



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

ISSN: 0718-0012

Legal Publishing Chile

Benfeld E., Johann S.; Müller G., Karl A.

¿Qué significa en el ámbito del derecho internacional público estar obligado a negociar de buena fe? Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo a la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013*

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 1, 2018, pp. 69-100

Legal Publishing Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758807002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

re^{da}dalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Qué significa en el ámbito del derecho internacional público estar obligado a negociar de buena fe? Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo a la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013

Johann S. Benfeld E. - Karl A. Müller G.

Trabajo recibido el 31 de mayo de 2016 y aprobado el 25 de octubre de 2016

¿Qué significa en el ámbito del derecho internacional público estar obligado a negociar de buena fe?

Precisiones conceptuales y posición de la Corte Internacional de Justicia en esta materia, a propósito del rechazo a la objeción preliminar presentada por Chile ante dicha Corte con ocasión de la demanda boliviana de 2013*

WHAT IS THE MEANING IN THE FIELD OF INTERNATIONAL LAW TO HAVE THE
OBLIGATION TO NEGOTIATE IN GOOD FAITH?

CONCEPTUAL CLARIFICATIONS AND THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
JUDGMENT IN THIS MATTER REGARDING THE REJECTION OF THE PRELIMINARY
OBJECTION RAISED BY CHILE BEFORE THE COURT AGAINST THE BOLIVIAN
APPLICATION OF 2013

JOHANN S. BENFELD E. Y KARL A. MÜLLER G.**

RESUMEN

Este trabajo explora las posibilidades que abre el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, conforme al cual la referida Corte se declara competente para conocer de la demanda presentada por el Estado Plurinacional de Bolivia, en abril del año 2013, en contra de la República de Chile. En virtud de esta demanda Chile estaría obligado a negociar de buena fe una salida soberana al océano Pacífico en favor de Bolivia. A propósito de dicho pronunciamiento, se intenta dar respuesta a cuatro interrogantes: i. ¿cuál es el sentido de la expresión "buena fe" en el dominio del derecho internacional público?; ii. ¿cuál es el alcance de la expresión "estar obligado a negociar de buena fe"?; iii. ¿cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte en esta materia?,

* Un borrador de este artículo ha sido discutido por los profesores María Teresa Infante y Eduardo Aldunate; a ellos pues nuestro agradecimiento.

** Johann S. Benfeld E. es profesor de Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl. Karl A. Müller G. es profesor de Derecho Internacional Público en la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás; doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: kmuller@santotomas.cl. Dirección postal: Avenida 1 Norte 3041, Viña del Mar, Chile.

y iv. ¿qué se puede esperar del fallo de la Corte Internacional de Justicia a la luz de la teoría, la práctica y la jurisprudencia internacionales?

ABSTRACT

This paper explores the possibilities that arise from the recent judgment of the International Court of Justice at The Hague, under which the aforementioned Court declares that has jurisdiction to entertain the Application filed by the Plurinational State of Bolivia on April 2013 against the Republic of Chile. According to this Application, Chile would be obliged to negotiate in good faith with Bolivia in order to reach a fully sovereign access to the Pacific Ocean. According to that statement four questions should try to be answered: i. ¿What is the meaning of good faith in the field of international law?; ii. ¿What is the scope of the term "be obliged to negotiate in good faith"?; iii. What has been the jurisprudence of the Court on this matter?, and, iv. ¿What can be expected from the judgment of the International Court of Justice according to the theory, practice and international jurisprudence?

PALABRAS CLAVE

Buena fe; Negociar de buena fe; Corte Internacional de Justicia, Bolivia, Chile.

KEYWORDS

Good faith, negotiate in good faith, International Court of Justice, Bolivia, Chile. Under that

1. Planteamiento del problema. Breve análisis del alcance del fallo de la Corte Internacional de Justicia que Rechaza la Objección Preliminar Presentada por Chile ante la Corte a Propósito de la Demanda Boliviana de 2013

Este artículo pretende dilucidar, en la medida de lo posible, el sentido y alcance de uno de los elementos estructurales de la demanda deducida el día 24 de abril de 2013 por el Estado Plurinacional de Bolivia en contra de la República de Chile¹. Como se sabe, tres son las ideas rectoras de la demanda boliviana: la supuesta obligación de Chile de negociar con Bolivia una salida soberana al océano Pacífico; el pretendido incumplimiento reiterado de dicha obligación y, finalmente, que Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, pronta y formalmente, en un plazo razonable y de manera efectiva, a fin de otorgar a Bolivia un acceso plenamente soberano al océano Pacífico².

