content as well as the circumstances in which it was made». CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, jurisdicción y/o admisibilidad, fallo, 3 de febrero de 2006, p. 28, para. 49.

Bolivia's development on account of its landlocked condition" (see paragraph 143 above). The wording of these texts does not suggest that Chile has undertaken a legal obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean.

De acuerdo con la CIJ, no ve que Chile, en todas sus expresiones, declaraciones y otros actos unilaterales, se haya expresado en términos de "contraer una obligación legal" de negociar con Bolivia el acceso al océano Pacífico. Textualmente señala la CIJ que las declaraciones de Chile están expresadas "...no en términos de compromiso legal, sino de voluntad de entrar en negociaciones sobre la cuestión del acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico...".³¹

Por lo visto, para la Corte es necesario que el Estado, en este caso Chile, exprese, con todas sus letras, su voluntad de verse obligado a negociar. Para la CIJ, hay una diferencia entre una voluntad que expresa una obligación y, por otro lado, simples deseos de entrar en negociaciones sobre la soberanía de Bolivia en un acceso al océano Pacífico. La CIJ, con esto establece una línea tenue entre la manifestación de verse obligado y la de simple voluntad de negociar.

Y lo mismo pasa con la aquiescencia. Así, primero, la CIJ la define, y después, de acuerdo con esa definición, no encuentra ninguna obligación en la relación entre Bolivia y Chile.

De acuerdo con la CIJ, "la aquiescencia es un reconocimiento tácito, manifestado por vía de una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento". Ahora bien, "el silencio puede hablar, pero sólo si la conducta del otro Estado espera una respuesta", y en este caso, según la CIJ, no hay ninguna expresión de Bolivia que espere o que requiera una respuesta o reacción de Chile con la finalidad de prevenir que surja una obligación. En consecuencia, no hay ningún acto unilateral ni aquiescencia que haga nacer la obligación de negociar.³²

³¹ Traducción de los autores.

³² "The Court observes that acquiescence is equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 305, para. 130) and that "silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response" (*Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, para. 121). The Court notes that Bolivia has not identified any declaration which required a response or reaction on the part of Chile in order to prevent an obligation from arising. In particular, the statement by Bolivia, when signing UNCLOS, that referred to "negotiations on the restoration to Bolivia of its own sovereign outlet to the Pacific Ocean did not imply the allegation of the existence

Más adelante, en lo que se refiere a la institución del *stoppel*, la CIJ recuerda los elementos esenciales de la institución que la doctrina considera como un acto unilateral: “una declaración o representación hecha por una de las partes a otra y que se basara en ella, por esa otra parte, en su detrimento o en la ventaja de la parte que la hace”. Acto seguido, con base en el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, la CIJ considera que “un *stoppel* surgiría solo si por sus actos o declaraciones Camerún lo ha hecho consistente, totalmente claro que aceptaría arreglar la frontera en disputa sometida a la Corte solamente por acuerdo mutuo”.³³

En consecuencia, la CIJ no encuentra el *stoppel* en el caso concreto, si bien ha habido repetidas manifestaciones de Chile expresando su deseo de negociar con Bolivia el acceso al océano Pacífico, dichas representaciones no se dirigen a una obligación de negociar. “Bolivia no ha demostrado que cambió su posición en su detrimento o en ventaja de Chile, dependiendo de las posiciones de este Estado”.³⁴

Aquí, otra vez, el punto decisivo para la resolución de la CIJ es que no encuentra una expresión clara y contundente de Chile en el sentido de comprometerse a negociar, lo cual puede ser difícil encontrar si sólo se hace referencia a la literalidad de los actos, pero no a su sentido, dentro de una interpretación más amplia.

Otra de las argumentaciones de Brasil fue “la acumulación de instrumentos y actos”, que, de acuerdo con la CIJ, no tienen significado legal. Ni en forma individual hay una obligación para negociar, menos se podría alegar que la acumulación da como resultado la obligación de negociar.

Esta postura de la CIJ, que podemos denominar estrecha, no es compartida por todos los juristas internacionalistas.³⁵ Incluso, en la misma CIJ, el juez Salam tiene otra lectura del caso, en la que es necesario detenerse.

of any obligation for Chile in that regard. Thus, acquiescence cannot be considered a legal basis of an obligation to negotiate Bolivia’s sovereign access to the sea” (*Bolivia vs Chile*), *cit.*, para. 153.

³³ *Ibidem*, para. 159.

³⁴ *Ibidem*, referencia 160.

