

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 1 DE OCTUBRE
DE 2018 EN EL CASO DE LA *OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR
UN ACCESO (SOBERANO) AL OCEANO PACÍFICO
(BOLIVIA C. CHILE)*

*COMMENTS ABOUT THE JUDGEMENT OF 1 OCTOBER 2018
OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
ON THE CASE OBLIGATION TO NEGOTIATE ACCESS
TO THE PACIFIC OCEAN (BOLIVIA V. CHILE)*

Antonio REMIRO BROTONS*

SUMARIO: 1. PRELIMINARES.—2. LA DEMANDA BOLIVIANA.—3. LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR.—4. EL *PREJUICIO* DE LA CORTE.—5. EL CANJE DE NOTAS DE 20 DE JUNIO DE 1950.—6. EL *MEMORÁNDUM TRUCCO* Y LA NOTA DE RESPUESTA BOLIVIANA.—7. EL PROCESO DE CHARAÑA.—8. LAS PROMESAS DE CHILE.—9. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN.—10. LAS *MIRADAS* DEL DERECHO INTERNACIONAL.—11. LOS PALIATIVOS.

1. PRELIMINARES

1. La mediterraneidad es un hándicap para el desarrollo de cualquier país. En primer lugar, porque le priva de los recursos naturales que, partiendo del principio de que «la tierra domina el mar», entrega a los Estados con litoral, a título de aguas interiores salinas, mar territorial, plataforma continental o zona económica exclusiva. En segundo lugar, porque la interposición de otro Estado soberano entre el mar y el Estado mediterráneo crea

* Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de *l'Institut de Droit International*. Formó parte del equipo de abogados del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*.

una dependencia mucho más costosa que el mero hecho de la distancia de un punto geográfico determinado respecto de la costa accesible más cercana. El Estado mediterráneo no solo ha de cuidar sus relaciones con el vecino marítimo, sino que está a expensas de la virtud de sus políticas de infraestructuras, sociolaborales, fiscales, regulatorias y de servicio público.

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) decepcionó en gran medida las expectativas de los países sin litoral. En relación con los recursos naturales, apenas una mención sometida al arbitrio de los vecinos ribereños sobre el acceso a sus excedentes pesqueros en la zona económica exclusiva¹. El derecho de acceso al y desde el mar y la libertad de tránsito para ejercer sus derechos conforme a la Convención son reconocidos, pero su ejecución se somete a la negociación de acuerdos con los Estados que han de facilitarlos, no sin exigir onerosas compensaciones².

3. Acercando el foco a Bolivia, podríamos señalar cuán diferente es la experiencia de un país que nace soberano sin mar a otro que lo tuvo ¡y en qué medida!, habiéndolo perdido por causa de una guerra de conquista blanqueada mediante un tratado desigual. La ceguera es una desgracia aún mayor cuando es sobrevenida.

4. De ese tratado de paz, suscrito el 20 de octubre de 1904, surgió el régimen particular de tránsito reconocido por Chile a Bolivia. Las dificultades y obstáculos recurrentes de su implementación han sido objeto de minuciosos estudios en este país³; dificultades y obstáculos que, junto con la marca a fuego en el corazón de los bolivianos de la injusticia histórica sufrida, dieron lugar a los movimientos que, con énfasis variable y metas más o menos ambiciosas, hicieron del acceso soberano al océano Pacífico, del *mar para Bolivia*, una seña de identidad, el tatuaje del pueblo boliviano por encima de diferencias étnicas, políticas, territoriales, económicas o sociales.

5. Las páginas que siguen se ocupan de un episodio reciente en la lucha pacífica por la realización de ese acceso soberano mediante una inevitable negociación con Chile, a saber, el procedimiento judicial desarrollado ante la Corte Internacional de Justicia que ha concluido con la Sentencia dictada el 1 de octubre de 2018⁴.

6. La Sentencia de 1 de octubre de 2018 ha sido, ciertamente, decepcionante para Bolivia; el fallo no fue el que deseaba y esperaba. La Corte ha desestimado su petitorio, declarando que Chile no está jurídicamente obligada a negociar un acceso soberano al océano Pacífico para Bolivia. Tres años antes,

¹ Véase art. 69 de la Convención.

² Véanse arts. 124-132 de la Convención.

³ Cabe destacar ahora la obra colectiva *Bolivia, un país privado de litoral: apuntes para un debate pendiente*, coordinada por AGRAMONT LECHÍN, D. y PERES CAJÍAS, J. A., con la colaboración de FLORES ORELLANA, M., GUZMÁN ESCOBARI, A. y FERNÁNDEZ ORTIZ, R., OXFAM/Plural Editores, diciembre de 2016. También, CAMPOS, R. y ROZEMBERG, R., *Estudio sobre los impactos y costos al comercio exterior boliviano relacionados a la conflictividad interna en países de tránsito*, ALADI, febrero de 2017.

⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, ICJ Reports 2018*, p. 507.

la Sentencia de 24 de septiembre de 2015, que rechazó la excepción preliminar planteada por Chile y afirmó la competencia de la Corte para conocer de la demanda boliviana⁵, había sido recibida por la opinión pública en Bolivia con gran alborozo. Luego, la fuerza de sus alegatos orales en la fase de fondo, seguidos en directo con gran expectación, alimentó la ilusión de que la Corte fallaría a favor del punto fundamental de su *petitum*.

7. Al no ser así, la percepción pública de derrota ha alimentado la frustración de la ciudadanía boliviana, tanto como la percepción de victoria se ha derramado sobre los ciudadanos chilenos en una explicable inversión de las sensaciones que unos y otros experimentaron tres años atrás. Los villanos de ayer son héroes hoy, y viceversa, trátense de políticos o abogados, objeto de descalificaciones que han rebasado los límites de la crítica profesional, faltando gravemente a la verdad.

2. LA DEMANDA BOLIVIANA

8. He de señalar que la demanda boliviana fue preparada con sumo cuidado. La advertencia de que se acudiría a una vía judicial fue anunciada en la señera fecha del 23 de marzo de 2011, una jornada conmemorativa de la reivindicación marítima que en Bolivia se celebra cada año. Dos semanas después se creó, muy acertadamente, la Dirección Estratégica (DIREMAR) que había de servirla y se conformó un equipo de abogados que coadyuvó a precisar el objeto de una reclamación judicialmente viable ante la Corte Internacional de Justicia. Si hubo «humo», fue el que se desprendía del fuego alimentado por las previsiones constitucionales del Estado Plurinacional⁶. El primer borrador se fechó el 31 de enero de 2012 y la demanda se presentó, finalmente, quince meses después, el 24 de abril de 2013. No menos de una docena de expertos, antiguos magistrados, profesores y agentes experimentados fueron consultados. En cierto momento DIREMAR planteó a sus abogados un cuestionario de 140 preguntas.

