

EN BUSCA DEL ESQUIVO MAR: LA CONTROVERSIAS BOLIVIA-CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA*

Javier A. GONZÁLEZ VEGA**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA «REIVINDICACIÓN MARÍTIMA» BOLIVIANA: CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA.— 3. EL PLANTEAMIENTO DE CHILE.—3.1. La libertad de acción de los Estados y la seguridad jurídica.—3.2. La eventual implicación de Perú: «La puerta y el candado».—4. LA DISCUTIBLE CONCRECIÓN DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIAS EN LA SENTENCIA DE 2015.—5. LA RESPUESTA DE LA CORTE EN SU SENTENCIA DE 2018: UNA NEGATIVA PREVISIBLE.—6. LA POSIBILIDAD DE UN ENFOQUE ALTERNATIVO.—6.1. ¿Una estrategia litigiosa distinta por parte de Bolivia?—6.2. Un tratamiento diferente de la cuestión por parte de la CIJ.—7. *¿NO, NO ES EL FINAL!:* A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1. El pasado 1 de octubre la Corte Internacional de Justicia dictaba su Sentencia en cuanto al fondo en el asunto *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, poniendo término a la breve andadura judicial del secular conflicto boliviano-chileno en torno a la «reivindicación marítima» del país del altiplano. Como se había advertido, desde sus inicios, el asunto se caracterizaba por su extrema originalidad —«*a rather unorthodox case*» en palabras de M. Milanovic¹ al fundarse sobre una supuesta

* Las páginas *web* consultadas en este trabajo lo han sido por última vez el 10 de mayo de 2019.

La presente aportación se inscribe en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187). El trabajo es al tiempo un homenaje al Prof. A. REMIRO BROTONS [consejero y abogado de Bolivia en este procedimiento judicial, donde —pese al resultado— ha confirmado, más allá de su seductora «uniformidad cardenalicia», su buen hacer en estas lides; evocadas en su contribución «La asesoría jurídica internacional de Gobiernos desde fuera», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid-Barcelona, Universidad de Alcalá-Marcial Pons, 2003, pp. 535-580], con ocasión de su jubilación.

** Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Oviedo (jvega@uniovi.es).

¹ Cfr. «Bolivia Institutes Proceedings Against Chile Before the ICJ», 25 de abril de 2013, en el blog *EJIL: Talk!*, accesible en <https://www.ejiltalk.org/bolivia-institutes-proceedings-against-chile-before-the->

obligación de negociar, amén de suscitar *ab initio* un evidente escepticismo entre quienes advertían el carácter pírrico que poseería una eventual victoria boliviana²; impresión confortada por los términos limitados en los que —como veremos— la Corte había establecido su competencia sobre el asunto en la previa sentencia sobre admisibilidad de 2015³.

2. En todo caso, acababa así un episodio que había concitado una inusual expectación entre las opiniones públicas de los países sudamericanos implicados⁴. Y no solo allí. De hecho, ya en 1964 P. Renouvin había puesto como ejemplo el caso boliviano a la hora de plantear las tensiones que deparaba para un Estado la privación de lo que el autor francés consideraba —el acceso al mar— como un elemento esencial en la conformación de su poder⁵.

3. En el examen que sigue nos proponemos abordar tanto el planteamiento realizado por Bolivia al someter su demanda a la Corte —lo que nos permitirá precisar el alcance concreto de la reivindicación marítima formulada por este Estado, *ergo* su contenido y naturaleza jurídica— como los argumentos blandidos por Chile a la hora de expresar su rechazo a las tesis

icj). De hecho, frente a lo relativamente común del examen por parte de la Corte de *pacta de negociando* [p. ej., *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, Sentencia de 20 de abril de 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 68, párr. 150], no lo es el caso de los *pacta de contrahendo*, pretensión que animaba la demanda boliviana. Sobre esta categoría véase el clásico trabajo de MIAJA DE LA MUELA, A., «Pacta de contrahendo en Derecho internacional público», *REDI*, vol. 21, 1968, núm. 2, pp. 392-415, elaborado a partir del planteamiento de la cuestión en el asunto del Lago Lanós [cfr. *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, laudo de 16 de noviembre de 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, pp. 281-317].

² Cfr. THO PESCH, S., «Bolivien will wieder Meer», 16 de mayo de 2013, en el *blog Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, accesible en <https://www.juwissos.de/bolivien-will-wieder-meer/>.

³ Cfr. Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, *excepción preliminar*, *ICJ Reports 2015*, p. 604, párr. 2.

⁴ Prueba de ello eran las transmisiones que en directo realizaban las televisiones públicas respectivas ante la inminencia del fallo, con conexiones no solo con La Haya sino con los vecinos de las localidades supuestamente afectadas. La expectación era comprensible dado el peso que aún poseen los acontecimientos de la «Guerra del Pacífico» (o «del salitre»), de la que trae causa la controversia, en el imaginario colectivo de ambas naciones [sobre este conflicto véanse ENBERG CASTRO, J. F., «Breve historia de la Guerra del Pacífico entre Chile, Perú y Bolivia (1879-1883)», en GAETE JURADO, M. E. (coord.), *América y España. Un siglo de independencias*, Bilbao, Iberdrola, 2014, pp. 171-204; MARTÍNEZ RIAZA, A., «Estado y territorio en Iberoamérica. Conflictos interregionales. Un modelo analítico: La Guerra del Pacífico, 1879-1883», *Revista Complutense de Historia de América*, 1994, núm. 20, pp. 181-206]. En el caso boliviano, como se ha afirmado «ante la imposibilidad histórica de “construir” una identidad nacional homogénea, las élites bolivianas han invocado la Guerra del Pacífico una y otra vez para aglutinar a la población frente a conflictos internos» (cfr. ROSS ORELLANA, C., «La política chilena hacia Bolivia, 1900-1930: la constitución de un discurso estructural», *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. XVI, 2016, p. 185), desarrollando un enfoque «emotivista» del conflicto (cfr. GONZÁLEZ MIRANDA, S. y OVANDO SANTANA, C., «“Emotivistas” bolivianos en la relación diplomática entre Bolivia y Chile en torno a la mediterraneidad», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2016, núm. 183, pp. 39-65, accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/39880-1-138200-1-10-20160411.pdf>). Pero en el caso chileno los ecos de la confrontación armada aún resuenan incluso en la cultura popular: valga como ejemplo la ucrónica novela gráfica chilena superventas *Metahulla* —publicada en 2015— que arranca de aquellos acontecimientos. Por otro lado, era el episodio judicial el que terminaba; no la andadura del conflicto (véase *infra*, párrs. 59-62).

⁵ Cfr. RENOUVIN, P. y DUROSELLE, J. B., *Introduction à l'histoire des relations internationales*, París, Armand Colin, 1991 (reimpr. 2010; ed. or. 1964), p. 15.

bolivianas. Tras lo cual, luego de una sucinta referencia a los términos en los que concretó la Corte el objeto de la controversia en 2015, recalaremos en la posición expresada por la Corte en su reciente fallo, destacando los elementos de continuidad que revela en relación con su precedente jurisprudencial, lo que, anticipamos ya, nos sitúa ante una decisión previsible y escasamente novedosa.

4. Antes de concluir esta exposición, sin embargo, nos parece pertinente introducir una reflexión acerca de posibles cauces alternativos que hubieran podido guiar tanto la argumentación de las partes como la decisión de la Corte, para cerrar esta aportación con las perspectivas de futuro que abre el irresuelto conflicto —que no controversia— en relación con la insatisfecha «reivindicación marítima» boliviana.

2. LA «REIVINDICACIÓN MARÍTIMA» BOLIVIANA: CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA

5. Como es conocido, los antecedentes remotos del conflicto derivan de la conocida como «Guerra del Pacífico» que enfrentó entre 1879 y 1884 a Bolivia y Perú —entonces aliados— contra Chile, y de la que este salió victorioso, arrebatando, a uno y otro, diferentes territorios. Sin embargo, las pérdidas se revelaron más ostensibles en el caso de Bolivia dado que la conquista chilena —consumada ya en 1879— supuso la pérdida de su ya de por sí reducida proyección marítima. Pese al Pacto de Tregua acordado con Chile el 4 de abril de 1884, no cabe duda de que Bolivia nunca aceptó en su «fuero íntimo» la pérdida de los territorios y de su fachada litoral⁶. De hecho, como se ha destacado, la conclusión posterior del Tratado de Paz y Amistad con Chile de 20 de octubre de 1904 —que supuso definitivamente la renuncia a los territorios perdidos en la guerra de 1879—⁷ se produjo en unas circunstancias extremas que hacían temer por su propia supervivencia como Estado independiente, poniendo término al conflicto con la nación austral para centrarse en otros frentes⁸. Pese a ello, lo cierto es que Bolivia no asumió en lo sucesivo una política frontalmente «irredentista» —como sí hicieron otros Estados

⁶ No ha de extrañar, por ello, que próximo a conmemorarse el centenario de la derrota decidiera transformar sus fuerzas navales ribereñas —creadas en 1963— en Marina Boliviana —un evocador oxímoron, a juicio del periodista E. Luce— y que todos los años —el 23 de marzo— celebre el Día del Mar rindiendo tributo a los héroes de la guerra del Pacífico.

⁷ Si bien con el reconocimiento «a perpetuidad» del «más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico» (art. 6). Cfr. texto en <https://web.archive.org/web/20110804013630/http://www.rree.gob.bo/webmre/dglfai/Tratados%20HTML/chile/Tratado%20de%20paz%20y%20amistad%2020%20de%20octubre%20de%201904.html>.

⁸ Cfr. CORREA VERA, L., GARAY VERA, C., VACA-DÍEZ, A. y SOLIZ LANDÍVAR, A., «Bolivia en dos frentes: las negociaciones de los tratados de Acre y de límites con Chile», *Universum*, vol. 22, 2007, pp. 268-289 (accesible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-23762007000100017&script=sci_arttext&tlng=e); CORREA VERA, L. y SALAS MATORANA, A., «Bolivia en 1904. ¿Por qué firma el tratado con Chile?», *Revista Política y Estrategia*, 2017, núm. 130, p. 25 (accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/Dialnet-BoliviaEn1904PorQueFirmaElTratadoConChile-6526022.pdf>).

ante, reales o supuestas, amputaciones de su territorio nacional—⁹. Prueba de ello es el silencio que guardan al respecto sus sucesivos textos constitucionales¹⁰; de hecho, la afirmación de la «reivindicación marítima» boliviana solo se expresará por este cauce en un momento relativamente reciente, con la aprobación de la vigente Constitución de 2009 que afirma en su 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»¹¹.