¹ Todos los documentos del caso se encuentran disponibles en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f3&case=153&code=bch&p3=4>

² "V. Petitorio. 32. Por las razones expuestas, Bolivia solicita respetuosamente que la Corte falle y declare que: Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia con el objeto de alcanzar un acuerdo que otorgue a Bolivia un acceso plenamente soberano al océano Pacífico. Chile ha vulnerado dicha obligación. Chile debe cumplir dicha obligación de buena fe, pronta y formalmente, en un plazo razonable y de manera efectiva, a fin de otorgar a Bolivia un acceso plenamente soberano al océano Pacífico". Fallo completo disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/153/18746.pdf>

Específicamente, es el último punto de la pretensión boliviana el que resulta relevante en este momento, esto es, la supuesta obligación de la República de Chile de negociar con Bolivia de buena fe, de forma pronta, razonable y efectiva, un acceso plenamente soberano al océano Pacífico. Ello luego de conocerse el fallo de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015, en el cual se rechaza la objeción preliminar deducida por Chile en orden a privar de jurisdicción a la referida Corte para conocer de la demanda boliviana³.

Aun cuando no sea posible adelantar un resultado del juicio que enfrenta a Chile y Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia, de momento, la inteligente y novedosa estrategia que ha adoptado Bolivia se presenta como un interesante continente para la reflexión y especulación jurídicas.

Como ha señalado Sandra Namihas, “el Estado Plurinacional de Bolivia sorprendió al dejar de lado su posición tradicional de nulidad del Tratado de Paz de 1904 y presentar ante la CIJ, el 24 de abril de 2013, una demanda sobre la obligación de negociar que tendría Chile frente a este Estado, con el fin de llegar a un acuerdo para otorgarle un acceso soberano al mar”⁴. En realidad, lo que sorprende de la acción boliviana es sólo eso: que haya abandonado su posición tradicional de pretender la nulidad del Tratado de Paz de 1904⁵,

³ De forma muy precisa, Paula Cortés ha resumido la estrategia chilena en las siguientes palabras: “ante la demanda boliviana, Chile presentó una excepción preliminar que tenía por objeto desestimar la competencia de la CIJ, ya que según sus argumentos “el Artículo VI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (el Pacto de Bogotá) excluye de la jurisdicción de la Corte aquellos asuntos ya resueltos por arreglo entre las partes y los asuntos regidos por acuerdos o tratados que se encontraban en vigor cuando el Pacto fue firmado en 1948”. Según la postura chilena, “la soberanía territorial y el carácter del acceso de Bolivia al océano Pacífico son materias que fueron resueltas y que continúan regidas por el Tratado de Paz y Amistad acordado entre Bolivia y Chile en 1904 (en el Tratado de Paz de 1904)” CORTÉS (2015), p. 62.

⁴ NAMIHAS (2013), p. 65.

⁵ Un análisis de la evolución de la estrategia boliviana para obtener una salida soberana al mar puede encontrarse en “Las Aspiraciones Marítimas de Bolivia: Antes y Despues de Cochabamba” de Jaime Lagos. En este lúcido ensayo, Lagos reflexiona sobre el desarrollo y proyección de las estrategias bolivianas para lograr una salida soberana al mar, a partir de la posible invalidación del tratado de 1904. En esta dirección, el ensayo nos muestra el impreciso derrotero seguido por Bolivia desde su estrepitoso fracaso ante la Sociedad de las Naciones en 1920, su pequeña victoria diplomática de 1979 ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en cuya resolución respectiva “se incorporaron conceptos muy favorables a Bolivia, tales como que «es de interés hemisférico permanente encontrar una solución equitativa por la cual Bolivia obtenga acceso soberano y útil al Océano Pacífico» y recomendar a los Estados concernidos a iniciar negociaciones encaminadas a dar a Bolivia «una conexión territorial libre y soberana con el Océano Pacífico», además de otras consideraciones” (LAGOS (2012) p. 9). Para concluir con la “decepción” de la declaración de Cochabamba de junio de 2012 que, nuevamente, invita a las partes a una discusión “bilateral” sobre el tema marítimo. De acuerdo al análisis de Lagos, Bolivia tenía muy pocas oportunidades de judicializar el tema. Eso sí, Lagos escribió su ensayo un año antes de la presentación de la demanda boliviana ante la Haya, con lo que no pudo