9. El equipo jurídico, finalmente consolidado en marzo de 2013, tenía muy claro que debía respetarse el tratado de paz de 1904, que dispone de una cláusula arbitral para el arreglo de las diferencias que surjan de su interpretación y cumplimiento. Por ahí no se podía ir. Carecía de recorrido solicitar la nulidad del tratado por incompatibilidad con un *ius cogens* sobrevenido,

⁵ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 2015*, p. 592.

⁶ Art. 267 y DT 9.^a de la Constitución de 2009. Conforme al primero: «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». De acuerdo con la segunda: «Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, este denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución».

la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza y descarta la conquista como título de adquisición de la soberanía, o su terminación, sea por un incumplimiento grave de Chile o por un cambio fundamental de circunstancias.

10. Por otro lado, se contaba con un bagaje impresionante de acuerdos y declaraciones en que, a lo largo de cien años, Chile prometía y se comprometía con Bolivia a atender sus anhelos de acceso soberano al océano Pacífico con independencia de este tratado. Se estimó que, una vez que en 2011 el Presidente de Chile, Sr. Piñera, se cerraba en banda a dicha posibilidad, una forma de salir del callejón sin salida era plantear ante la Corte la obligación jurídica asumida por Chile, mediante tales acuerdos y declaraciones, de negociar ese acceso.

11. Fue la estrategia correcta porque era la única posible para tratar de lograr el objetivo perseguido. La alternativa, en términos judiciales, era no hacer nada. Conformarse con la nota remitida al secretario de la Corte el 8 de julio de 2011 para hacer visible extrajudicialmente la posición e intereses de Bolivia como tercero en el procedimiento abierto por Perú contra Chile en relación con su frontera marítima, entonces en curso⁷.

12. Bolivia solicitó de la Corte, en su demanda de 24 de abril de 2013, una declaración modesta, un pequeño paso en la buena dirección para la solución del contencioso, a saber, que afirmara que Chile tenía la obligación de negociar con Bolivia su acceso soberano al océano Pacífico. Y avaló su solicitud con decenas de documentos que probaban el compromiso y la promesa. Siempre se fue consciente de que: 1) la Corte tenía jurisdicción sobre el objeto de la demanda tal como había sido formulada, y 2) el fondo del asunto era una cuestión muy abierta.

13. Se dice popularmente que, cuando no hay puentes, quien no se moja no cruza el río. Al depositar en la Secretaría de la Corte la demanda contra Chile, Bolivia asumía el riesgo de que la Corte rechazara su petitorio. No faltaron abogados que desaconsejaron la acción y propusieron ir por la vía del arbitraje de las diferencias sobre la aplicación del tratado de paz de 1904. Pero esta vía (que es objeto de una reserva expresa en la demanda a la Corte y puede seguirse en cualquier momento) hubiera supuesto orillar el reclamo del acceso soberano al océano Pacífico, marginado la única vía posible para dar cabal cumplimiento dentro del orden internacional a los preceptos de la Constitución de 2009 y supuesto el abandono de compromisos políticos asumidos con el pueblo boliviano. Se consideró que *no ganar* no implicaba inevitablemente *perder*; que la demanda en sí y la evacuación de un largo procedimiento favorecerían por sí mismos la causa boliviana. Veamos por qué.

⁷ En esa fecha el procedimiento escrito estaba prácticamente concluido; de hecho, la Dúplica de Chile se depositó tres días después, el 11 de julio de 2011. La nota de Bolivia no fue reproducida en la página web de la Corte. La diferencia marítima entre Perú y Chile fue objeto de la Sentencia de 27 de enero de 2014 [*Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, ICJ Reports 2014, p. 3].

14. Bolivia se encontró con el regalo de la excepción preliminar planteada por Chile oponiéndose a la jurisdicción de la Corte para conocer de la demanda. Ganar este punto fue muy beneficioso para Bolivia. En mi opinión, Chile se equivocó estratégicamente al plantear dicha excepción y no creo que fueran sus abogados quienes lo recomendaran. Bolivia no solo había ratificado el Pacto de Bogotá el 9 de junio de 2011⁸, sino que había cuidado de retirar la reserva a su aplicación, adjunta al instrumento de ratificación, reserva que, objetada por Chile⁹, habría supuesto un incordio de haber sido mantenida.

15. A Chile le habría ido mejor yendo directamente al fondo del asunto. Entre otras cosas porque la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 neutralizó definitivamente el argumento de Chile de que el tratado de paz de 1904 había resuelto todos los problemas pendientes y hacía inviable por sí mismo la consideración de la demanda boliviana.

16. Por otro lado, la narrativa histórica está ahora incorporada a las actas de la Corte y en la misma Sentencia de 1 de octubre de 2018 la Corte observa expresamente (párr. 175) que a la luz del contexto histórico y fáctico, que el fallo refleja ampliamente (párrs. 16-83), las relaciones entre Bolivia y Chile se caracterizan desde hace mucho tiempo por un diálogo, intercambios y negociaciones dirigidas a encontrar una solución adecuada al enclaustramiento de Bolivia originado por la *guerra del Pacífico* y el tratado de paz de 1904.

3. LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR

17. La Sentencia de 1 de octubre de 2018, sustentada por 12 de los 15 jueces que participaron en su deliberación y votación, se alinea con la tesis chilena, según la cual ninguno de los documentos aportados y conductas invocadas por la demandante probaba que Chile hubiera asumido la obligación jurídica de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Nunca fue intención de Chile, se dijo, obligarse en derecho.

18. Conviene señalar que la demanda de Bolivia se basó fundamentalmente en la existencia de una obligación jurídica incorporada en acuerdos bilaterales, recurriendo a los actos unilaterales solo como fuente complementaria de la obligación y fiando en ella, sobre todo por la vía de su acumulación a lo largo de un prolongado periodo de tiempo. Los otros fundamentos jurídicos invocados, a saber, la aquiescencia, el *estoppel* y las expectativas legítimas, tenían un carácter secundario.

19. En el procedimiento, por otro lado, Bolivia consideró útil extenderse en la referencia a los arts. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas y 3 de la

⁸ Ley núm. 103, de 7 de abril de 2011.