6. Merece la pena reparar en el tenor de la disposición, pues se habla en ella del «territorio que le dé acceso» —y no de un territorio concreto— descartando por consiguiente una reivindicación sobre los espacios perdidos en 1879¹². Es obvio por ello que el contenido de la reclamación boliviana no

⁹ Sobre el concepto véase PALERMO, F., «Irredentism», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford UP, 2012, p. 385. Un buen exponente de estas reivindicaciones lo ofrecían tanto la Ley Fundamental alemana —respecto de la RDA— como la Constitución de Irlanda (arts. 2 y 3, ahora enmendados) —en relación con el Ulster— y aún en la actualidad la de la R. P. China (preámbulo) en relación con Taiwan (*ibid.*). Sin embargo, el ejemplo paradigmático lo ofrece la reivindicación argentina sobre las Malvinas plasmada en la DT 1.^a de su Constitución (cfr. Constitución de la Nación Argentina, Ley 24.430, de 3 de enero de 1995, accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>).

¹⁰ Es llamativo que las Constituciones históricas bolivianas no hayan prestado la más leve atención a una supuesta reivindicación marítima. No lo hacía ni la de 1878, enmendada en 1880, recién consumada la ocupación chilena; ni la muy posterior de 1938 —vigente ya el tratado con Chile—, ni las sucesivas de 1945, 1947, 1967, 1995 y 2004. Incluso, la caracterización del dominio originario del Estado —una innovación del texto de 1938, reiterada en las posteriores— menciona exclusivamente «las aguas lacustres, fluviales y medicinales»: por ejemplo, art. 107 (1938), art. 108 (1945, 1947) y art. 136 (1967, 1995 y 2004). Para la consulta de estos textos véase http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/bolivia_constituciones/?autor=&paginaUsuario=1&numresult=10&vista=reducida&q=&orden=fechapublicacionoriginal&paginaNavegacion=1.

¹¹ Cfr. Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, promulgada el 9 de febrero de 2009 (cursivas añadidas); texto accesible en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/constitucion-politica-del-estado-plurinacional-de-bolivia-promulgada-el-9-de-febrero-2009.pdf>. El nuevo texto constitucional también introduce la específica denominación «Armada» (arts. 172.17, 243 y 247) para referirse a la hasta entonces «fuerza naval», cuyas nuevas funciones administrativas y defensivas concreta el art. 268. Sin duda, la tardanza en formular la «reivindicación marítima» en sede constitucional es expresiva de la «indefinición de la política de retorno» boliviana, acerca de la vía a seguir, «practicista» o «reivindicatoria», de la que se venía haciendo eco la doctrina desde mucho atrás (cfr. GAVEGLIO, S., «Consideraciones sobre el retorno al mar de Bolivia», *Revista de Estudios Internacionales*, 1984, núm. 5, p. 649). No obstante, es evidente que su acogida explica la relativa celeridad en el planteamiento de la estrategia judicial —ahora fracasada— que algunos creen además ver fundada en la supuesta inconstitucionalidad —*more boliviano*— del Tratado de 1904 *apud* DT 9.^a del vigente texto constitucional (cfr. LAGOS ERAZO, J., «Las aspiraciones marítimas de Bolivia después de Cochabamba», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2012, núm. 173, p. 124). Esta cuestión, y los puntos de vista contradictorios de las partes, tuvieron ocasión de aflorar en las audiencias del caso (véanse respectivamente las intervenciones de A. REMIRO BROTONS, en representación de Bolivia, CR 2015/19, 6 de mayo de 2015, pp. 45-46, párrs. 18-22, y S. WORDSWORTH, respecto de Chile, CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 21, párrs. 13-15).

¹² Con un enfoque similar, la cuarta de las declaraciones realizadas por Bolivia con ocasión de la firma el 27 de noviembre de 1984 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (UNTS, 16 de noviembre de 1994, núm. 31363) ya aludía a «la restauración» de su «propio acceso soberano al mar» (cfr. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII>).

pretendía poner en cuestión los términos del tratado de paz de 1904. En este orden, como recordaba M. Chemillier-Gendreau en el curso de las audiencias desarrolladas en la fase de admisibilidad:

*«La Bolivie sait-elle parfaitement qu'il lui est impossible de remettre en cause le traité de 1904, si ce n'est dans l'hypothèse que le Chili a écartée jusqu'ici, d'une renégociation librement et souverainement consentie entre les deux Etats. C'est parce que la Bolivie est consciente des limites que lui impose ainsi le droit positif, qu'il n'y a pas trace dans la démarche de la Bolivie d'une demande d'annulation ou de révision du traité 1904 qui fût l'acte juridique qui a concrétisé l'injustice avérée. Elle sait en effet que cette démarche se heurterait à l'état du droit contemporain»*¹³.

7. De hecho, el objeto de la reclamación era mucho más preciso.

«S'il y a un différend aujourd'hui entre le Chili et la Bolivie, il est très spécifique parce que, dans ce cas particulier, le Chili a reconnu dès la conclusion du traité que celui-ci laissait une question non résolue et s'est déclaré prêt à la résoudre.

*Si le Chili n'avait pas lui-même ouvert une autre voie rendant possible la correction de l'injustice éternisée par ce traité, la Bolivie eût été contrainte d'en rester là. Mais le Chili ne peut pas réécrire son histoire. Il a multiplié les promesses ou s'est engagé dans des actes bilatéraux et il a fait naître ce que l'on désigne en droit du terme d'expectatives légitimes. Nos contradicteurs se sont demandés avec une innocence bien feinte où serait la source du droit auquel prétend la Bolivie. Mais la source de ce droit est dans les propres comportements du Chili»*¹⁴.

8. En suma, para Bolivia existiría un *pactum de contrahendo*, conforme al cual Chile se hallaría en la obligación de negociar con aquella un tratado que abocara a un concreto resultado¹⁵; en la especie, la cesión de una salida al mar y el consiguiente reconocimiento de la soberanía boliviana sobre dicho territorio y sus espacios marinos aledaños. En este orden, la memoria se extendía sobre las diferentes caracterizaciones de la obligación —incluida la de desarrollarla *bona fide*— hasta abordar la que sería específicamente aquella, examinando luego las supuestas obligaciones a cargo de Chile.

3. EL PLANTEAMIENTO DE CHILE

9. No cabe dudar de la firmeza con la que Chile estaba dispuesto a afrontar la demanda boliviana. De hecho, en un documento divulgativo elaborado por la cancillería chilena en junio de 2014 ya se afirmaba que:

«La reclamación de Bolivia podría tener consecuencias potenciales de gran alcance en la libertad de los Estados para participar en negociaciones diplomá-

aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec). Sobre la incidencia de esta declaración en el caso véanse *infra* párrs. 54-55.

¹³ CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, p. 12, párr. 10.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 12-13, párrs. 11-12.

¹⁵ *Ibid.*, como destacaba M. Chemillier-Gendreau: *«Votre Cour pour déclarer sa compétence devra prendre acte de l'indépendance de la question qui lui est soumise par rapport au traité de 1904 et prendre en considération le pactum de contrahendo auquel le Chili a souscrit. Car ce pactum existe bien»* (*ibid.*, p. 13, párr. 14).

ticas, como también en su habilidad para discutir libremente sin temor que su contraparte negociadora argumente más tarde que debido a que en circunstancias particulares en algún momento de la historia una iniciativa diplomática fue realizada o pensada, esta pudiera luego ser considerada que ha creado una obligación legalmente vinculante de alcanzar un determinado resultado»¹⁶.

10. Desde su punto de vista la cuestión interesaba pues tanto a la libertad de acción de los Estados como a las exigencias de la seguridad jurídica, que se verían puestas en cuestión de aceptar las premisas sustentadas por la demanda boliviana.

3.1. La libertad de acción de los Estados y la seguridad jurídica

11. La argumentación chilena se centró en considerar inexistente una supuesta controversia entre ambos Estados, dado que su objeto ya habría sido resuelto por el Tratado de 1904. Confortado por este planteamiento aducía, asimismo, la consiguiente incompetencia de la Corte, dado que el Tratado americano de soluciones pacíficas (Pacto de Bogotá), única base sobre la que fundar eventualmente aquella, excluía las controversias resueltas con anterioridad a su entrada en vigor¹⁷; de hecho, el análisis de este argumento —*sub specie* excepción preliminar— sería el objeto de la previa decisión de la CIJ en 2015¹⁸.

12. En cualquier caso, uno de los pilares sobre los que asentó su argumentación era la intangibilidad del tratado de 1904 y la consiguiente imposibilidad de articular una obligación de negociar un acuerdo sobre la cuestión marítima sin afectar a aquel¹⁹. Este planteamiento, aunque perseguía indiscutiblemente deformar el objeto de la controversia a efectos de sostener la incompetencia de la Corte²⁰, no lograría su propósito, pero haría mella —como veremos ulteriormente— en el contenido y alcance definitivos de la controversia.

13. Por otra parte, si la seguridad jurídica se erguía en último término como un supuesto valladar frente a la demanda boliviana, también esta idea

¹⁶ Cfr. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, *Chile y la aspiración marítima boliviana: mito y realidad*, Santiago, 24 de junio de 2014, p. 7 (accesible en https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20140624/asocfile/20140624134912/chile_y_la_aspiracion_maritima_boliviana_mito_y_realidad.pdf).

¹⁷ Cfr. Tratado americano de soluciones pacíficas, firmado en Bogotá el 30 de abril de 1948 (UNTS, 1949, núm. 449, pp. 56 y ss.). La suerte de la excepción chilena —abocada al fracaso— era evidente y su planteamiento solo resultaba comprensible como un gesto hacia su propia opinión pública, de cara a demostrar que algo se hacía (cfr. KOLB, R., «Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2015», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 26, 2016, p. 146).

¹⁸ Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, excepción preliminar, *ICJ Reports 2015*.

¹⁹ Como resumía plásticamente en las audiencias de la fase de admisibilidad Sir. Ch. Greenwood: «We also heard a new theory of the case yesterday, a theory of parallel obligation to negotiate, existing side-by-side with, but never touching upon or engaging with, the 1904 Treaty. Parallel universes! Sliding doors! The 1904 Treaty and the pactum de contrahendo existing side-by-side but never intersecting. It is a surreal reality; an exercise in legal dadaism» (cfr. CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 10, párr. 1).