³⁵ Orias Arredondo, quien considera que hay un acto unilateral obligatorio, dice: “Al respecto el internacionalista chileno Rodrigo Díaz Albónico, al analizar precisamente las negociaciones de Chile con Bolivia, derivadas del Acta de Charaña, concluye que «la respuesta de Chile sería una promesa unilateral, es decir, el Estado de Chile se habría obligado a comportarse de una manera determinada, más precisamente, a negociar con Bolivia una solución a su problema de mediterraneidad» (Díaz Albonico, 1977: 278). Por lo tanto, este país no puede cambiar ese su comportamiento frente a Bolivia y pretender establecer que

En opinión del juez Salam, “el compromiso de Chile de negociar con Bolivia una solución a su situación sin litoral también se ve confirmado por una serie de declaraciones unilaterales”.³⁶

Para probar su afirmación, el juez Salam toma la declaración más relevante emitida por el gobierno chileno (párrafo 18), y es precisamente la carta enviada por el general chileno Augusto Pinochet a su contraparte boliviano, Hugo Banzer, el 18 de enero de 1978. En ella, Pinochet dice: “Reitero la intención de mi Gobierno de promover la actual negociación dirigida a satisfacer los anhelos del país hermano de obtener una salida soberana al Océano Pacífico”; además, reafirma que lo que está en juego son “las negociaciones a las que estamos comprometidos”; y refiriéndose a negociaciones anteriores, el presidente dice que “en todas esas reuniones se alcanzó un acuerdo para proseguir las negociaciones”. A continuación, subraya su “propósito de impulsar las negociaciones encaminadas a otorgar a Bolivia una salida soberana al océano Pacífico a través del nombramiento de representantes especiales”.³⁷

Para el juez Salam, lo anterior es suficiente para encontrar una promesa que obliga a Chile a favor de Bolivia, y además subraya que el lenguaje usado por Pinochet es más preciso y fuerte que el usado por el ministro de Asuntos Exteriores de Noruega, el señor Ihlen, en el caso relativo al Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que había una promesa incondicional y definitiva.³⁸

XV. EN REALIDAD, ¿NO EXISTE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR?

Una de las características fundamentales del derecho internacional, por lo menos después del Tratado Briand-Kellogg de 1928, es la proscripción de la guerra como medio de solución de controversias. Como parte del orden mundial, nacido después de la Segunda Guerra Mundial, tenemos la existencia de principios de derecho internacional que son parte del orden público internacional. Por eso es interesante desde el punto de vista no solamente teórico, sino práctico, ver cuál es la naturaleza jurídica que la CIJ le da a la obligación de negociar.

no tiene la obligación de negociar una solución al problema marítimo de Bolivia”. Orias Arredondo, *op cit.*, p. 11.

³⁶ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 17.

³⁷ *Ibidem*, para. 18.

³⁸ *Ibidem*, para. 19.

De acuerdo con la CIJ, en el caso *Bolivia vs Chile*, la Carta de San Francisco establece en su artículo 2, párrafo 3, “una obligación general de resolver las diferencias vía pacífica de tal manera que no se ponga en peligro la paz, seguridad y justicia, sin embargo, no hay una indicación en estas provisiones en el sentido de que las partes en una disputa recurran a un método, específico, como el de la negociación”.³⁹

Así, de acuerdo con la Corte, el artículo 33 de la Carta de San Francisco, que se refiere a la solución de controversias, establece los medios de solución de controversias, y además les da a las partes en conflicto la posibilidad de escoger el medio de solución, que incluye a la negociación, pero no sólo ella.

La misma posición se toma respecto de los principios de derecho internacional contenidos en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, e inclusive en la Declaración de Manila, 37/10 y en los principios contenidos en la Carta de la OEA. Además, en los documentos que presenta Bolivia para solicitar que se declare que hay una obligación a negociar, la CIJ no ve que haya nacido una obligación de negociar. Los Estados tienen una serie de medios para solucionar sus controversias, entre ellos la negociación, pero no es obligatorio recurrir a ella. Además, afirma la CIJ que las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no tienen un carácter obligatorio, son meras recomendaciones.⁴⁰

Como la misma Corte menciona, y la doctrina lo reconoce, el derecho internacional contemporáneo ha evolucionado hasta ser un derecho de paz, en donde la guerra está proscrita como medio de solución de controversias. Como se ve, se ha creado toda una infraestructura de paz. Y si puede ser cierto que muchas de las resoluciones que se refieren a los medios de solución de controversias han sido emitidas por órganos que sólo dictan resoluciones no vinculantes, también es cierto que muchas de esas resoluciones tienen ya una naturaleza consuetudinaria, como se vio claramente en otra resolución de la CIJ (véase el caso *Nicaragua*).