⁹ El depósito de la objeción chilena a la reserva boliviana se produjo el 15 de junio de 2011, a los seis días del depósito del instrumento de ratificación del Pacto de Bogotá por Bolivia. El gobierno boliviano comunicó al depositario del Pacto la retirada de la reserva mediante nota verbal el 10 de abril de 2013. Estos documentos pueden consultarse en la página web de la OEA.

Carta de la Organización de Estados Americanos para, con independencia de la obligación de negociar el acceso soberano originada y cristalizada mediante acuerdos —algunos de los cuales se inducían del proceso de elaboración de ciertas resoluciones de la Asamblea General de la OEA— subrayar que las Partes estaban obligadas a negociar para solucionar pacíficamente sus diferencias.

20. La Corte dedica algo más de la mitad (párrs. 94-139) de la parte tercera de la sentencia a analizar uno por uno, en orden cronológico, los acuerdos bilaterales invocados por Bolivia como fundamento de la obligación jurídica, para llegar a la conclusión de que ninguno de ellos establece dicha obligación. Luego hace otro tanto con los demás fundamentos alegados, trátase de los actos unilaterales de Chile (párrs. 140-148), de la aquiescencia (párrs. 149-152), del *estoppel* (párrs. 153-159), o de las expectativas legítimas (párrs. 160-162).

21. La sentencia se refiere, luego, al art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas y textos concordantes (párrs. 163-166) y al art. 3 y concordantes de la Carta de la OEA (párr. 167) para continuar con una consideración de las resoluciones de la Asamblea General de esta Organización (párrs. 168-171).

22. La sentencia remata esta parte con una consideración del alcance jurídico de todos los instrumentos, actos y conductas considerados cumulativamente (párrs. 172-174), siempre para confirmar su conclusión anterior.

4. EL PREJUCIO DE LA CORTE

23. En mi opinión, la mayoría del colegio judicial partió de un *prejuicio* y puso luego a su servicio la argumentación que permitía sostenerlo. En este sentido adoptó un patrón de comportamiento más propio de abogados que de jueces. Esta convicción se refuerza cuando se observa el espectacular giro del discurso de la primera parte (párrs. 16-83) y de la segunda (párrs. 84-90) a la tercera (párrs. 91-174). Aquellas alimentan la creencia de que la Corte está sentando las bases que han de permitirle declarar la obligación de negociar de Chile con Bolivia, al demorarse —la primera— en un relato que justifica (párr. 17) en «la importancia del contexto histórico» y fáctico en el asunto que le ha sido sometido y definir —la segunda— bajo la rúbrica de «Consideraciones preliminares», el contenido de dicha obligación. Sin embargo, esa creencia se ve luego radicalmente desmentida, en la tercera, por una demolición de todos los fundamentos jurídicos alegados por Bolivia para sostener su petitorio.

24. ¿El prejuicio?: asumir la *policy* de que los Estados deben conservar la más amplia libertad en sus relaciones; de ahí el lema: *una disposición a negociar no implica una obligación de negociar*. «El hecho de negociar una cuestión dada en un momento determinado no basta para dar nacimiento a una obligación de negociar» (párr. 91). Y su consecuencia: elevar el umbral a partir del cual se identifica la intención de obligarse a estratos sidera-

les, a las puertas del Paraíso. De ahí la letanía de negativas a percibir en los acuerdos y declaraciones alegados por Bolivia señal alguna de intención de obligarse en derecho.

25. La mayoría es dogmática en sus razonamientos, elabora poco el discurso, descontextualiza y aísla los documentos que ha de valorar, ignora el papel de la buena fe en la interpretación y establece un muro insalvable entre ese derecho positivo ritualista y extremo que adopta y los principios morales que deben legitimarlo. La Corte, como advierte el Juez *ad hoc* Daudet en su opinión disidente, no ha querido sentar un precedente arriesgándose a abrir caminos inciertos para el tránsito de asuntos posteriores sometidos a su decisión; pero esta prudencia no tenía razón de ser en este caso en el que se contaba con una prueba abundante del compromiso jurídico de Chile¹⁰.

26. Aunque puedo estar de acuerdo con algunos aspectos del fallo, por ejemplo, en relación con la aquiescencia, el *estoppel* o las expectativas legítimas, que siempre fueron elementos de *compañía* del fundamento principal, anclado en los acuerdos y en la acumulación de promesas hechas por Chile a lo largo de un siglo, el que se haya negado la calidad de acuerdo vinculante en Derecho a las notas canjeadas el 20 de junio de 1950¹¹, al subsiguiente *memorándum Trucco* de 1961 y la nota de respuesta de Bolivia de 1962 como renovación del acuerdo y confirmación de la obligación asumida¹², y a las diferentes declaraciones y notas intercambiadas en el proceso de Charaña¹³, es particularmente expresivo de la falta de ponderación y sensibilidad de una mayoría condicionada por el prejuicio del que había partido.

27. Otro tanto cabe decir del tratamiento que la mayoría depara a las promesas y declaraciones hechas y reiteradas durante decenios por los más altos representantes de Chile, negando el efecto jurídico inducido por su acumulación, con independencia del valor que pudiera reconocerse a cada una de ellas.

28. En los párrafos siguientes consideraremos con más detenimiento estos puntos.

5. EL CANJE DE NOTAS DE 20 DE JUNIO DE 1950

29. En relación con el canje de notas de 20 de junio de 1950 la sentencia afirma que este no satisface ninguna de las condiciones que, según el Derecho internacional consuetudinario, reflejado en el art. 13 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, implican consentimiento de las

¹⁰ Párrs. 39-41 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

¹¹ Véanse párrs. 116-118 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹² Véase párr. 119 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹³ Véase párr. 126 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁴ Dispone el art. 13 de la Convención que: «El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

partes a obligarse, pues ni las notas prevén que su canje tendrá este efecto ni, por otro lado, Bolivia —según la Corte— ha facilitado la prueba de que lo habían convenido de otro modo.

30. Añade la sentencia que el canje de notas de junio de 1950 no se conforma con la práctica habitual que se sigue cuando se concluye un acuerdo internacional por esta vía: las notas boliviana y chilena no están redactadas de la misma manera y no reflejan posiciones idénticas, especialmente en lo que se refiere a la cuestión crucial de las negociaciones relativas al acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

31. El canje de notas, concluye la sentencia, no puede considerarse un acuerdo internacional y, en todo caso, si la nota de Chile expresa su disposición a entrar en negociaciones directas, no puede deducirse de ello que haya aceptado una obligación de negociar un acceso soberano¹⁵.