²⁰ KOLB, «Chronique...», *op. cit.*, p. 146.

latía en la argumentación desarrollada por P. M. Dupuy cuando aludía tanto a un imposible *pactum de contrahendo*, de cuya conclusión no cabía establecer ni el cauce ni el momento de su conclusión, como a una aún más incierta declaración unilateral chilena, de inviable cristalización a partir de lo que simplemente habrían sido meros contactos diplomáticos²¹. Por el contrario, como tendría ocasión de detallar en la ulterior fase del procedimiento, los supuestos compromisos asumidos por Chile no serían realmente tales sino meras muestras de disponibilidad, en el contexto de las tradicionales relaciones diplomáticas, sin virtualidad alguna para crear obligaciones a su cargo. Sostener otra cosa equivaldría a cercenar la libertad de acción de los Estados.

3.2. La eventual implicación de Perú: «La puerta y el candado»

14. Como se ha recordado, los acontecimientos subsiguientes a la resolución del conflicto sobre los territorios de Tacna y Arica, y la consiguiente reversión del primero de ellos a Perú, introdujeron un elemento disruptivo en lo que era hasta entonces un mero diferendo bilateral, al hacer necesaria la intervención de este Estado en todo posible arreglo del conflicto boliviano chileno: de ahí la denominación de «cláusula del candado» atribuida a aquella previsión²². Ahora bien, la complicación de la solución de la controversia no suponía *per se* su imposible resolución. En este orden, como advertía A. Remiro Brotóns, con su «sello personal», en su intervención ante la Corte:

*«La cession exigerait en vertu de cette clause, dite del candado, “du cadenas”, l'accord préalable du Chili et du Pérou; mais s'il y avait un cadenas, c'est bien qu'il y avait une porte qui pourrait être ouverte un jour»*²³.

15. No es menos cierto que el fracaso de las negociaciones entabladas en los años setenta derivó precisamente de esa circunstancia²⁴. Con todo, ha de recordarse que, con posterioridad, el 24 de enero de 1992 Bolivia y Perú concluyeron el convenio marco del Proyecto Binacional de Amistad, Cooperación e Integración Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz, que contemplaba determinadas facilidades marítimas en el área de Ilo (Perú)²⁵, si bien su im-

²¹ CR 2015/20, 7 de mayo de 2015, p. 32, párrs. 3 y 4.

²² Ya antes la posición peruana había tenido ocasión de expresarse por boca de su ministro de Relaciones Exteriores, M. Porras, que en 1920 advertía que «Perú está dispuesto a no ceder sus derechos sobre las provincias irredentas a favor de Bolivia o de cualquier otro país ni escuchar siquiera proposición alguna al respecto» (cit. en ROSS ORELLANA, «La política chilena hacia Bolivia...», *op. cit.*, p. 193. Sobre la cuestión, en detalle, véase MANZANO, K., «Chile-Bolivia-Perú. El papel de Arica durante las negociaciones anteriores y posteriores a 1950», *Revista Via Iuris*, 2017, núm. 23, pp. 1-27).

²³ CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, p. 18, párr. 16 *in fine*. Negritas añadidas. La expresión entrecomillada procede de REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 565.

²⁴ Al respecto, véase GREÑO VELASCO, J. E., «Bolivia y su retorno al mar», *Revista de Política Internacional*, 1977, núm. 150, pp. 220-226.

²⁵ Cfr. texto en <file:///C:/Users/Powerot/Downloads/B-2014.pdf>. Al respecto, véase MAURTÚA DE ROMANA, O., «Los convenios de Ilo y la integración peruano-boliviana», *Agenda internacional*, vol. 1, 1994,

plementación no se habría llevado a cabo²⁶, entre otras cosas, para primar la reivindicación frente a Chile²⁷.

4. LA DISCUTIBLE CONCRECIÓN DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA EN LA SENTENCIA DE 2015

16. El planteamiento seguido por la Corte en su primera decisión —relativa a la admisibilidad del asunto— puso de relieve, de un lado, el afán por establecer su competencia, desdeñando las restricciones supuestamente derivadas del tratado de 1904, y descartando por consiguiente que los límites establecidos por el art. VI del Pacto de Bogotá pudieran entrar en juego. Para ello, la Corte optó por reducir a extremos el objeto de la posible controversia. En tal sentido:

«As the Court has observed in the past, applications that are submitted to the Court often present a particular dispute that arises in the context of a broader disagreement between parties [...]. 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»²⁸.

17. Como resultado:

«The Court concludes that 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»²⁹.

18. Pero cuidándose de advertir, al mismo tiempo, que el alcance de su futura decisión, aun en el caso de que resultare favorable a las pretensiones bolivianas:

núm. 1, pp. 15-33, así como SOTILLO LORENZO, J. A., «Bolivia. La vía pacífica en su búsqueda de acceso al mar», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (COORD.), *Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 825-826.

²⁶ Pese a la conclusión de un ulterior Protocolo Complementario y Ampliatorio al Convenio Marco del Proyecto Binacional de Amistad, Cooperación e Integración «Gran Mariscal Andrés de Santa Cruz» entre los Gobiernos de Bolivia y del Perú, suscrito el 24 de enero de 1992, de 19 de octubre de 2010. Texto accesible en www.contexto.org/pdfs/REperbolprtcocolocompl.doc.

²⁷ Cfr. *BBC News*, «Fallo de La Haya: Bolivia Mar, la playa que Perú le cedió a Bolivia y que lleva 26 años en abandono», accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43146946>.

²⁸ Sentencia de 24 de septiembre de 2015..., cit., p. 604, párr. 2. Cita en su apoyo los asuntos de la *Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, excepciones preliminares, Sentencia de 1 de abril de 2011, *ICJ Reports 2011 (I)*, pp. 85-86, párr. 32, así como los asuntos de las *acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, competencia y admisibilidad, Sentencia de 20 de diciembre de 1988, *ICJ Reports 1988*, pp. 91-92, párr. 54 y del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán)*, Sentencia de 24 de mayo de 1980, *ICJ Reports 1980*, pp. 19-20, párrs. 36-37.

²⁹ Sentencia de 24 de septiembre de 2015..., cit., p. 605, párr. 34.

«It would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation»³⁰.

19. En suma, como se advirtiera entonces:

«La Corte decidió limitar el objeto de la acción deducida por Bolivia al establecimiento de la existencia y violación de una *obligation de moyens* (“negociar de buena fe”), descartando la *obligation de résultat* (“un acceso soberano al Océano Pacífico”) originalmente buscada en su demanda. [...] Sin mencionarla expresamente en el caso de Bolivia con Chile, el tribunal utilizó esta clasificación de las obligaciones de acuerdo a su contenido para transformar una *actio in rem* (“un acceso soberano al Océano Pacífico”), sobre la cual no tendría jurisdicción, en una *actio in personam* (“negociar de buena fe”), respecto de la cual sí tendría competencia»³¹.

20. Ha de reconocerse que la suerte del litigio quedaba considerablemente mermada. Hasta entonces la cuestión hubiera podido discurrir en torno a la posible existencia de una obligación de celebrar un tratado (*pactum de contrahendo*), que, de verse acreditado, hubiera encarrilado la situación en pro de una futura satisfacción de la reivindicación marítima boliviana. La respuesta de la Corte, sin embargo, ciñó entonces en exclusiva el objeto del litigio a la determinación de la existencia de una obligación de negociar (*pactum de negotiando*); de suerte que su búsqueda, a la manera de Diógenes, constituirá pues el solo objetivo de su ulterior decisión.

21. Esta solución, sin embargo, sigue pareciéndonos poco plausible y demuestra por parte de la Corte una cerrazón falta de una adecuada justificación, pues parte de asumir la absoluta contradicción entre la vigencia del tratado de 1904 y el objeto de la demanda boliviana (*tertium non datur*). Por el contrario, cabía aceptar que el objeto del primero era zanjar definitivamente una reivindicación boliviana sobre los territorios cedidos entonces, pero no excluir la articulación de una salida al mar que, a tenor de todos los argumentos expuestos —tanto por Bolivia como por Chile—, habría de discurrir necesariamente por territorios distintos; en la práctica los cedidos por Perú por el tratado de Ancón y confirmados por el posterior protocolo al Tratado de límites de 1929. No se trataría entonces de «resucitar» una controversia ya zanjada, sino de abordar una controversia nueva, surgida a raíz del tratado de paz y no resuelta desde entonces, como demostrarían los discontinuos, pero prolongados, contactos diplomáticos desarrollados a lo largo de más de un siglo entre ambos Estados. En esa línea, además, las supuestas restricciones a su competencia no habría de entrar en juego, habida cuenta de los términos empleados en el Pacto de Bogotá.

³⁰ *Ibid.*, párr. 33. En todo caso, tal respuesta no tenía en sí nada de excepcional. De hecho, en las audiencias, la defensa boliviana había sugerido tal solución, evocando la acordada en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslavaquia)*, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports 1997*, p. 78, párr. 141. Véase en tal sentido la intervención de P. Akhavan, CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, p. 32, párr. 7.

³¹ LÓPEZ ESCARCENA, S., «El asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Comentario de la decisión sobre excepción preliminar de la Corte internacional de justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, 2016, núm. 2, p. 720.

22. En todo caso, en la incapacidad de la Corte para discernir ente uno y otro objeto, ha pesado sin duda un «temor reverencial» por ver interpretada su decisión —y sin duda la propaganda chilena actuó eficazmente en tal sentido— como una asunción de la nulidad —siquiera parcial— de un tratado —el de 1904— que nunca Bolivia —ni en su memoria, ni en sus intervenciones ante la Corte— había pretendido. Era evidente que tal escenario deseaba ser conjurado a toda costa por obvias razones, y de ahí el sentido de su decisión.

5. LA RESPUESTA DE LA CORTE EN SU SENTENCIA DE 2018: UNA NEGATIVA PREVISIBLE

23. En todo caso, con un afán didáctico encomiable, la Corte cree necesario apuntalar la cuestión en su nueva decisión, advirtiendo que la libertad en manos de los Estados para negociar puede verse constreñida en ciertas circunstancias cuando existe un *pactum de negotiando*, sirviéndose para ello de su conocida afirmación en los asuntos de la *plataforma continental del Mar del Norte*³², al advertir que:

«While States are free to resort to negotiations or put an end to them, they may agree to be bound by an obligation to negotiate. In that case, States are required under international law to enter into negotiations and to pursue them in good faith. As the Court recalled in the North Sea Continental Shelf cases, States “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”»³³.