Entonces, para la CIJ la negociación es sólo un medio de solución de controversias, previsto en la Carta de San Francisco, en sus artículos 2 y 33, pero no existe la obligación de negociar. Este punto es interesante, pues, desde nuestra perspectiva, detiene el desarrollo del derecho internacional, como un factor de paz. Veamos por qué.

En principio, es incuestionable que la guerra como medio de solución de controversias está proscrita. Uno de los principios de derecho internacional contenido en la Carta de San Francisco, y que tiene naturaleza

³⁹ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, para. 165 (traducción de los autores).

⁴⁰ *Ibidem*, para. 171.

consuetudinaria,⁴¹ es el expresado en el artículo 2-3, que dice “los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. Además, el mismo artículo 2, fracción 6, establece que la “Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Se entendería, de acuerdo con una interpretación teleológica, que esto implica una obligación de “arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos”. Además, este principio, en conjunto con los demás contenidos en el artículo 2 de la Carta de San Francisco, tiene una naturaleza al mismo tiempo consuetudinaria.⁴²

Recordemos que la CIJ es parte de la ONU, y que, por supuesto, esta organización tiene la misión de fomentar, mantener y garantizar la paz y la seguridad internacionales; para ello, los medios de solución pacífica de controversias son una pieza fundamental del sistema de relaciones internacionales.

Asimismo, no olvidemos que estos principios de derecho internacional son parte de un orden público internacional.⁴³ Así, el derecho internacional contemporáneo, en parte formado después de dos conflagraciones internacionales del siglo XX, es un derecho de paz, que no deja otra opción a las partes en conflicto que recurrir a los medios de solución de controversias, que están señalados en el artículo 33 de la Carta de la ONU.

Ahora bien, en un caso hipotético, en donde todas las vías de solución pacífica estén cerradas o agotadas, surge la pregunta: ¿dónde queda esa obligación de recurrir a las vías pacíficas? ¿Qué pasa con el orden público internacional? Acaso, en esta hipótesis, al no ser obligatorio recurrir a los medios pacíficos de solución controversias, incluyendo la negociación internacional, ¿la única opción que quedaría sería la guerra? Es decir, ¿para qué sirve el principio de recurso a los medios de solución pacífica de controversias, si no es obligatorio?

En esa línea de pensamiento, el caso *Bolivia vs. Chile* daba una gran oportunidad para que la CIJ diera un paso más en la configuración del derecho internacional contemporáneo, y afianzara el derecho de paz, considerando que puede nacer la obligación de negociar por la vía convencional

⁴¹ CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, fallo, 27 de junio de 1986.

⁴² *Ibidem*, para. 181 y 182.

⁴³ Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, IJ-UNAM, 2013.

o incluso con un acto unilateral. Pero la Corte dejó ir la oportunidad y se recluyó en una interpretación estricta del derecho internacional.

Otra perspectiva del caso Bolivia vs. Chile es que Bolivia planteaba el nacimiento de una obligación vía un acuerdo o un acto unilateral; como vimos, tampoco encuentra la CIJ tal obligación. El juez Nawaf Salam emitió una opinión disidente, y votó en contra, pues desde su perspectiva, de la larga cadena de hechos en la relación entre Bolivia y Chile sí se puede desprender la creación de una obligación para este país de negociar.

Para el juez Salam, la intención para verse obligado por una negociación se debe encontrar en tres elementos concretos:

first, the context and in particular the existence of a cause justifying the intention to be “bound to negotiate”;

next, the actual terms of the various instruments which reflect that intention; and finally,

the practice subsequent to those instruments.⁴⁴

Estos elementos, para el juez Salam, se pueden encontrar, por ejemplo, en el intercambio de notas que Bolivia y Chile realizaron en 1950. Precisamente, este año se iniciaron una cadena de notas, comunicaciones, que para el juez Salam constituyen una obligación para negociar. En principio, en su nota del 1 de junio de 1950, el embajador de Bolivia se refirió a una serie de declaraciones de funcionarios chilenos, que a su vez tocaban el asunto de la negociación con Bolivia. En la nota al ministro de Asuntos Exteriores de Chile decía:

With such important precedents, that identify a clear policy direction of the Chilean Republic, *I have the honour of proposing to His Excellency that the Governments of Bolivia and Chile formally enter into direct negotiations to satisfy Bolivia's fundamental need to obtain its own sovereign access to the Pacific Ocean*, solving the problem of Bolivia's landlocked situation on terms that take into account the mutual benefit and genuine interests of both nations. Judgment, para. 51; emphasis added.⁴⁵

Como se ve claramente, hay una propuesta a negociar de un funcionario, el embajador de Bolivia, que de conformidad con el derecho internacional puede comprometer a su Estado.⁴⁶

⁴⁴ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 2.