32. Haré la crítica, no con mis palabras, sino con las del Juez Salam, en su opinión disidente: es evidente, conforme al tenor de las notas canjeadas, que los dos Estados consideraban, en el momento de su redacción, que la negociación para concluir un acuerdo que supondría ventajas recíprocas para ambos era la única solución factible para tratar de responder a las aspiraciones de Bolivia. Es, asimismo, evidente, conforme al tenor de las notas, que estas consagraban en los mismos términos el núcleo de su compromiso, a saber, «entrar formalmente en negociaciones directas». Las notas identifican el objetivo de las negociaciones: acordar ventajas recíprocas. Para Bolivia, la obtención de un acceso soberano al océano Pacífico; para Chile, una compensación de carácter no territorial que tenga plenamente en cuenta sus intereses. Es en este contexto y para satisfacer este objetivo que Chile consintió obligarse a negociar con Bolivia.

33. La nota chilena, continúa el Juez Salam, constituía por sí misma una respuesta a la nota boliviana y, en la medida en que reproducía lo esencial de los términos del compromiso propuesto, no puede considerarse, como pretende Chile, como una contrapropuesta que reclamara una respuesta de la parte demandante. Los pasajes citados de las notas canjeadas en 1950, leídos conforme a su sentido ordinario y en su contexto, y habida cuenta de la capacidad de sus redactores para obligar al Estado, deberían haber sido interpretados por la Corte como fundamento de un acuerdo entre las partes sobre la necesidad de negociar la cuestión de la concesión a Bolivia de un acceso soberano al océano Pacífico.

34. Y el Juez Salam concluye: en el contexto de los numerosos intercambios entre las partes sobre la cuestión del enclaustramiento de Bolivia a partir del tratado de 1904, las notas de 1950 cristalizan su *obligación de negociar*¹⁶.

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto, o b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto».

¹⁵ Párrs. 116-118 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁶ Párrs. 8-11 de la opinión disidente del Juez Salam.

35. A su vez, el Juez *ad hoc* Daudet, que comparte este punto de vista, advierte que las notas de 1950 y los documentos sucesivos presentan las características de un acto jurídico y no solo político o diplomático, pues constituyen un conjunto elaborado desde el punto de vista sustancial y fijan el encuentro de voluntades expresadas por personas habilitadas para ello sobre un objeto y un fin común. Las notas boliviana y chilena son actos concordantes y la observación de la Corte de que no han sido formuladas de la misma manera no quita un ápice a la creación de una obligación jurídica. Invocar que el texto de tales notas no es idéntico palabra a palabra para rechazar la tesis boliviana revela un excesivo formalismo, pues ambos textos se refieren a un acuerdo para entrar en negociaciones directas y comparten al mismo objeto de la negociación¹⁷.

6. EL MEMORÁNDUM TRUCCO Y LA NOTA DE RESPUESTA BOLIVIANA

36. La sentencia despacha el *memorándum Trucco*, de 10 de julio de 1961, en cuatro líneas porque, dice, repitiendo ciertas declaraciones contenidas en la nota de 20 de junio de 1950, no crea ni reafirma una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico¹⁸.

37. Seguiré confiando mi crítica a las razones expresadas en las opiniones disidentes de algunos jueces. Al Juez Robinson le parece sorprendente (*surprising*) y asombroso (*astounding*) la actitud de la mayoría, al ignorar la respuesta de Bolivia al *memorándum*, el 9 de febrero de 1962, a pesar de que la menciona en el relato de hechos de la primera parte¹⁹. El Juez Robinson afirma que la mayoría interpreta mal la significación del *memorándum* y de la respuesta boliviana. El *memorándum* no ha de leerse aisladamente, sino conjuntamente con la nota del canciller de Bolivia de 9 de febrero²⁰.

38. Para los Jueces Salam y Daudet el *memorándum Trucco* forma parte de la práctica ulterior que confirma la obligación jurídica de negociar conve-nida mediante el canje de notas de junio de 1950²¹.

39. Haciendo referencia a la respuesta que el ministro de relaciones exteriores de Bolivia dio al *memorándum Trucco* el 9 de febrero de 1962, el Juez Salam señala que, vistos los términos empleados por estos documentos y el contexto en que fueron redactados, ambos deben ser interpretados como renovando un acuerdo de las partes sobre la negociación. El *memorándum* fue comunicado por vía oficial a Bolivia y el hecho de que la nota boliviana se

¹⁷ Párrs. 19-25 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

¹⁸ Párr. 119 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁹ Párr. 56 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

²⁰ Párrs. 64-66 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²¹ Párrs. 12-14 de la opinión disidente del Juez Salam; párr. 25 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

haya demorado seis meses no es, en cuanto tal, obstáculo para el encuentro de voluntades²².

40. Para el Juez Robinson es el *memorándum Trucco*, con la respuesta boliviana de 9 de febrero de 1962, el fundamento mismo de la obligación jurídica de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. El juez jamaiquino se explaya sobre este punto²³. Él cree que la falta de respuesta de Bolivia a la contrapropuesta de Chile de la nota de 20 de junio de 1950 fue subsanada cuando Chile la renovó mediante el *memorándum* y Bolivia la aceptó en su nota del 9 de febrero. Según el Juez Robinson hay entre las notas de junio de 1950, el *memorándum Trucco* de julio de 1961 y la respuesta boliviana de febrero de 1962 una relación simbiótica²⁴.

41. El Juez Robinson se detiene en todos y cada uno de los párrafos que componen ambos documentos, sendas notas diplomáticas, y concluye que tanto por su contenido como por el contexto y las particulares circunstancias en que se produjeron se desprende de ellos inevitablemente la intención de las partes de crear una obligación jurídica. No habría tenido sentido que Bolivia asumiese el enorme compromiso de compensar a Chile a cambio de lograr un acceso soberano al océano Pacífico, si las partes no eran conscientes de que se estaban implicando en la asunción de obligaciones jurídicamente vinculantes. El lenguaje del *memorándum* y de la respuesta boliviana indican que las partes tenían la intención de obligarse; ambas notas constituyen un acuerdo entre las partes de negociar el acceso soberano. Leídas conjuntamente contra el telón de fondo de las notas de 1950 resulta claro que las partes estaban operando sobre la base de un *quid pro quo*, la clase de *quid pro quo* que está en el corazón de la celebración de tratados entre Estados soberanos²⁵.