24. *Item* más, la Corte advierte que esa obligación puede incluso ir más allá, coartando aún más la libertad de los Estados, si lo que impone es un *pactum de contrahendo* —expresión que, no obstante, elude—, aunque no cabe esperar que esa sea una solución habitual, pese a que sea la aducida por Bolivia³⁴. No obstante, se ve en la obligación de recordar que, como ya había dejado claro en su anterior decisión:

«The subjectmatter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia’s sovereign access to the Pacific Ocean [...]. As the Court observed, this alleged obligation does not include a commitment to reach an agreement on the subject-matter of the dispute»³⁵.

25. Cifrada pues la cuestión en la determinación de la existencia de una simple obligación de negociar, la Corte se brinda a examinar los diferentes cauces por lo que habría podido formarse la misma.

³² Cfr. *Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, Sentencia de 20 de febrero de 1969, *ICJ Reports 1969*, p. 47, párr. 85.

³³ CIJ, *Obligación de negociar el acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Sentencia de 1 de octubre de 2018, p. 31, párr. 86; texto accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>.

³⁴ Sentencia..., p. 32, párr. 87.

³⁵ *Ibid.*, párr. 89.

«In international law, the existence of an obligation to negotiate has to be ascertained in the same way as that of any other legal obligation. Negotiation is part of the usual practice of States in their bilateral and multilateral relations. However, the fact that a given issue is negotiated at a given time is not sufficient to give rise to an obligation to negotiate. In particular, for there to be an obligation to negotiate on the basis of an agreement, the terms used by the parties, the subject-matter and the conditions of the negotiations must demonstrate an intention of the parties to be legally bound. This intention, in the absence of express terms indicating the existence of a legal commitment, may be established on the basis of an objective examination of all the evidence»³⁶.

26. En este orden, ha de reconocerse el interés de la Corte por analizar todos y cada uno de los posibles fundamentos de aquella; introduciendo en su examen la jurisprudencia más emblemática relativa a cada uno de ellos. Cabe reseñar, sin embargo, que el supuesto análisis no resulta en modo alguno profuso, pues la Corte despacha con argumentos de autoridad las diferentes cuestiones suscitadas por Bolivia, sin demostrar interés alguno en ir más allá de las cuestiones zanjadas en anteriores pronunciamientos.

27. Así, la posible existencia de un acuerdo bilateral cuyo objeto fuera el de establecer la pretendida obligación a cargo de Chile, permite a la Corte asumir un enfoque supuestamente abierto. En línea con las previsiones de la Convención de Viena, que admite la vigencia del derecho internacional consuetudinario en la materia (art. 3), no se cierra en banda a la posible identificación de un acuerdo verbal o tácito —pese a su carácter casi legendario en la práctica internacional—. No obstante, admite su carácter hartamente excepcional, pues *«[e]vidence of a tacit legal agreement must be compelling»³⁷*; exigencia que no aprecia en el caso³⁸.

28. Desechada tal posibilidad, la Corte centra su atención en posibles acuerdos de naturaleza escrita. En este punto, la Corte, recordando expresamente sus previos pronunciamientos sobre el tema³⁹, descarta sucesivamente su naturaleza convencional y, por ende, la existencia de obligaciones derivadas de estos, ora por advertir la ausencia de concretos compromisos⁴⁰,

³⁶ *Ibid.*, párr. 91 (negritas añadidas).

³⁷ Sentencia, p. 34, párr. 97, citando al efecto el asunto de la *controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras)*, Sentencia de 8 de octubre de 2007, *ICJ Reports 2007 (II)*, p. 735, para. 253.

³⁸ Sobre el tema, véase DISTEFANO, G., «L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités», *QIL, Zoom-in*, 18, 2015, pp. 17-37.

³⁹ Se trata, como cabe imaginar, de sus decisiones en los asuntos *Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Sentencia de 19 de diciembre de 1978 (*ICJ Reports 1978*, p. 39, para. 96) y *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, competencia y admisibilidad, Sentencia de 1 de julio de 1994 (*ICJ Reports, 1994*, p. 121, para. 25). Cfr. Sentencia..., p. 36, párr. 106, y p. 42, párr. 131.

⁴⁰ Cfr. Sentencia..., p. 36, párr. 106. Refutación que *a maiore* confirma el hecho de que: «Moreover, the penultimate clause of these minutes records that the Foreign Minister of Bolivia stated that "the present declarations do not contain provisions that create rights, or obligations for the States whose representatives make them"» (*ibid.*).

ora por reparar en su vaguedad y sutiles diferencias⁴¹. Más aún, incluso, en presencia de la declaración de Charaña, firmada el 8 de febrero de 1975 por los, entonces, presidentes de ambos países, H. Banzer y A. Pinochet, a la que la Corte confiere —habida cuenta de su solemnidad— cautelarmente un hipotético valor como tratado⁴², la respuesta es resueltamente negativa, pues «*the overall language of the Declaration rather indicates that it has the nature of a political document*»⁴³, como además confirmarían posteriores actos relativos a la misma, pues:

«*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*»⁴⁴.

29. En suma, la Corte no ve en ninguno de los documentos, de la larga nómina aportada por Bolivia, nada más que meros compromisos políticos, inviábiles para establecer una obligación jurídica a cargo de Chile.

30. Pese a tan abrumadora conclusión, es menester reconocer que la Corte considera necesario abordar, otros posibles fundamentos de la evasiva obligación chilena. De ahí, el análisis, no obstante, prácticamente ritual, con el que apura su examen⁴⁵. En este orden, la eventual existencia de una declaración unilateral de contenido obligatorio, de un lado, y los mecanismos asociados con el comportamiento de los Estados —*aquiescencia* y *estoppel*, respectivamente— de otro, van a ser objeto de consideración.

31. En cuanto a la primera, la Corte, tras recordar su previa jurisprudencia sobre la materia, llega a la conclusión de que ni por su objeto⁴⁶, ni por sus circunstancias⁴⁷, puede establecer la existencia de la pretendida obligación, sino una mera disponibilidad de Chile, actitud *per se* incapaz de generar obli-

⁴¹ «*The Court notes that the two communiqués of 13 November 1986 are separate instruments, that the wording used in them is not the same and that, moreover, neither of these documents includes a reference to Bolivia’s sovereign access to the sea*» (Sentencia..., p. 42, párr. 132).

⁴² «*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*» (*ibid.*, p. 40, párr. 126). Resulta inevitable establecer un paralelismo entre esta declaración y la firmada por los jefes de Estado de Camerún y Nigeria el 4 de abril de 1971, conceptuada inequívocamente de tratado por la Corte [cfr. *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente)*, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *CIJ Recueil 2002*, p. 429, párr. 263].

⁴³ Sentencia..., p. 40, párr. 126.

⁴⁴ *Ibid.* Negritas añadidas.

⁴⁵ Como se ha señalado, la Corte procede a un análisis frustrante y carente de toda tentativa de racionalización, entendiendo por tales la sistematización y calificación jurídicas de los argumentos bolivianos, que desfilan brevemente y uno tras otro, en rígida yuxtaposición, pese a las afinidades que revelan (cfr. ALOUPI, N., «*Arrêt sur le fond du 1er octobre 2018, Obligation de négocier un accès à l’océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*», *RGDIP*, t. 122, 2018, p. 995).

⁴⁶ Sentencia..., p. 46, párr. 147.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 47, párr. 148.

gaciones jurídicas a su cargo. Respecto a las segundas, la Corte es aún más tajante: en cuanto a la supuesta aquiescencia no cabe hablar de un silencio atribuible a Chile del que pudiera desprenderse —falta de reacción— una obligación de negociar a su cargo⁴⁸, en tanto que la alegación del *estoppel* se enfrenta a la inexistencia de un supuesto perjuicio sufrido por Bolivia.

«*The Court finds that in the present case the essential conditions required for estoppel are not fulfilled [...]. Bolivia has not demonstrated that it changed its position to its own detriment or to Chile's advantage, in reliance on Chile's representations. Therefore, estoppel cannot provide a legal basis for Chile's obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the sea*»⁴⁹.

32. En este orden, ha de reconocerse que el planteamiento seguido por esta no tiene en sí nada de novedoso y abunda en lo que algunos autores plantean como una caracterización «restrictiva» de esta institución, al requerir la concurrencia junto a la conducta del Estado que actúa del perjuicio irrogado al Estado expectante —o en su defecto, de una ventaja atribuida al primero—⁵⁰. No es menos cierto que la reciente fundamentación en él del laudo dictado por el Tribunal Arbitral (CPA) en el asunto de Chagos⁵¹, permitía albergar ciertas esperanzas acerca del curso a seguir por la Corte en su planteamiento de la cuestión.

33. Finalmente, la Corte considera otros argumentos que pudieran eventualmente fundamentar la obligación aludida. Al lado de la consabida toma en consideración de las resoluciones de las organizaciones internacionales —Naciones Unidas y OEA— tras las que no ve atisbo alguno de obligación jurídica a cargo de Chile⁵², presta atención —si bien escasa— a dos posibles fundamentos adicionales de carácter novedoso: las «legítimas expectativas» y el «efecto cumulativo» de los actos realizados por Chile.

34. Como cabrá imaginar, en ambos casos, la respuesta resulta resueltamente negativa. En el primero, la Corte se resiste a tomar seriamente en cues-

⁴⁸ *Ibid.*, p. 48, párr. 152.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 49-50, párr. 159 (negritas añadidas).

⁵⁰ BRECCIA, P., «La Corte Internazionale di Giustizia e il principio dell'estoppel nel caso della controversia tra Bolivia e Cile per l'accesso all'Oceano Pacifico», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 624. Frente a tal caracterización es evidente la largueza que muestran los tribunales arbitrales establecidos en el marco del CIADI a la hora de su acogida (cfr. COTTIER, T. y MÜLLER, J. P., «Estoppel», *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, Oxford, Oxford UP, 2012, pp. 671-677).