pero en caso alguno que haya presentado una demanda en contra de Chile. En efecto, es posible establecer una precisa cronología de las acciones preparativas de la vía judicial por parte de Bolivia, que se inician en 2011 con la ratificación (primero con reserva y luego sin ella, el 2013) del Pacto de Bogotá⁶. Esta estrategia le permitió abrir una vía jurisdiccional para canalizar su pretensión centenaria mediante el reconocimiento de una jurisdicción internacional común para ambas partes (Bolivia y Chile)⁷. Además, de la simple lectura de la demanda boliviana se desprende la intención de dislocar la discusión de su cauce tradicional (problema de la legitimidad del Tratado de Paz de 1904) hacia un terreno bastante más inestable: la teoría de los actos propios en materia de derecho internacional. De hecho, en la demanda boliviana no hay alusión a que se pretenda modificar el Tratado de Paz de 1904. En fin, la estrategia boliviana no es tan sorprendente como parece, aunque sí novedosa.

Hasta el fallo sobre la objeción preliminar presentada por Chile ante la Corte era muy difícil adelantar un resultado a la pretensión de fondo boliviana (negociar con Chile efectivamente un acceso soberano al mar), debido a las

prever que la estrategia del país altiplánico avanzaría por otro camino (la pretendida obligación de "negociar de buena fe" con Bolivia un acceso soberano al mar).

⁶ Longaric ha señalado que la demanda presentada por Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia Internacional de La Haya, sigue una estrategia que se inicia el día 23 de marzo de 2011, con un anuncio público realizado por el presidente Evo Morales, mediante el cual se informa a la ciudadanía boliviana el comienzo de una nueva era en la lucha de la nación altiplánica por obtener una salida soberana al mar. La estrategia, concertada por la Dirección de Reivindicación Marítima ('Direremar) y un grupo de abogados internacionales, consistió en abrir una vía jurisdiccional para tal efecto, explorándose diversas alternativas, tanto arbitrales como ante los tribunales internacionales. En este escenario, Bolivia procedió a ratificar (primero con reserva, y luego sin ella) el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Conflictos entre Estados (Pacto de Bogotá). Aceptada la competencia de la Corte Internacional de Justicia, "el 24 de abril de 2013, Bolivia presentó la Aplicación judicial contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. La misma, como era de suponer, no menciona al Tratado de 1904, señala como sustento jurídico de la misma, los diversos actos y pronunciamientos expresados por Chile sobre la restitución de la cualidad marítima de Bolivia, en los períodos 1895, 1950, 1961, 1975, 1986, 1979 y 1983, atribuyendo valor jurídico al accionar de Chile en dichos contextos históricos". LONGARIC (2014), p. 5.

⁷ De acuerdo al razonamiento que efectúa la Corte Internacional de Justicia, la cuestión planteada por Bolivia en contra de Chile, esto es, la obligación de negociar de buena fe, no ha sido resuelta por ningún tratado o laudo arbitral entre las partes y, por lo mismo, Chile no puede invocar el Tratado de 1904 y las restricciones del Pacto de Bogotá para impedir el conocimiento del asunto. El punto 54 del fallo es claro en este sentido al señalar que: "Teniendo en cuenta el objeto de la controversia, anteriormente identificado (véase el apartado 34 supra), la Corte concluye que las cuestiones en litigio no son asuntos «ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por decisión de un tribunal internacional» o «regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la conclusión del [Pacto de Bogotá]». En consecuencia, el artículo VI no impide la competencia de la Corte, en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá. Por lo anterior, la excepción preliminar de Chile a la competencia de la Corte debe ser desestimada".

complejidades que presenta la teoría de los actos propios en el dominio del derecho internacional público.⁸ Sin embargo, la forma en que la Corte ha resuelto las objeciones preliminares propuestas por Chile ha añadido un nuevo elemento de incertidumbre al futuro fallo del tribunal internacional. En efecto, la Corte Internacional de Justicia se ha declarado competente para conocer de la demanda boliviana, pero ha circunscrito la controversia a la cuestión de resolver si Chile tiene o no la obligación de negociar de buena fe una salida soberana al océano Pacífico en favor de Bolivia.