7. EL PROCESO DE CHARAÑA

42. Estima la sentencia que la redacción de la declaración de Charaña, suscrita el 8 de febrero de 1975 por los presidentes de Bolivia y Chile, considerada en su conjunto, sugiere su naturaleza política. El compromiso de «proseguir el diálogo [...] a fin de buscar mecanismos que permitan resolver [...] los problemas vitales a que se enfrentan los dos países, particularmente el enclaustramiento de Bolivia» no puede constituir —se afirma— un compromiso jurídico de negociar su acceso soberano al mar, que no es siquiera expresamente mencionado. Siendo cierto que los ministros de relaciones exteriores indicaron en su declaración conjunta de 10 de junio de 1977 que «se habían emprendido negociaciones [...] para encontrar una solución eficaz que permita a Bolivia obtener un acceso libre y soberano al océano Pacífi-

²² Párrs. 13-14 de la opinión disidente del Juez Salam.

²³ Párrs. 6 y 52-68 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁴ Párrs. 61-62 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁵ Párrs. 53-63, 66 y 75 de la opinión disidente del Juez Robinson.

co», no lo es menos que los ministros se han contentado con reafirmar «la necesidad de continuar las negociaciones», sin referirse a una obligación de negociar²⁶.

43. El Juez Robinson discrepa radicalmente de la mayoría que sustenta la sentencia. En su opinión, las declaraciones de 1975 y 1977 deben ser leídas conjuntamente y en ellas encontramos el fundamento necesario para un instrumento consensuado expresivo de una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al Pacífico. El Juez Robinson subraya la importancia de las palabras de la declaración de los presidentes: «Han resuelto» es un lenguaje típico de la celebración de tratados, que implica en cualquier caso —se traduzca por *have decided* o por *have resolved*— una decisión expresiva de la intención de establecer una obligación. Cabe presumir que Chile era consciente de ello cuando la incluyó en la colección de tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por otro lado, teniendo en cuenta la historia de las negociaciones entre ambos países es muy razonable concluir, afirma el Juez Robinson, que la referencia en la declaración de 1975 al enclaustramiento de Bolivia era una referencia a la cuestión de su acceso soberano al océano, y que la frase «continuar el diálogo» significaba continuar las negociaciones; la declaración de 1977 despeja cualquier duda al respecto. El carácter vinculante de la declaración de Charaña, señala el juez, es totalmente consistente con el carácter vinculante del *memorándum Trucco* (1961) y la respuesta de Bolivia (1962); incluso hace aún más clara la obligación asumida. Todos ellos, a la luz de su contenido y de las «particulares circunstancias» o contexto en que fueron elaborados, prueban la intención de las partes de crear una obligación de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico y el compromiso de las partes de encontrar mediante negociaciones una estrategia eficaz para alcanzar ese resultado²⁷.

44. Para el Juez Salam la declaración de Charaña demuestra la voluntad de las partes de proseguir las negociaciones a fin de resolver, en particular, el problema del enclaustramiento de Bolivia. El compromiso de Chile, observa el juez libanés, es confirmado por numerosas declaraciones unilaterales, entre las que destaca la carta dirigida por el presidente chileno a su homólogo boliviano el 18 de enero de 1978. Tras considerar los términos en que está redactada, el Juez Salam advierte que el lenguaje empleado por el presidente chileno es, a la vez, más preciso y fuerte que el empleado por el Ministro de relaciones exteriores de Noruega, Sr. Ihlen, en una declaración que la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró una promesa vinculante que la obligaba a no discutir la soberanía de Dinamarca sobre el conjunto de Groenlandia y, *a fortiori*, a abstenerse de ocupar una parte de la misma²⁸.

45. El Juez Salam lamenta que la Corte no haya situado los canjes de notas de 1950 y de 1961-1962 en su contexto histórico y, en particular, que no

²⁶ Párr. 126 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

²⁷ Párrs. 69-71, 76-77 y 92 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁸ Párrs. 15-19 de la opinión disidente del Juez Salam.

haya tenido suficientemente en cuenta la existencia de una causa que impedía a Chile a obligarse a negociar. Si el canje de notas de 1950 representa un acuerdo que consagra la obligación de las partes de negociar a fin de otorgar a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico, los acontecimientos posteriores, del *memorándum Trucco* a la declaración de Charaña, los actos unilaterales de Chile y su participación en ciclos de negociaciones posteriores, constituyen un conjunto de acciones de las que puede deducirse razonablemente la persistencia de esta obligación²⁹.

46. La declaración de Charaña de 8 de febrero de 1975, advierte el Juez *ad hoc* Daudet, mezcla elementos político-diplomáticos y elementos jurídicos, lo que es absolutamente normal. La aceptación por Chile de la obligación de negociar se deduce del hecho del carácter condicional que tiene, respecto de esa obligación, el restablecimiento de relaciones diplomáticas. Esa voluntad común de negociar se expresa sobre un objeto claramente identificado (el enclaustramiento de Bolivia hace referencia al acceso soberano al mar abundantemente tratado en las etapas precedentes), lo que será confirmado en el proceso de intercambios y declaraciones que se siguen hasta 1978, que en su conjunto constituyen un bloque de compromisos, aunque tomados individualmente no todos tienen el mismo alcance jurídico. En este conjunto el Juez Daudet destaca las propuestas y contrapropuestas prácticas y precisas de las partes, que no pueden reducirse a la consideración de meras declaraciones generales de índole política, formuladas sin intención de darles una continuación en una negociación y, por tanto, sin alcance jurídico³⁰.

47. El proceso de Charaña, advierte el juez francés, ha sido denso, pero tomado como un todo tiene una importancia jurídica evidente, pues hace mención inequívoca al acceso soberano de Bolivia al mar y a la voluntad de buscar los medios más apropiados para hacerlo posible, en términos de identificación de territorios en provecho de Bolivia y de intercambios compensatorios en provecho de Chile. Se está, pues, en presencia de una expresión de voluntad de negociar que obliga a Chile. Incluso suponiendo que la declaración de Charaña no estableciese por sí misma un compromiso jurídicamente vinculante, la práctica subsiguiente justificaría el reconocimiento de esa obligación³¹.

8. LAS PROMESAS DE CHILE

48. Creo, asimismo, que la mayoría que determinó la sentencia debió ser sensible al efecto acumulativo de las decenas de manifestaciones de los más altos representantes chilenos en diferentes periodos históricos, manifestaciones que se negó a contextualizar debidamente³². Conviene recordar que, en

²⁹ Párrs. 22-23 de la opinión disidente del Juez Salam.