⁵¹ Cfr. *Chagos Marine Protected Area (Republic of Mauritius v. United Kingdom)*, Laudo de 18 de marzo de 2015; texto accesible en <https://files.pca-cpa.org/pca-docs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>. Al respecto véase ALLEN, S., «The Operation of Estoppel in International Law and the Function of the Lancaster House Undertakings in the Chagos Arbitration Award», en ALLEN, S. y MONAGHAN, C. (eds.), *Fifty Years of the British Ocean Territory: Legal Perspectives*, Springer, 2018; COLSON, D. A. y VOHRER, B. J., «In re Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)», *AJIL*, vol. 109, 2015, pp. 845 y ss.; FAHNER, J. H., «Déjà Vu in The Hague - the relevance of the Chagos arbitral award to the proceedings before the ICJ», *QIL, Zoom-out*, 55, 2018, pp. 108-109; PAN, K., «A Re-Examination of Estoppel in International Jurisprudence», *Chinese JIL*, vol. 16, 2017, pp. 751 y ss.; WAIBEL, M., «Mauritius v. UK: Chagos Marine Protected Area Unlawful», *EJIL Talk (blog)*, 17 de abril de 2015, accesible en <https://www.ejiltalk.org/mauritius-v-uk-chagos-marine-protected-area-unlawful/>.

⁵² Sentencia..., pp. 51-52, párrs. 165-167, así como p. 53, párr. 171.

tión un argumento blandido —y acogido eventualmente— en un ámbito marcadamente sectorial⁵³, como es el arbitraje en materia de inversiones, pues:

*«References to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation»*⁵⁴.

35. En cuanto al segundo:

*«Bolivia's argument of a cumulative effect of successive acts by Chile is predicated on the assumption that an obligation may arise through the cumulative effect of a series of acts even if it does not rest on a specific legal basis. However, given that the preceding analysis shows that no obligation to negotiate Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean has arisen for Chile from any of the invoked legal bases taken individually, a cumulative consideration of the various bases cannot add to the overall result»*⁵⁵.

36. Se ha querido ver en la más reciente jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia la culminación de una orientación en pos del formalismo y el verbalismo⁵⁶; pues bien, la decisión que comentamos constituye un marcado exponente de ello. Baste, como expresiva muestra, el antevisto análisis de los supuestos acuerdos, donde la en su día antiformalista visión de la Corte hipostasia —y esclerotiza— ahora las soluciones un día alcanzadas, trocándolas en únicas expresiones de una posible concertación⁵⁷. En todo caso, de acuerdo con este diagnóstico convendría tranquilizar a los iusinternacionalistas preocupados por la supuesta fragmentación de nuestro sistema jurídico, dado que esta misma tendencia es perceptible en una de las jurisdicciones sin duda más relacionadas con la apuntada disgregación del orden jurídico global —el Tribunal de Justicia de la UE— tal como hemos destacado en una reciente contribución⁵⁸.

⁵³ Y más aún, toda vez que una influyente corriente aboga por su articulación como un *corpus* jurídico distinto del Derecho internacional, dadas las notas de transnacionalidad existentes, bajo la forma de un Derecho Global administrativo (al respecto, véase LÓPEZ ESCARCENA, S., «Investment Disputes *Oltre lo Stato*: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment», *Boston College Law Review*, vol. 59, 2018, pp. 2685-2715, accesible en https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/6/?utm_source=lawdigitalcommons.bc.edu%2Fbclr%2Fvol59%2Fiss8%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).

⁵⁴ Sentencia..., p. 50, párr. 162 (negritas añadidas).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 54, párr. 174 (negritas añadidas).

⁵⁶ Cfr. MIRON, A., «Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice”: Between formalism and verbalism», *QIL, Zoom-out* 45, 2017, pp. 43-51.

⁵⁷ En tal sentido apuntan tanto el Juez P. Robinson como el Juez N. Salam en sus opiniones disidentes, al incidir en la sustancia de los argumentos expuestos en los mencionados asuntos *Qatar c. Bahrein* (1994) y *Plataforma continental del Mar Egeo* (1978), frente al planteamiento rigorista mantenido ahora por la Corte (cfr. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-02-EN.pdf>, p. 4, párr. 14; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-03-EN.pdf> p. 1, párr. 3). Dejamos para otro lugar la insistencia de la CIJ en la naturaleza meramente política de los textos en examen; una apreciación discutible sobre la que vendremos *infra*, 6.2.

⁵⁸ Al respecto véase «*La guerra de los mundos: realidad versus formalismo jurídico o el poder de la interpretación* (a propósito de la Sentencia TJUE de 27 de febrero de 2018, *Western Sahara Campaign UK*, C-266/16)», *RDCE*, 2018, núm. 60, pp. 515-561.

37. Y es que tras las marcadas reticencias que la Corte expresa frente a los exponentes de una supuesta obligación creada en favor de Chile, no resulta difícil colegir una actitud que aspira a ver concretados en actos formales a aquellos supuestamente creadores —y fundamentadores— de la pretendida obligación. Y es que, pese a las singularidades de nuestro sistema jurídico y al lugar que en él encuentran los materiales normativos no escritos, existe una ineluctable tendencia a relegarlos, imponiendo una serie de exigencias que desmienten su supuesto aformalismo⁵⁹, amén de recabar garantías y pruebas abrumadoras (*compelling*) para demostrar la existencia en tales casos de un *animus contrahendi*⁶⁰.

38. ¿Hubiesen podido discurrir las cosas de otro modo? A ello dedicaremos nuestra atención en las líneas que siguen.

6. LA POSIBILIDAD DE UN ENFOQUE ALTERNATIVO

39. Al plantear la posibilidad de un enfoque alternativo cabe sopesar, de un lado, el diseño de una estrategia litigiosa diferente por parte de Bolivia a la hora de formular y argumentar su demanda; de otro, y este será el aspecto central de nuestro análisis, un tratamiento de las cuestiones suscitadas con otro enfoque por parte de la CIJ.

6.1. ¿Una estrategia litigiosa distinta por parte de Bolivia?

40. Conviene advertir de la diversidad de cauces por los cuales podría haberse construido este. En primer término, es obvio, la reclamación boliviana hubiera podido optar por diferentes planteamientos rotundamente rupturista o francamente innovadores —y lo avanzamos— abocados todos ellos al fracaso. A la cuestión se refería M. Chemillier-Gendreau en la audiencia desarrollada ante la CIJ en la fase de admisibilidad en 2015:

«Le Gouvernement de la Bolivie et son peuple sont en recherche d'un remède à l'injustice qu'ils ont subie, cela est vrai.

Toutefois, [...], la Bolivie entend utiliser les voies de droit qui s'ouvrent à elle et rien de plus. Elle ne se met pas dans la position d'Antigone qui en appelait au droit naturel au-dessus du droit positif. Non, nous savons bien que le droit international positif, en dépit de ses progrès, n'est pas toujours en mesure d'atteindre l'objectif que lui avait pourtant fixé Vattel. Celui-ci écrivait en effet dans son Droit des gens en 1758:

⁵⁹ D'ASPROMONT, J., «The International Court of Justice and tacit conventionality», *QIL, Zoom-out*, 18, 2015, p. 6. De hecho, a su juicio, en el asunto de la previa *Controversia marítima (Perú c. Chile)*, resuelta por la Sentencia de 27 de enero de 2014, esa era a la postre la conclusión de la Corte, al fundar la existencia de un «acuerdo tácito» en la existencia de ulteriores tratados que presuponían y confortaban («cementing» effect) la existencia de aquel (*ibid.*, pp. 15-16). Sobre el asunto véase asimismo INFANTE CAFFI, M. T., «Peru v. Chile: The International Court of Justice Decides on the Status of the Maritime Boundary», *Chinese JIL*, vol. 13, 2014, pp. 741-762.

⁶⁰ D'ASPROMONT, «The International Court of Justice...», *op. cit.*, p. 8.

“*La Justice est la base de toute Société [...]. Elle est plus nécessaire encore entre les Nations qu’entre les particuliers parce que l’injustice a des suites plus terribles dans les démêlés de ces puissants Corps politiques et qu’il est plus difficile d’en avoir raison*”⁶¹.

41. En suma, frente a los oscuros propósitos denunciados por la diplomacia chilena —la supuesta pretensión de cuestionar la validez del tratado de 1904—, la defensa de Bolivia asumía la inanidad de cuestionar un supuesto derecho de conquista, dada su absoluta validez a la luz del Derecho internacional otrora vigente, sirviéndose para ello del conocido *dictum* acerca del derecho intertemporal formulado por el árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas*⁶². De hecho, la imposible revisión de los hechos anteriores hacía en todo punto invariable el examen de la fundamentación chilena de sus «títulos» sobre el territorio, en el que se conjugan argumentos dudosamente aceptables hoy en día: supuestos incumplimientos convencionales o el recurso a la fuerza⁶³. Por no hablar del sugestivo debate que hubiera podido deparar un examen de los hechos a la luz del principio del *uti possidetis juris*.

42. Por otra parte, era también evidente que Bolivia no pretendió en ningún momento introducir en sus alegatos elementos ajenos al objeto de la controversia, por mucho que tuvieran indudable incidencia sobre el contexto general de la disputa. En tal sentido, es indudable que existía en el «conflicto» —y recalco el término— una «dimensión humana», como habían puesto de relieve diferentes episodios en su decurso⁶⁴; un aspecto que además enfatiza el proclamado derecho humano al desarrollo, evidentemente afectado por los problemas derivados del secular «enclaustramiento» boliviano⁶⁵. No obstante, la futilidad de tal planteamiento no se le escapaba a casi nadie⁶⁶, dado

⁶¹ CR 2015/21, 8 de mayo de 2015, pp. 10-11, párrs. 4-5.

⁶² «*Both Parties are also agreed that a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled*» [Island of Palmas case (Netherlands, EEUU), 4 de abril de 1928, en *Reports of International Arbitral Awards/Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, Nueva York, Naciones Unidas, 2006 (reimpr.), p. 845].

⁶³ Véase el análisis —desde la óptica chilena— en tal sentido del periodo inmediatamente anterior al tratado de 1904 en LAGOS CARMONA, G., «La aspiración marítima de Bolivia (Anotaciones inéditas sobre los títulos históricos y el origen de la Guerra del Pacífico)», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2013, núm. 173, pp. 99-134, así como en ROSS ORELLANA, «La política chilena...», *op. cit.*, pp. 196-200.

⁶⁴ Esa dimensión estaba presente en el giro experimentado por la diplomacia chilena en 1950, con ánimo de satisfacer los intereses de las poblaciones del norte del país, favorables a un acuerdo con Bolivia (al respecto, véase OVANDO SANTANA, C. y GONZÁLEZ MIRANDA, S., «La relación bilateral chileno-boliviana a partir de las demandas tarapaqueñas: aproximación teórica desde la paradiplomacia como heterología», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2014, núm. 177, pp. 35-64, en pp. 51-53).