⁴⁵ *Ibidem*, para. 5.

⁴⁶ Artículo 7o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es una norma consuetudinaria.

Acto seguido, el juez Salam reproduce la respuesta a esta nota por parte del ministro de Asuntos Extranjeros de Chile, quien contestó con su nota del 20 de junio de 1950:

From the quotes contained in the note I answer, it flows that the Government of Chile, together with safeguarding the de jure situation established in the Treaty of Peace of 1904, has been willing to study through direct efforts with Bolivia the possibility of satisfying the aspirations of the Government of Your Excellency's and the interests of Chile. At the present opportunity, *I have the honour of expressing to Your Excellency that my Government will be consistent with that position and that, motivated by a fraternal spirit of friendship towards Bolivia, is open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean, and for Chile to obtain compensation of a non-territorial character which effectively takes into account its interests* (Judgment, para. 52; emphasis added).⁴⁷

Aquí es claro que el ministro chileno expresa una voluntad de su Estado de negociar, "...my Government... is open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean".

Ahora bien, es importante mencionar que las personas que intercambiaron las notas eran representantes legales de sus respectivos Estados y con capacidad legal para intercambiar tales acuerdos; además, se les dio publicidad a las notas. El juez Salam recuerda el artículo 31-1 de Viena 69, que se refiere a la regla general de interpretación "I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" y, con esas premisas, el juez Salam considera que "the Notes identify the aim of the negotiations agreed on: to confer «mutual benefit» on both Parties. On this point, it was understood that the benefit sought by Bolivia —obtaining «its own sovereign access to the Pacific Ocean»— was identified in advance of the negotiations". Y lo más importante es que deriva una obligación de negociar para los dos Estados.

10. In light of the foregoing, I conclude that the passages cited from the Notes exchanged in 1950, taken in their ordinary meaning and in their context, and given that the persons who drew them up had the capacity to commit their respective States, should have been interpreted by the Court as establishing

⁴⁷ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, opinión disidente del juez Salam, para. 6.

an agreement between the Parties on the need to negotiate on the question of granting Bolivia sovereign access to the Pacific Ocean.⁴⁸

Aún más, el juez Salam considera que estas notas son parte de una cadena que se continúa con el memorándum de Manuel Trucco, hecho once años después, el 10 de julio de 1961 (Memorandum Trucco), y la Declaración Charaña de 1975, la carta del 18 de enero de 1978 del gobierno de facto de Chile hecho al presidente de Bolivia. Ese intercambio diplomático, con opinión del juez Salam, es suficiente para concluir que el acuerdo de 1950 significó una obligación para negociar, y que eso no obliga a obtener los resultados que pudiera esperar Bolivia.

XVI. ¿QUÉ QUEDA DEL CASO DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE LA CIJ?

La sentencia de la CIJ deja una sensación de frustración, porque no resuelve el fondo del asunto. Ni en su aspecto inmediato, es decir, reconocer la obligación de negociar, ni mucho menos su fin mediano, que es dar una solución a la falta de salir al mar de Bolivia. Esa sensación se afianza con la lectura de la “Declaración del Presidente Yúfuf”, que al referirse a la generalidad de la función de la Corte reconoce que en el caso concreto la función judicial no resolvió el caso: “puede satisfacer la función judicial de la Corte, pero puede no haber puesto punto final a los asuntos que dividen a las partes o remover todas la incertidumbre que afectan su relación”.⁴⁹ Es por eso que la CIJ deja una última declaración, dejando la litis viva.

Los dos últimos párrafos de la sentencia merecen un comentario.

175. In light of the historical and factual background above (see paragraphs 26-83), the Court observes that Bolivia and Chile have a long history of dialogue, exchanges and negotiations aimed at identifying an appropriate solution to the landlocked situation of Bolivia following the War of the Pacific and the 1904 Peace Treaty. The Court is however unable to conclude, on the basis of the material submitted to it, that Chile has “the obligation to negotiate with Bolivia in order to reach an agreement granting Bolivia a fully sovereign access to the Pacific Ocean” (Bolivia’s submissions, see paragraphs 13, 14 and 15 above). Accordingly, the Court cannot accept the other final submissions

⁴⁸ *Ibidem*, para. 10.