³⁰ Párrs. 27-32 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³¹ Párrs. 34-35 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³² Véase párr. 174 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

todo caso, la obligación mediante actos unilaterales (a los que la sentencia rinde *lip service*, para a continuación despojarlos de cualquier posibilidad de rendir fruto en el futuro, véanse párrs. 146-148) fue un alegato complementario a la obligación contractual que entiendo, con los jueces disidentes, más que satisfactoriamente probada por Bolivia con base en los instrumentos ya citados.

49. La sentencia rechaza sumariamente que la obligación jurídica de negociar pueda resultar de una acumulación de actos sucesivos de Chile que, en sí mismos, uno por uno, carecen de efecto jurídico. Dicho esto, la Corte considera innecesario considerar si hubo o no continuidad en el intercambio entre las partes³³. La Corte yerra. Es cierto que una ola de mar no socava una roca, pero la socava el oleaje. Es cierto que la fricción de dos astillas no crea el fuego, pero sí lo crea una sucesión continua de fricciones. Es cierto que el cuchicheo entre dos personas no produce el murmullo, pero sí lo produce una concurrencia de susurros.

50. Los Jueces Robinson y Salam no se ocupan de esta cuestión en sus opiniones disidentes, una vez que han verificado la existencia de acuerdos entre las partes que obligarían en derecho a Chile a negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Sí lo hace el Juez *ad hoc* Daudet. La Corte, dice el juez francés, ha optado por una aplicación de la regla de derecho muy indiferente a las realidades históricas y políticas de este caso, así como a las exigencias morales que le habrían permitido contextualizar la regla. La fórmula según la cual $0 + 0 + 0 = 0$, utilizada por uno de los consejeros de Chile y aplicada por la Corte, es exacta en aritmética, pero no lo es necesariamente en Derecho internacional, una ciencia social cuyas reglas no se aplican de manera mecánica. No hay motivo para considerar los actos de Chile aisladamente, pues interesan al mismo objeto y participan de la misma reivindicación, repetida por Bolivia durante más de un siglo, alimentada por un sentimiento de injusticia histórica. Con la esperanza de lograr un resultado positivo, esa reivindicación ha sido formulada de diversas maneras, bajo diversas condiciones y en actos y comportamientos variados que han entrañado, de parte de Chile, respuestas igualmente variadas en contenido e intensidad, procedentes siempre de los máximos responsables de la política exterior. Tales tomas de posición deben ser consideradas en su conjunto y no someterse al mismo régimen que un acto único y aislado que puede ser examinado en sí mismo y fuera de contexto. El Derecho internacional no ignora el efecto de la repetición, incluso la requiere en ocasiones (como, p. ej., tratándose de la protesta) como elemento que permite conferir efecto jurídico a un acto³⁴.

51. Con su decisión, advierte Daudet, la Corte hace descansar su razonamiento en un positivismo particularmente riguroso que, amén de ignorar el efecto acumulativo de los elementos sucesivos invocados por Bolivia, establece una distinción demasiado estanca entre obligación jurídica y obligación

³³ Párr. 174 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

³⁴ Párrs. 2, 4 y 42-43 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

moral o «político-diplomática» allí donde la naturaleza de la obligación de negociar invocada por Bolivia permanece incierta³⁵.

52. Este último punto es particularmente interesante porque permite constatar hasta qué punto la Corte ha prescindido de toda consideración de los aspectos morales y, en particular, del principio de buena fe, al calificar la larguísima serie de documentos aportados por Bolivia para probar la existencia de una obligación jurídica de negociación por parte de Chile de su acceso soberano al océano Pacífico. Lo menos que cabía esperar de un Estado actuando de buena fe, como seguramente lo hacía Chile al alimentar las esperanzas de su vecino con declaraciones que debían conducirlo a la mesa de negociaciones, es que mucho más tarde, delante de la Corte y *ex post*, las presentara como expresiones de mera cortesía diplomática. Admitir la hipótesis —que el Juez Daudet excluye— de que Chile habría caminado cuidadosamente sobre el filo de navaja que separa la promesa político-diplomática de la promesa jurídica, cuidándose muy mucho de caer en ella, plantearía la cuestión de saber si la salvaguarda de la integridad jurídica del procedimiento de negociación, instrumento privilegiado de las relaciones internacionales, justificaría que esas mismas relaciones puedan descansar sin daño sobre comportamientos moralmente discutibles y, por ello, sobre bases poco fiables, cuando se proponen las nociones de buena conducta o de confianza recíproca. Y el juez francés concluye: ciertamente... una intención de negociar no es una obligación de hacerlo, pero es lamentable que la Corte no se haya planteado la cuestión de saber si, cuando una intención se repite a lo largo del tiempo y a menudo por los principales responsables del Estado, la distinción entre la noción de intención y la de obligación puede mantenerse³⁶.

9. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

53. De haber aceptado el primer punto del petitorio boliviano, la determinación del objeto preciso de la obligación habría tenido una gran importancia para la interpretación del fallo. El hecho de que la Sentencia de 1 de octubre de 2018 trate esta cuestión como *preliminar* a la consideración de los fundamentos jurídicos invocados por Bolivia para establecer dicha obligación, y tras un relato de hechos que constata la veracidad de los documentos aportados por la parte demandante, podía alimentar la esperanza de que la Corte estaba preparando el terreno para, a continuación, tras precisar el objeto de la obligación, declarar su naturaleza jurídica. No lo hizo así y, en consecuencia, el debate sobre el objeto ha reducido considerablemente su interés, aunque no es estrictamente doctrinal, pues las consideraciones que se hicieron pueden servir como directrices de futuras negociaciones por impensables que parezcan a corto plazo.

³⁵ Párr. 41 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³⁶ Párrs. 44-48 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

54. Se ha acusado a Bolivia de dispersión argumental en relación con la definición de la obligación cuyo cumplimiento por Chile reclamaba. Yo no hablaría de dispersión. El petitorio de Bolivia no cambió de la demanda a las conclusiones leídas por el agente al término de las audiencias orales³⁷. Lo que sí se matizó fue la descripción de esa obligación, atendiendo a las consideraciones hechas por la Corte en la Sentencia de 24 de septiembre de 2015³⁸ sobre la excepción preliminar planteada por Chile. Bolivia entendió que los jueces daban una gran importancia a precisar este punto y trató de adecuar su alegato al perfil que, conservando el núcleo de sus expectativas, facilitara el respaldo de una mayoría judicial. En definitiva, lo que se expresó es que Bolivia buscaba de la Corte una declaración de que Chile estaba obligada jurídicamente a negociar (conducta) en pos de un resultado (el acceso soberano al océano Pacífico), pero que eso no implicaba la obligación de alcanzar ese resultado. Ese resultado sería el fruto natural de una negociación llevada a cabo de buena fe, lo que implicaba la renuncia por ambas partes a posiciones extremas, la motivación de sus negativas a aceptar las propuestas del otro y la búsqueda de compromisos satisfactorios para ambas.