⁶⁵ Un examen del impacto de la mediterraneidad boliviana desde la perspectiva del desarrollo humano es examinado en VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C., «El problema de los Estados mediterráneos o sin litoral en el Derecho internacional marítimo. Un estudio de caso: el diferendo Bolivia-Perú-Chile», *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. 7, 2006, pp. 421-422, accesible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/205/342>.

⁶⁶ Excepto a DESIERTO, D., «Beyond «Good Neighborliness» in the ICJ 1 October 2018 Judgment in Bolivia v. Chile: Do Human Rights and Sustainable Development Obligate Creating Negotiated Access

que, si bien es cierto que este «factor humano» ha podido tener proyección en algunas decisiones de la jurisprudencia internacional, sigue siendo —como ha destacado M. J. Aznar Gómez— un aspecto circunstancial, y, por ende, incapaz hasta ahora de sustentar *lege lata* una reclamación judicial con incidencia en cuestiones de índole territorial⁶⁷.

43. Siendo evidentes las debilidades inherentes a estos hipotéticos planteamientos, más atención requiere en cambio el examen de una argumentación alternativa a la concretamente desarrollada por la Corte en su sentencia.

6.2. Un tratamiento diferente de la cuestión por parte de la CIJ

44. Desde la perspectiva chilena se ha insistido en que la solución no podía ser otra a menos que la Corte hubiera optado por adoptar un enfoque alternativo, alejado del propiamente jurídico —el Derecho como reglas—, en pos de una visión política —el Derecho como proceso—⁶⁸. En línea con este planteamiento, se ha afirmado que con el fallo la Corte asume que:

«La riqueza de la diplomacia, especialmente en su dimensión de manejo y prevención de controversias, reside en el espacio de intercambio libre y creativo, delimitado por las conversaciones entre interlocutores soberanos dentro de un sistema internacional. La manifestación de intenciones y voluntades en estas instancias debe entenderse exclusivamente como una posibilidad de apertura y transformación, mas de ninguna manera puede considerarse como un compromiso y mucho menos como una obligación. Para sancionar realidades nuevas están los instrumentos formales de la política internacional, especialmente los tratados»⁶⁹.

45. Pero ¿es realmente esto así? Sostener que el único cauce para la creación de obligaciones nuevas se concreta en el recurso a los tratados supone tirar por tierra todos los mecanismos alternativos que posibilitan la creación de obligaciones. En suma, de seguir este planteamiento el art. 38.1 del Estatuto de la CIJ seguiría constituyendo el *sancta sanctorum* del proceso

for Landlocked Bolivia to the Pacific Ocean?», en el blog *EJIL: Talk!*, 4 de octubre de 2018, accesible en <https://www.ejiltalk.org/beyond-the-icj-1-october-2018-judgment-in-bolivia-v-chile-do-human-rights-obligate-negotiated-access-to-the-pacific-ocean/#more-16531>, que desarrolla un prodigioso ejercicio retórico en favor de tal tesis, pero carente del más leve apoyo en el argumentario boliviano ante la Corte. Por otra parte, no está de más recordar la esquivada actitud de la Corte a la hora de abordar las cuestiones relativas a los derechos humanos; puesta aún de manifiesto en la reciente opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, p. 43, párr. 181, accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>.

⁶⁷ Cfr. AZNAR, M. J., «The human factor in territorial disputes», en KOHEN, M. G. y HÉBÉ, M. (eds.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2018, pp. 291-342.

⁶⁸ WINTER IGUALT, L., «Bolivia-Chile: el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2018, núm. 191, p. 93.

⁶⁹ FERNANDOIS, J. y HURTADO, S., «El fallo de la Corte Internacional de Justicia y la política exterior chilena posterior a la Guerra del Pacífico», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2018, núm. 191, p. 90.

nomogenético en el Derecho internacional contemporáneo, lo que es hoy una afirmación absolutamente insostenible⁷⁰.

46. Desde esta perspectiva alternativa, es evidente que el planteamiento rígidamente formalista de la Corte podría haber sido abandonado, en aras a un enfoque más abierto y flexible de las cuestiones planteadas: la supuesta existencia y el contenido de la obligación de negociar un acuerdo a cargo de Chile. Para ello, sin duda hubiera sido necesario que la Corte asumiera la «ambigüedad constructiva» en torno a la cual se habían ido labrando —en los sucesivos contactos diplomáticos— los compromisos en liza⁷¹, para trascender a ella ofreciendo una respuesta que hubiera conducido posiblemente en otra dirección. No ocultamos, sin embargo, que esta orientación habría supuesto el que la Corte abandonara el enfoque férreamente voluntarista que ha guiado su aproximación al caso en aras de un planteamiento objetivista en el que la incidencia del principio estructural de buena fe hubiera cobrado todo su sentido, extrayendo las oportunas conclusiones de ello.

47. Ciertamente, la disyuntiva entre uno y otro enfoque no es una cuestión nueva, sino un fenómeno recurrente, pues, como se ha advertido, en el seno de la Corte persiste el:

«Clivage entre une approche objectiviste —qui pourrait mener à interpréter simplement les conditions existantes pour multiplier les engagements des États et ainsi élargir la portée du droit international— et une approche volontariste —très soucieuse du respect de la souveraineté des États—, et par conséquent cramponnée à une interprétation plus restrictive des déclarations susceptibles de faire naître de nouvelles obligations juridiques à son encontre»⁷².

48. Teniendo esto presente, conviene plantearse seriamente si la dicotomía establecida por la Corte entre compromiso político y obligación jurídica como dos mundos absolutamente separados resulta conforme con la realidad. Ciertamente, es indudable que los compromisos meramente políticos existen y que los Estados, además de recurrir asiduamente a ellos, adoptan toda serie de cautelas con miras a prevenir cualquier confusión y atisbo de juridicidad. Ahora bien, de ahí a afirmar la imposible coexistencia entre compromisos políticos y jurídicos —por no hablar de zonas grises— media un abismo. En este orden, cabe recordar, de un lado, la separabilidad de las cláusulas de un tratado, en atención a su contenido jurídico o político, como revelan en muchas ocasiones los tratados políticos —de los que habla, p. ej.,

⁷⁰ Una opinión que compartirán sin duda algunos autores especialmente versados en el tema. En tal sentido, repárese en el título de un curso a impartir por JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Superando el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: *soft-law*, acuerdos políticos y otras normas del montón. Reflexiones desde postulados democráticos», en los *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz de 2019*.

⁷¹ Con ello aludimos a la habitual táctica de los negociadores de introducir expresiones confusas susceptibles de interpretación desde diferentes vertientes, incluso antagónicas (al respecto, KULICK, A., «From Problem to Opportunity?: An Analytical Framework for Vagueness and Ambiguity in International Law», *GYIL*, vol. 59, 2016, p. 283).

⁷² CORTÉN, O., DUBUISSON, F., KOUTROULIS, V. y LAGERWALL, A., *Une Introduction critique au Droit International*, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, pp. 393-394.

nuestra Constitución en su art. 94.1.a)— en los cuales es factible identificar disposiciones de una u otra naturaleza.

49. Abundando en estas ideas, A. Remiro Brotóns advertía en sus alegatos:

«Un accord pour négocier est un engagement juridique habituel. La pratique et la jurisprudence offrent une panoplie d'accords permettant de mener des négociations sur les sujets les plus divers. Derrière la décision de négocier existe une volonté politique. Certes. Et avec la négociation, il s'agit de satisfaire des objectifs qui peuvent aussi être qualifiés de politiques, puisque sont politiques les acteurs, les programmes et les fins, liés à la satisfaction des intérêts propres des parties. Bien sûr. Mais cela n'implique pas que l'accord pour négocier soit uniquement politique et qu'il sorte du domaine du droit. Lorsque les parties sont d'accord pour négocier, elles se garantissent mutuellement —et c'est là le point essentiel— une certaine conduite dans le cadre d'un processus qui entre sans équivoque dans le domaine du droit international»⁷³.

50. De hecho, de no mediar la tajante distinción propugnada por la Corte, aquel acuerdo hubiera podido conformar un *pactum de contrahendo* entre las partes, del que los ulteriores —incluidos los especialmente relevantes concertados en 1975— no serían sino meros desarrollos.

51. En efecto, respecto a esto último, cabe cuestionar la visión monolítica de la Corte a la hora de exigir en último término su concreción a través de un nítido compromiso convencional. Es cierto, y la práctica reciente lo corrobora, que son los tratados el cauce habitual para su formulación⁷⁴, pero ello no excluye la posibilidad de que la obligación de negociar se concrete por otros cauces más informales de concertación. En este sentido, la doctrina española ha venido insistiendo en otras posibles fuentes para su creación y, particularmente, en el papel que pueden jugar los actos de las organizaciones internacionales invitando a las partes a negociar⁷⁵. En tal sentido, no tiene nada de extraño que Bolivia sostuviera ante la Corte la posibilidad de que también algunas resoluciones de la OEA hubieran tenido por efecto el crear una obligación a cargo de las partes en el sentido de desarrollar una negociación que abocara a un acuerdo acerca de la solución del diferendo. En este caso, conviene advertirlo no se trataría tanto de que las resoluciones tuvieran

⁷³ CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, p. 19, párr. 20. Y concluía, con una rotundidad esperable en el «climax» de su intervención: «Selon le Chili, les notes de juin 1950 n'étaient autres que "differing diplomatic expressions of what each State thought would be politically acceptable". Si nous acceptons ce que le Chili maintient, il n'existerait pas de note diplomatique en mesure d'établir un accord juridique. Monsieur le président, la langue classique des échanges diplomatiques n'est pas incompatible avec la souscription d'obligations juridiques» (*ibid.*, párr. 21. La expresión entrecomillada procede, de nuevo, de REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 366).

⁷⁴ En tal sentido, los arts. 4, 7, 13 y 14 del Acuerdo de París sobre cambio climático, de 15 de diciembre de 2015 (UNTS, 4 de noviembre de 2016, núm. 54113), son un buen exponente de ello. Al respecto, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos», *REDI*, vol. 70, 2017, núm. 1, pp. 35-37.