Ahora bien, en este escenario surgen varias preguntas: ¿cuál es el sentido de la expresión “buena fe” en el dominio del derecho internacional público? ¿Cuál es el alcance de la expresión “estar obligado a negociar de buena fe”? Hasta el momento, ¿cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte en esta materia? En lo que sigue de este ensayo intentaremos dar respuesta a cada una de estas preguntas para finalmente responder, aunque sólo conjeturalmente, ¿qué podemos esperar del fallo de la Corte Internacional de Justicia a la luz de la teoría, la práctica y la jurisprudencia internacionales?

2. La buena fe en el derecho internacional público. Precisiones conceptuales

Diversas fuentes del derecho internacional reconocen en la buena fe un principio general del derecho⁹. En tal dirección avanzan, por ejemplo, el artículo 8º del Tratado general de Arbitraje de 1902 entre Argentina y Chile¹⁰; el compromiso arbitral de 14 de marzo de 1908 entre Suecia y Noruega; el Preámbulo de la Declaración Naval de Londres de 1909 sobre Guerra Marítima; el artículo 7º del Convenio XII de La Haya de 18 de octubre de 1907; el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871 entre Estados Unidos e Inglaterra relativo al arbitraje del Alabama; la Convención de Arbitraje entre Chile y Gran Bretaña de 1883¹¹.

Es precisamente este reconocimiento de la buena fe como un principio general del derecho lo que entraña, teórica y prácticamente, un primer problema al momento de determinar el sentido y alcance que ha de darse a esta noción en el dominio internacional. En efecto, los llamados principios generales del derecho presentan en su determinación conceptual una constelación

⁸ PASTOR (2013); p. 145.

⁹ NOVAK (1997), p. 110.

¹⁰ En su artículo 8º señalaba que “El árbitro deberá decidir de acuerdo con los principios del derecho internacional, a menos que el compromiso imponga la aplicación de reglas especiales o le autorice a decidir como amigable componedor”.

¹¹ En su artículo VI señalaba que “La Comisión Mixta decidirá las reclamaciones en mérito de la prueba rendida i con arreglo a los principios del derecho internacional...”.

de problemas teóricos que tienen que ver con su naturaleza, importancia y adscripción normativa.

En lo que a su naturaleza toca, no hay acuerdo en la doctrina sobre los términos que han de emplearse para definirlos¹². Lo anterior es reflejo, a su vez, de que aún persisten posturas diversas, especialmente positivistas e iusnaturalistas, en relación al fundamento de los mismos¹³.

Por otra parte, en cuanto a su importancia, se ha sostenido que si bien los principios generales han tenido un limitado desarrollo y aplicación práctica¹⁴, al mismo tiempo “constituyen una de las principales fuentes del Derecho internacional,... alcanzado un alto grado de desarrollo y actualización, al marchar paralelos a los principios generales consagrados por los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo”¹⁵.

Finalmente, en íntima relación con el punto anterior, aunque la doctrina ha distinguido entre principios de derecho nacional e internacional¹⁶, los autores no se han puesto de acuerdo sobre si existe realmente una diferencia cualitativa entre ambos órdenes normativos¹⁷; sobre todo teniendo presente que “son muchos los principios tomados de los ordenamientos internos que han cobrado importancia en la solución de diferendos internacionales. Entre ellos, merecen especial atención la buena fe y el abuso del derecho”¹⁸. En otras palabras, persiste un problema de adscripción normativa de tales principios al orden del derecho municipal o internacional.