55. En la Sentencia de 1 de octubre de 2018 la Corte hace amplia referencia a la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 para recalcar que la obligación de negociar alegada por Bolivia no comprende el compromiso de llegar a un acuerdo y que las conclusiones de Bolivia no deberían interpretarse en este sentido³⁹.

56. Considerando, por otro lado, que la expresión «acceso soberano» podía dar lugar a diferentes interpretaciones, la Corte hace expresa referencia a la respuesta de Bolivia a la pregunta formulada por el Juez Owada al término de las audiencias orales consagradas al examen de la excepción preliminar: Bolivia ha precisado que para que haya «acceso soberano» Chile «debía asegurar(le) [...] un acceso al mar que le sea propio y con soberanía, conforme al Derecho internacional». Asimismo, se refiere a su Réplica, en la que precisó que «un acceso soberano existe cuando un Estado no depende de nada ni de nadie para disfrutar dicho acceso» y que «el acceso soberano es un régimen que garantiza un camino ininterrumpido al mar, correspondiendo a Bolivia en exclusiva la administración y control, físico y jurídico, de las condiciones de este acceso»⁴⁰.

57. El Juez Robinson, en su opinión disidente, critica la clasificación de obligaciones en obligaciones de conducta y de resultado, considerando que, aun siendo útil, no abarca el abanico de obligaciones que pueden ser asumidas por los Estados en sus relaciones. Lo más conveniente, dice, es identificar lo mejor posible la concreta obligación consentida por un Estado y decidir

³⁷ Como advierte la Sentencia de 1 de octubre de 2018 (párr. 85).

³⁸ Véanse párrs. 33-35 de la Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

³⁹ Párrs. 84-89 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

⁴⁰ Párr. 90 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

a partir de ahí si la ha incumplido. Entiende el juez jamaicano probada la obligación de Chile de encontrar, mediante negociaciones directas con Bolivia, una fórmula o solución que facilite su acceso soberano al Pacífico (lo que implicaría una cesión territorial). Según el Juez Robinson esto es menos de lo que solicitaba Bolivia de la Corte, a saber, una obligación de negociar a fin de lograr un acuerdo que conceda a Bolivia un acceso soberano pleno al Pacífico, pero está en la mano de la Corte concederlo, pues como esta afirmó en *Libia v. Malta* «la Corte no debe exceder la jurisdicción que le han concedido las Partes, pero debe asimismo ejercerla hasta el límite en que le ha sido concedida»⁴¹.

58. El Juez Salam parte de la base del alcance limitado que tiene, por su misma naturaleza, la «obligación de negociar», lo que explicaría el bajo umbral de persuasión requerido para probar la existencia de la intención de obligarse a negociar, deducible de diferentes índices, el contexto en primer lugar y, más particularmente, la existencia de una causa que justifique esa intención; luego, los términos de los diferentes instrumentos que la reflejan y, por último, la práctica posterior⁴². Entiende el Juez Salam que su conclusión sobre la existencia de una obligación de negociar en este caso es tanto más razonable cuanto es limitado el compromiso consentido. Este no puede ser interpretado en ningún caso como una obligación de resultado, concluye el juez después de haber advertido, a través de la evocación de las diferentes aseveraciones hechas por Bolivia a lo largo del procedimiento, escrito y oral, que el demandante había cultivado una cierta ambigüedad sobre el alcance de la obligación⁴³.

59. A la ambigüedad de la posición boliviana hace también referencia el Juez *ad hoc* Daudet. Al igual que el Juez Salam, Daudet considera que Bolivia, en su demanda, concibió la obligación de Chile como una obligación de resultado, una posición que fue atenuando a lo largo del procedimiento para, en la Réplica, invocar la noción de una *obligación condicional* o *circunscrita*, la de negociar con vistas a alcanzar un acuerdo sobre el objetivo convenido por las partes (el acceso soberano de Bolivia al mar). La idea parece interesante al juez francés, sobre todo desde un punto de vista doctrinal, como una especie de «cursor» que se coloca más allá de la obligación de medio sin llegar a la obligación de resultado. En las audiencias orales, observa Daudet, Bolivia, tanto reiteró esta posición como se pronunció, prudentemente, por una fórmula de mínimos al subrayar la modestia de la demanda boliviana, a saber, que Chile volviera a la mesa de negociaciones. Es evidente, advierte, que cuanto más tienda la demanda a una obligación de resultado tanto más se debilitará la posibilidad de verla satisfecha, pues será preciso verificar con absoluta seguridad que se ha suscrito efectivamente una obligación tan exigente⁴⁴.

⁴¹ Párrs. 7-9 y 78-80 de la opinión disidente del Juez Robinson.

⁴² Párr. 2 de la opinión disidente del Juez Salam.

⁴³ Párrs. 24 y 26-32 de la opinión disidente del Juez Salam.

⁴⁴ Párrs. 49-51 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

60. El Juez Daudet estima que, como propone Bolivia, la obligación que pesa sobre Chile es algo más que una obligación de medio (sin llegar a ser una obligación de resultado), en virtud del objeto claramente definido que persigue la negociación. La noción doctrinal de «obligación vinculada» (*obligation liée*) propuesta por Paul Reuter sitúa el cursor por encima de la obligación de medio y por debajo de la obligación de resultado respondiendo al contexto en el que se sitúa. En el caso presente, elementos dispares de valores jurídicos diversos repartidos a lo largo de un extenso periodo han creado un contexto que habría permitido reconocer la existencia de una «obligación vinculada», abriendo a la Corte la posibilidad de considerar que se encontraba en presencia de una obligación cuyo *objeto* era organizar una negociación con un *objetivo* bien definido, a saber, el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico, acompañado de una justa compensación en provecho de Chile. Esa negociación debía desarrollarse de buena fe, de manera que tuviese sentido; pero el compromiso de negociar no implicaba el de llegar a un acuerdo, señala el juez francés, amparado en una abundante jurisprudencia. Más allá del respeto del principio de buena fe y de sus aplicaciones, domina la libertad de las partes, concluye el juez, lamentando que la Corte no haya aprovechado la ocasión para profundizar en el examen de cuestiones delicadas y poco claras sobre las que se esperaba su palabra⁴⁵.