⁷⁵ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho internacional público*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 184.

per se tal efecto (intrínseco)⁷⁶ —lo que es en sí una posibilidad remota, si se excluyen las consabidas resoluciones del CS en el marco del capítulo VII de la Carta— cuanto que la coetánea y ulterior conducta de las partes le asignara un valor jurídicamente vinculante (efectos extrínsecos)⁷⁷.

52. En otro orden de cosas, la obligación de negociar puede derivarse de una declaración unilateral de contenido obligatorio, en los términos y con las características expresadas por la propia Corte Internacional de Justicia en los asuntos de los *Ensayos Nucleares*. Y poco importa que la declaración tenga o no un destinatario preciso: a decir verdad, *a maiore*, la capacidad de un Estado para asumir compromisos de esta naturaleza se acentúa cuando se efectúa en relación con un concreto destinatario, dado que acrece su capacidad real de llevarla a cabo⁷⁸. En tal sentido, la defensa boliviana hizo valer —recurrente e infructuosamente— la interpretación que en tales términos —caracterizada como una «promesa unilateral»— habían efectuado significativos autores de la doctrina chilena —alguna presente en el procedimiento— de la nota de 19 de diciembre de 1975⁷⁹.

53. Por lo mismo, el acto unilateral no se debilita a fuer de reiterarse en sucesivos momentos —bien al contrario, *repetita iuvat*— siempre y cuando su objeto se revele inequívoco en el rosario de declaraciones efectuadas. En este sentido, como advertía P. Akhavan en su alegato a favor de Bolivia:

*«Chile consistently declared that it would negotiate an end to Bolivia's land-locked situation; it did so expressly unlike the ambiguous undertakings of France, and it did so not for just a few months, but for 100 years! The Nuclear Tests precedent should leave no doubt that Chile is bound by its own declarations. Any other conclusion would be a departure from the Court's jurisprudence»*⁸⁰.

54. Por otra parte, es indudable que el comportamiento de los Estados, merced a hechos concluyentes establecidos a través de las diferentes instituciones que lo formalizan —p. ej., acuerdos tácitos, aquiescencia o *estoppel*— ofrece la posibilidad de conformar a lo largo de un periodo de tiempo una

⁷⁶ Como sostenía por Bolivia A. Sanders (CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, pp. 33-35, párrs. 14-22).

⁷⁷ Sobre la distinción conceptual y sus diversas implicaciones, véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. y GONZÁLEZ VEGA, J. A. (col.), *Sistema de Derecho internacional público*, 5.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2018, pp. 221-224.

⁷⁸ La cuestión del destinatario ya había suscitado discusión en el curso de los trabajos de codificación de la materia en el seno de la CDI, habida cuenta de las cautelas que había formulado la CIJ en su decisión en el asunto de las *actividades militares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) fondo*, Sentencia de 27 de junio de 1986, *ICJ Reports 1986*, p. 132, párr. 261. Al respecto, véase CASTILLO, L. DEL, «Comentarios sobre el derecho internacional de los actos jurídicos unilaterales», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. I, Córdoba (R. Argentina), Drnas-Lerner Editores, 2002, p. 50. En todo caso, el principio 6.º finalmente adoptado admite la diversidad de alternativas (cfr. principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario CDI*, vol. II, segunda parte, 2006, p. 177).

⁷⁹ Se trataba de la aportación de DÍAZ ALBÓNICO, R., INFANTE CAFFI, M. T. y ORREGO VICUÑA, F., «Les négociations entre le Chili et la Bolivie relatives à un accès souverain à la mer», *AFDI*, vol. 23, 1977, pp. 343-356; en concreto en pp. 352-353.

⁸⁰ CR 2018/7, p. 46, párr. 11 *in fine*.

obligación de negociar⁸¹, siempre y cuando —bien es cierto— no se aprecie un desistimiento por parte de una de ellas⁸². Y es que, si desde luego puede tener por efecto crear, modificar o extinguir derechos en una relación bilateral, ¿cómo no ha de poder establecer la obligación de alcanzar un resultado concreto a través de una negociación, permitiendo a la postre alterar las relaciones jurídicas entre las partes? En tal sentido, a la hora de abordar los exponentes de la conducta chilena y sus eventuales implicaciones sobre la posición boliviana, resulta obvia la largueza con la que se conduce la Corte; baste citar dos exponentes de ello: de un lado, el silencio chileno frente a la declaración núm. 4 adjuntada a la firma de la Convención de Derecho del Mar en 1984, que es tildado de irrelevante en el marco de la controversia:

*«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 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»*⁸³.

55. La supuesta vaguedad del contenido de la declaración, inhábil por consiguiente para mover a una reacción por parte de Chile, contrasta, sin embargo, con la actitud chilena, que refiere la propia Corte, cuando advierte que el cese de las conversaciones entabladas muy posteriormente —en 2011— vino motivado, *inter alia*, por la exigencia chilena de «modificar la disposición de la constitución boliviana relativa al derecho de acceso de Bolivia al océano Pacífico»⁸⁴; una declaración —como hemos tenido ocasión de advertir— de un tenor genérico⁸⁵. Tratándose en ambos casos, de declaraciones que en ningún caso aluden a Chile: ¿Cómo cabe conciliar el previo silencio y la ulterior exigencia chilenas?

56. Por otra parte, conviene reparar en la falta de crédito que la Corte concede a las legítimas expectativas, so pretexto de constituir exponentes sec-

⁸¹ *Ibid.*, pp. 48-52, párrs. 18-34.

⁸² Cfr. intervención de M. Forteau, en la que niega la existencia de tal desistimiento por parte de Bolivia (CR 2018/7, 20 de marzo de 2018, pp. 54-57, párrs. 4-12) y que ve en los sucesivos actos, no hitos puntuales, sino la expresión de un proceso continuado (*ibid.*, pp. 58-63, párrs. 13-27).

⁸³ Sentencia..., p. 42, párr. 152. En este caso frente a la alegación boliviana de que su declaración hubiese requerido una respuesta por parte de Chile (*ibid.*, p. 47, párr. 150), este Estado replicaba que «in a diplomatic context there can be no requirement incumbent on a State to answer all the statements made by counterparts in an international forum. With regard to Bolivia’s statement upon its signature of UNCLOS, Chile argues that this declaration did not call for any response by Chile» (*ibid.*, párr. 151). A nuestro juicio, resulta difícil aceptar que, a la luz de los hechos, en una instancia multilateral de tanta trascendencia, sea innecesaria una respuesta, máxime si, como veremos *infra*, Chile actuaría de otro modo más adelante (véase *infra*, párr. 55).

⁸⁴ «During a meeting on 28 July 2011, the President of Chile, Mr. Piñera, reiterated to his Bolivian counterpart, Mr. Morales, the terms of his proposal based on the three following conditions: the compliance with the 1904 Peace Treaty, the absence of grant of sovereignty and **the modification of the provision of the Bolivian Constitution referring to the right of Bolivia to an access to the Pacific Ocean**. Given the divergent positions of the Parties, the negotiations came to an end, as the statements of 7 June 2011 of the Heads of the Bolivian and Chilean Legation before the General Assembly of the OAS show» (cfr. Sentencia..., p. 31, párr. 83. Negritas añadidas).

⁸⁵ Véase *supra*, párr. 6.

toriales, faltos de acogida en el Derecho internacional general⁸⁶. Ciertamente, somos conscientes de la dificultad que suele encontrar la Corte a la hora de apreciar la existencia de un principio general del Derecho internacional —la larga busca en pos de tal naturaleza respecto del *uti possidetis iuris* así lo prueba⁸⁷; de ahí, la evidente dificultad de asumir siquiera un examen tentativo —por lo novedoso— de la alegación expuesta por Bolivia. No obstante, tratándose del acomodo de un principio con un indudable basamento procesal y con un indiscutible fundamento en el principio estructural de buena fe⁸⁸, y en donde entra en juego el natural proceso de «hibridación» (*cross fertilization*) entre desarrollos surgidos de otras jurisdicciones internacionales⁸⁹, la respuesta negativa —ante todo por su extremo laconismo— resulta un tanto decepcionante.

57. Finalmente, merece atención la consideración del conjunto de elementos (secuencias o acumulación de elementos) que conformaban la pretensión boliviana, descartada como hemos visto simplistamente por la Corte. En este orden, sin duda merece atención la reflexión que formula el Juez *ad hoc* Y. Daudet en su opinión disidente:

«Je regrette que la Cour ait, dans ce même paragraphe, rejeté la thèse de la Bolivie au motif qu'aucune obligation n'étant née de l'un quelconque des fondements qu'elle a invoqués pris isolément, "le fait de les considérer cumulativement ne saurait modifier ce résultat", suivant en cela la thèse du Chili résumée par l'un de ses conseils par la formule imagée "0 + 0 + 0 = 0". Exact en arithmétique, le résultat de cette addition ne l'est pas nécessairement en droit international, lequel n'est pas une science exacte mais une science sociale que l'application de ses règles ne se fait pas de manière mécanique. Or, ici, la Cour, à trop vouloir sauvegarder l'intégrité des principes régissant la négociation et la pureté de l'obligation de manière à éviter

⁸⁶ No es menos cierto que «las expectativas» de «otros sujetos» eran evocadas en los mencionados Principios rectores de la CDI de 2006 al valorar la exigibilidad jurídica de las declaraciones unilaterales (cfr. Preámbulo, *op. cit.*, p. 177), descartando en tales casos una posible revocación (cfr. RODRÍGUEZ CEDEÑO, V., «De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido», *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, 2008, núm. 1, p. 100). Además, también la noción de protección de las «expectativas» está presente en el concepto de *estoppel* (JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, Dilex, 2002, p. 262; MANERO SALVADOR, A., «Hacia una definición de acto unilateral del Estado», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, mayo 2007, núm. 9, p. 456, n. 4).

⁸⁷ Al respecto, véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. L., «*Uti possidetis*»: la reactualización jurisprudencial de un viejo principio», *REDI*, vol. 40, 1988, núm. 2, pp. 121-152.

⁸⁸ Esa estrecha vinculación es destacada por R. Kolb, quien no duda en caracterizar como expresión de la tutela de las legítimas expectativas —en tanto que fuente para la creación de obligaciones— diversos exponentes, acogidos en el marco de la aquiescencia y el comportamiento de los Estados (cfr. KOLB, R., «Principles as sources of International Law (with special reference to Good Faith)», *NILR*, vol. 2006, pp. 20-24). En todo caso, el principio de buena fe no ha encontrado una proyección significativa en el discurso de la Corte, pese a que las cuestiones planteadas incidían en las diferentes vertientes del mismo, todas ellas exponentes de la racionalidad del comportamiento de los Estados que le es consustancial (al respecto, véase LINDERFALK, U., «What are the functions of the General Principles? Good Faith and International Legal Pragmatics», *ZaöRV*, vol. 78, 2018, pp. 29-31).