⁴⁹ (*Bolivia v. Chile*), *cit.*, declaración del presidente Yúfuf, para. 8 (traducción de los autores).

presented by Bolivia, which are premised on the existence of such an obligation (*ibid.*).

El párrafo es significativo, pues reconoce que a partir del Tratado de Paz de 1904 que le siguió a la Guerra del Pacífico hay una histórica relación, que se manifiesta en diálogos, intercambios y negociaciones entre Bolivia y Chile para encontrar la solución de una salida al mar para Bolivia. Este reconocimiento expreso de la Corte no hizo que reflexionara más sobre esta oportunidad que tuvo en sus manos para aportar una ayuda a solucionar el conflicto centenario.

El último párrafo, al parecer tiene por objeto hacer ver a las partes en conflicto que el asunto no está cerrado, que hay que seguir dialogando para solucionarlo.

176 Nevertheless, the Court's finding should not be understood as precluding the Parties from continuing their dialogue and exchanges, in a spirit of good neighbourliness, to address the issues relating to the landlocked situation of Bolivia, the solution to which they have both recognized to be a matter of mutual interest. With willingness on the part of the Parties, meaningful negotiations can be undertaken.

Pero la pregunta que es obvia, y si uno de los Estados, Chile, no quiere negociar, por considerar que el asunto está cerrado con el tratado de 1904, ¿qué se puede hacer?

La CIJ perdió una oportunidad histórica de hacer un trabajo de interpretación diferente que hubiera realmente acercado a las partes para solucionar un conflicto que lastima a muchos en Latinoamérica: la pérdida de salida al mar de Bolivia.

XVII. CONCLUSIONES

El siglo XIX, con la Guerra del Pacífico y después el Tratado de 1904 entre Chile y Bolivia, mediante el cual Bolivia perdió su salida al mar, es la génesis de uno de los conflictos más significativos en América Latina, y a su vez es una fuente de inestabilidad en la región. Los intentos históricos de Bolivia por conseguir una salida al mar, a través de negociaciones a lo largo de más de un siglo, no han tenido éxito; por eso la participación de la Corte Internacional de Justicia en el asunto era importante, pues para muchos creó una expectativa, que por lo menos vislumbra el camino a la solución.

La sentencia de la CIJ es bastante anodina, pues su postura es de un enorme conservadurismo jurídico, que rehúsa utilizar los mecanismos de la técnica jurídica internacional a su alcance; por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en Viena 69, y en su lugar hace una lectura literal, deja ir una oportunidad de oro. La nota de su presidente parece una disculpa ante una postura que no entendemos por qué tomó.

Quizá la CIJ tenía miedo de abrir más las puertas para otros acuerdos que ya existen en las relaciones entre los Estados y que pueden ser considerados obligatorios.

Nos negamos a pensar que la decisión de la Corte fue hecha por razones de geopolítica; el juez Salam vio un juicio diferente.

XVIII. BIBLIOGRAFÍA

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM, 2013.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM-IIJ, 2017.

HALPERIN DONGHI, Tulio, *Historia contemporánea de América Latina*, 13a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2016.

IBARRA, Ana Carolina, “Las fronteras en América Latina al concluir la lucha por la independencia”, en PIÑERA, David (coord.), *Las fronteras en Iberoamérica, ayer y hoy*, Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California, 1994, disponible en: ignorantisimo.free.fr/CELA/docs/Ana%20Carolina%20Ibarra%20-%20Las%20fronteras%20en%20America%20Latina%20al%20concluir%20la%20lucha%20por%20la%20independencia%20-%20Las%20fronteras%20en%20Iberoamerica.pdf.

KENNETH, Manusama, *Current cases: Bolivia v. Chile*, disponible en: <http://manusama.com/2017/02/06/current-cases-bolivia-v-chile/>.

MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986.

OBLIGATION de négocier un accès à l’océan Pacifique (Bolivie c. Chili), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2015.

ORIAS ARREDONDO, Ramiro, “La demanda marítima de Bolivia en La Haya: entre el *pacta sunt servanda* y la *promissio est servanda*”, *La Balsa de Piedra*, núm. 10, enero-marzo de 2015.

WIELAND CONROY, Hubert, “Bolivia versus Chile ante la Corte Internacional de Justicia: Sentencia sobre la excepción preliminar de Chile”, 3 de octubre de 2015, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2015/10/03/fallo-del-24-de-setiembre-de-2015/hubert/>.

WIELAND CONROY, Hubert, “El Tratado de 1866: primer tratado de límites entre Bolivia y Chile”, disponible en: <https://plumainquieta.lamula.pe/2016/08/10/el-tratado-de-1866-entre-bolivia-y-chile/hubert/>.