10. LAS MIRADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

61. En mi opinión, la decisión de la mayoría hubiera sido más plausible si en lugar de negar la condición de acuerdos jurídicamente vinculantes de las notas canjeadas en 1950, intercambiadas en 1961-1962 y las declaraciones y notas de 1975-1977, hubiera girado en torno a su terminación por causa de un fracaso del proceso de negociación en 1978 y la ambigüedad de los términos en que posteriormente se celebraron conversaciones para solucionar el enclaustramiento de Bolivia, sin expresa mención de que esa solución se vinculara con la concesión de un acceso soberano con compensaciones (territoriales o no territoriales).

62. El hecho de que, salvo la breve y enternecedora declaración del Presidente Yusuf, ninguno de los 12 jueces que han conformado la mayoría haya querido escribir una línea para explicar en una opinión separada su posición, reafirma mi opinión sobre el prejuicio a partir del cual está construida la sentencia, pues no cabe duda de que el caso planteaba complejos e interesantes puntos a dilucidar que hubieran consentido a los jueces ser más explícitos en la justificación de su voto, dada la escasa fundamentación, esto es, la parquedad de razonamiento de la posición colectiva expresada en la sentencia.

63. No creo que este fallo de la Corte satisfaga la justicia ni, aun legal, responda a una interpretación de las normas internacionales que deba ser

⁴⁵ Párrs. 52-55 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

compartida. El fallo, si tiene que ver con alguno de los fines que persigue el Derecho, será con el de la seguridad jurídica, al que son tan afectos los miembros del *establishment* siempre preocupados por el mantenimiento de un *status quo* que, probablemente, se produjo a expensas de la *justicia*. Siendo, por otro lado, el Derecho una ciencia social, no exacta, la interpretación de sus normas —que es un arte— juega un papel primordial. La *mirada* del Derecho internacional que Chile propuso y compró una mayoría de los jueces tiene su público; pero caben otras *miradas*, más atractivas para el progreso del Derecho Internacional y la asunción por la Corte de un papel más decidido en la solución de las disputas que se le someten. Son las *miradas* que, en este caso, se reflejan en las opiniones disidentes de los Jueces Robinson y Salam y del Juez *ad hoc* Daudet. Incluso el Presidente Yusuf, si atendemos los párrs. 8 y 9 de su declaración, parece asumir con cierta incomodidad una *mirada*, la de la mayoría, cuyas consecuencias no le dejan buen sabor de boca.

64. La Corte, al fallar, ha fallado, en primer lugar, al sentido de la equidad y, llamémoslo así, de la justicia en una perspectiva histórica. La Corte ha fallado, en segundo lugar, a una concepción progresista en la formación de obligaciones internacionales. La Corte ha fallado, en tercer lugar, a su deber de razonar debidamente sus posiciones, ha estado sobrada de dogmatismo, falta de pericia técnica y sutileza.

65. La Corte, en último término, al fallar, ha fallado al abdicar del papel que le corresponde en la solución de las disputas internacionales. Tratando de salvaguardar la libertad de los Estados en sus relaciones para evitar que un fallo diferente pueda ser un precedente de efectos imprevisibles, ha renunciado a evacuar la tarea fundamental de contribuir a la solución de una disputa centenaria mediante el pequeño, modesto, paso que Bolivia requería de ella.

11. LOS PALIATIVOS

66. Un fallo favorable al primer punto del *petitum* de Bolivia habría dado cobertura a quienes, en Chile, no mañana desde luego, pero tal vez más adelante, estuviesen dispuestos a negociar el acceso soberano para solucionar pacíficamente una disputa secular preservando la paz, la seguridad y la justicia, una obligación esta, la de solucionar pacíficamente las diferencias entre Estados, que es pertinente en cualquier caso (véanse párrs. 163-167 de la sentencia).

67. La sentencia, no obstante, ofrece algunos aspectos positivos para Bolivia, que se advierten fundamentalmente cuando la Corte, al establecer su conclusión general, advierte (párr. 176) que eso no era impedimento para que las partes continuaran su diálogo e interlocución en un espíritu de buena vecindad a fin de tratar las cuestiones relativas al enclaustramiento de Bolivia, cuya solución ambas partes habían reconocido ser de interés mutuo. Y añadía: «con la voluntad de las partes, cabe emprender negociaciones serias» («*With willingness on the part of the Parties, meaningful negotiations can*

be undertaken)⁴⁶. Como señalaba el Juez Daudet, esto es algo más que una «*fiche de consolation*»⁴⁷.

68. El párr. 11, último de la declaración del Presidente Yusuf aneja a la sentencia, es también ilustrativo, cuando señala que incluso en los casos en que un procedimiento judicial no zanja definitivamente una diferencia entre Estados, ese procedimiento ofrece a las partes un lugar de encuentro, permite fijar sus respectivas posiciones, dejar constancia del fondo de sus relaciones contenciosas y comprometerse de nuevo en un diálogo que puede haber estado congelado durante años.

69. Si las partes deben respetar la Sentencia de 1 de octubre de 2018, también han de hacerlo con la Sentencia de 24 de septiembre de 2015. El fallo de 2018 no obliga a Bolivia a abandonar por siempre jamás su pretensión a un acceso soberano; no permite a Chile volver sobre la afirmación de que el tratado de paz de 1904 lo dejó todo atado y bien atado hasta el día del Juicio Final. Si, por un lado, la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 desmintió esta afirmación, por otro, los párrs. 175 y 176 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018 no cierran en absoluto la puerta a mantener la reivindicación boliviana del acceso al océano Pacífico en la agenda bilateral. Lo que Bolivia, tras este fallo, no puede hacer es reclamar de Chile que se siente a negociar porque está obligada jurídicamente a ello. Pero puede pedirle cortésmente que se siente, atendiendo a sus propios intereses.

⁴⁶ El presidente de la Corte reiteró estos conceptos al rendir su discurso anual ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de octubre de 2018 (Speech by H. E. Mr. Abdulqawi A. Yusuf, President of the ICJ, on the occasion of the 73rd session of the UNGA, 25 de octubre de 2018).

⁴⁷ Párrs. 57-58 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.