⁸⁹ No se olvide que la noción también encuentra expresión en el «principio de protección de la confianza legítima», operativo en el sistema de la UE.

*tout engagement survenu sans avoir été voulu, a opté dans ce paragraphe de sa décision pour une application de la règle de droit largement indifférente aux réalités historiques et politiques de l'espèce comme aux exigences de la morale qui auraient dû permettre de contextualiser la règle*⁹⁰.

58. Y es que la categórica afirmación descalificatoria de la Corte parte, cuando menos, de una errónea apreciación que confirma el carácter ritual —y a la postre vacuo— del «análisis» efectuado por aquella, pues, como se ha advertido: ¿Qué otra cosa sino un cúmulo de ausencias de reacción —carentes por sí solas para crear una obligación jurídica— es en suma la aquiescencia?⁹¹

7. ¡NO, NO ES EL FINAL!: A MODO DE CONCLUSIÓN

59. La clausura del procedimiento judicial en torno a la «reivindicación marítima» boliviana ha supuesto una derrota —casi sin paliativos— para las pretensiones del país andino, ante el tenor de la argumentación desarrollada por la Corte⁹². No obstante, no concluyen con ello los desencuentros entre los países vecinos. De un lado, porque las controversias entre Bolivia y Chile no han hecho más que aflorar, como revela la *controversia sobre el estatuto y uso de las aguas del Silala (Chile c. Bolivia)* sometido por Chile a la CIJ en junio de 2016⁹³. De otro, porque el cierre del episodio judicial de la reivindicación marítima boliviana augura nuevos frentes en los que Bolivia podría proseguir su estrategia.

60. En este orden, en la pasada conmemoración del «Día del Mar», el 23 de marzo de 2019, el Presidente boliviano, E. Morales, se declaraba dispuesto

⁹⁰ Cfr. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-04-FR.pdf>, p. 8, párt. 42.

⁹¹ Cfr. ALOUPI, «Arrêt sur le fond du 1er octobre...», *op. cit.*, pp. 995-996.

⁹² Siguiendo a A. Remiro, resulta difícil sostener «una victoria moral» en el caso, dado el peso abrumador de la mayoría; empero —y de ahí el «casi»— asumimos el valor «autoritativo» de los argumentos de la exigua minoría disidente (cfr. REMIRO BROTONS, «La asesoría jurídica...», *op. cit.*, p. 368).

⁹³ Demanda registrada el 6 de junio de 2016, accesible en <https://www.icj-cij.org/files/case-related/162/162-20160606-APP-01-00-EN.pdf>, que tiene por objeto reivindicar la naturaleza internacional de ese curso de agua [al respecto, véase CAFLISCH, L., «The contemporary Law of International Watercourses: Some aspects and problems», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 28, 2018, p. 314; CEPI, N., «Las relaciones de Bolivia y Chile en la actualidad: una agenda más allá de las disputas», *INNOVA Research Journal*, vol. 2, 2017, núm. 9, pp. 53-67 (accesible en <file:///C:/Users/Powertrot/Downloads/Dialnet-LasRelacionesDeBoliviaYChileEnLaActualidad-6128453.pdf>); GRECO, R., «The Silala Dispute: Between International Water Law and the Human Right to Water», *QIL, Zoom-in*, 2017, núm. 39, pp. 23-37; LLANOS MANSILLA, H., «El caso del río Silala o Siloli: diferendo chileno-boliviano», *AHLADI*, vol. 21, 2013, pp. 339-365; MESHEL, T., «What's in a name? The Silala waters and the applicability of international watercourse law», *QIL, Zoom-in*, 2017, núm. 39, pp. 5-22; ROSSI, C. R., «The transboundary dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor», *Stanford JIL*, vol. 53, 2017, pp. 55-87]. Por otro lado, conviene no olvidar el señero problema fronterizo del río Lauca, que propició una crisis significativa en sus relaciones mutuas en los años sesenta, apaciguado —aunque no resuelto— en 1975 (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Viejos problemas y nuevos elementos: la discusión sobre el territorio en América», en DRNAS DE CLÉMENT, *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro...*, *op. cit.*, vol. I, p. 223), y reincorporado en 2010 a la agenda boliviano-chilena (al respecto, GONZÁLEZ, S., ROSS, C. y OVANDO, C., «La cuestión del río Lauca» desde la perspectiva multiescalar: ¿Un juego de suma cero de las diplomacias boliviana y chilena?, *Diálogo Andino*, 2016, núm. 51, pp. 57-72, accesible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n51/0719-2681-rda-51-00057.pdf>).

a asumir «la invocación de la Corte para buscar el diálogo bilateral con Chile, para proseguir con los intercambios a fin de encontrar la fórmula que dé solución a este asunto pendiente de interés mutuo», al tiempo que avanzaba otros frentes de negociación orientados tanto a profundizar en la mejora de las condiciones de tránsito y acceso desde y hacia los mares, en instancias regionales y bilaterales, de conformidad con la Convención de derecho del mar, como a mejorar las condiciones de acceso a los puertos chilenos, así como a la diversificación de las vías de acceso al océano Pacífico, entre otros⁹⁴.

61. Desde esta perspectiva, qué duda cabe que diferentes opciones barajadas en el pasado pueden cobrar nueva vida: ya se trate de la dinamización de los acuerdos sucesivamente concertados con Perú, de la mejora de las condiciones de acceso al puerto chileno de Arica —incorporando acaso la previamente ensayada fórmula «gas por mar»—⁹⁵ o incluso de una futura entente trinacional entre Bolivia, Chile y Perú en relación con la gestión de un posible espacio común⁹⁶, entre otras. En cambio, más difícil parece alcanzar una solución en un marco multilateral para avanzar en una hipotética mejora del estatuto de los Estados sin litoral plasmado en la Convención de 1982 sobre derecho del mar, dado que el régimen pactado entonces —pese a los años transcurridos— parece ser, a la luz de los datos de la práctica —restrictiva por lo demás—, el máximo aceptable para los Estados ribereños⁹⁷.

62. Pese a tales dificultades, lo que es seguro es que ni la presente ni futuras derrotas acallarán la pretensión boliviana «en busca del esquivo mar», porque, como afirmara Benedetti, «la nostalgia del mar no tiene fin»⁹⁸.

RESUMEN

EN BUSCA DEL ESQUIVO MAR: LA CONTROVERSIA BOLIVIA-CHILE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Se aborda en este artículo el examen de la controversia entre Bolivia y Chile sobre la obligación de negociar un acceso al océano Pacífico, centrándose en la decisión dictada

⁹⁴ «Gobierno buscará soberanía marítima con cuatro acciones», en *Noticias FM Bolivia*, 24 de marzo de 2019, accesible en <https://fmbolivia.com.bo/gobierno-buscara-soberania-maritima-con-cuatro-acciones/>.

⁹⁵ Sobre la cuestión, véase BONNEFOY, P., «Gas por mar», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 2013, núm. 174, pp. 15-25, así como SOTILLO LORENZO, «Bolivia. La vía pacífica en su búsqueda de acceso...», *op. cit.*, pp. 826-829.

⁹⁶ Sobre tal posibilidad, véase CARRIER, A., TÉLLEZ, E. y VILLAMIZAR, F., «Solución a la mediterraneidad de Bolivia: una propuesta desde Chile», *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 8, enero-junio 2013, núm. 1, pp. 235-266, accesible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92729194011>, así como otras alternativas esbozadas en LÖWENTHAL, P., «La demanda marítima de Bolivia y la integración subregional: el Acta de Lovaina», *Agenda Internacional*, año XIII, 2007, núm. 24, pp. 49-65.

⁹⁷ TUERK, H., «Landlocked and geographically disadvantaged States», en ROTHWELL, D. R., OUDE ELFERINK, A. G., SCOTT, K. N. y STEPHENS, T. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, Oxford UP, 2015, p. 344.

⁹⁸ BENEDETTI, M., «Un boliviano con salida al mar», en *Despistes y franquezas*, Buenos Aires, Ediciones la Cueva, 1989, p. 64.

en cuanto al fondo del asunto en la Sentencia de 1 de octubre de 2018. En él se analizan previamente los planteamientos desarrollados tanto por Bolivia como por Chile en las sucesivas fases del procedimiento y se incide en la delimitación del objeto de la controversia efectuado por la Corte en su previa decisión sobre admisibilidad (excepción preliminar) de 24 de septiembre de 2015. Tras lo cual el análisis de la decisión de 2018 revela un enfoque de la Corte plegado a un formalismo y a una concepción voluntarista del Derecho internacional, incapaz de extraer la más leve significación jurídica de los numerosos intercambios diplomáticos entre las partes a lo largo de casi un siglo de contactos. Frente a ello se defiende que una aproximación más flexible a los elementos del caso, prestando la debida atención al principio de buena fe, hubiera podido extraer unas conclusiones diametralmente opuestas y el consiguiente reconocimiento de una obligación jurídica a cargo de Chile.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Bolivia-Chile, reivindicación marítima, *pactum de contrahendo*, obligación de negociar, buena fe.

ABSTRACT

IN SEARCH OF THE ELUSIVE SEA: THE BOLIVIA-CHILE DISPUTE BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

This article addresses the study of the dispute between Bolivia and Chile regarding the *obligation to negotiate an access to the Pacific Ocean*, focusing on the judgment on the merits of 1 October 2018. It starts by considering the stands taken by both Bolivia and Chile in the successive phases of the procedure, leading to the defining of the object of the controversy made by the Court in its previous decision on admissibility (preliminary objection) of 24 September 2015. Further, the analysis of the 2018 judgment reveals a Court's approach inspired by a formalist and voluntarist conception of International Law, unable to overlooking the slightest legal significance of the numerous diplomatic exchanges between the parties over almost a century of contacts. Contrary to this angle, it is argued that a more flexible approach to the elements of the case, paying due attention to the principle of good faith, might have drawn diametrically opposed conclusions and the consequent recognition of a legal obligation incumbent to Chile.

Keywords: International Court of Justice, Bolivia-Chile, maritime claim, *pactum de contrahendo*, obligation to negotiate, good faith.