Ahora bien, el hecho de que exista discusión sobre la naturaleza, importancia y adscripción de los principios generales del derecho y, por lo mismo, sobre la naturaleza, importancia y adscripción de la buena fe en tanto principio general, no impide que podamos ensayar un concepto de la misma, en tanto principio general, y mostrar, con relativa claridad, qué funciones puede desempeñar ella en el ámbito del derecho internacional.

Para efectos de este trabajo, entenderemos por buena fe un principio general del derecho que en dominio internacional se traduce en la convicción de estar actuando, en todo momento, conforme al derecho y la justicia, de manera leal

¹² VALENCIA RESTREPO (2001) p. 71; DIEZ DE VELASCO (2013) pp. 122-125; NOVAK (1997) p. 111.

¹³ NOVAK (1997) p. 111.

¹⁴ DIEZ DE VELASCO (2013), p. 124.

¹⁵ NOVAK (1997) p. 109.

¹⁶ LLANOS (2009), pp. 550-567; NOVAK (1997), p. 113.

¹⁷ DRNAS DE CLÉMENT (2013), p. 1.

¹⁸ NOVAK (1997), p. 109.

y oportuna en virtud de la deseable reciprocidad que ha de existir y fomentarse en las relaciones entre los diversos actores del ámbito supranacional.

Por cierto, la conceptualización que proponemos no es del todo original. De hecho, ella se deriva, por una parte, de las fuentes del derecho internacional que la consagran. Por otra, de la jurisprudencia que la ha aplicado, y, finalmente, de la doctrina que ha interpretado a las dos precedentes.

Dentro de las fuentes normativas que actualmente consagran la buena fe en materia internacional, revisten especial importancia la Carta de Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT). La Carta de Naciones Unidas consagra en su artículo 2.2 que “los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. Una manifestación de esa obligación general consagrada en la Carta, se encuentra, por ejemplo, en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, que en su artículo VI estipula que los “Estados parte de comprometen a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear”.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reconoce expresamente a la buena fe en diversas materias reguladas por ella. Por de pronto, en su preámbulo se declara que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. En relación con el *pacta sunt servanda*, la CVDT, en su artículo 26, consagra que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Por su parte, en materia de interpretación se consagra que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la CVDT).

Con respecto a las causales de nulidad, especialmente la violación manifiesta de un tratado, se ha consagrado que “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe” (artículo 41). Siempre en el dominio de la nulidad de un tratado, la CVDT prescribe que los actos ejecutados de buena fe, antes de que se haya alegado la nulidad, no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado (artículo 69).

Finalmente, la CVDT en el artículo 18 también da cuenta de la relevancia de la buena fe antes de la suscripción propiamente tal de un tratado internacional. Dicho artículo consagra en términos breves que los estados que lo han firmado o manifestado su consentimiento en obligarse por él, deben abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado antes que entre en vigor. Tal disposición se basa en la buena fe en la medida que, durante el proceso de

celebración de un tratado, se deben respetar las legítimas expectativas de los demás estados que participan en dicho proceso¹⁹.

De todo lo anterior se puede inferir que, desde la perspectiva de las fuentes normativas que consagran el principio en el dominio internacional, la buena fe ha de observarse, en general, en todas las relaciones internacionales y, en particular, en la de los tratados internacionales. En este último caso, eso sí, el principio de la buena fe anima todo el *iter contractual*, y no sólo el momento de interpretación y cumplimiento de los pactos.

En el dominio de la jurisprudencia, el principio de la buena fe, a su vez, se ha aplicado regularmente por los tribunales internacionales de justicia y en particular por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En el caso de la CIJ, principal órgano judicial de la ONU, se ha reconocido tal principio, por ejemplo, en el fallo, *Fisheries Jurisdictions* (Reino Unido e Irlanda del Norte vs. Islandia) de 1974, y más recientemente en *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina vs Uruguay, 2010). En estos casos, la CIJ ha reconocido a la buena fe como principio general del derecho en materia de interpretación de los tratados y particularmente como una pauta a seguir al momento de cumplir con la obligación de negociar de buena fe, como se analizará más adelante.

Sin duda, y como ya se ha podido advertir, en diversas fuentes del derecho internacional, tratados y jurisprudencia, se ha reconocido expresamente a la buena fe como principio general de derecho internacional.²⁰ La consagración positiva de la buena fe como principio general del derecho internacional, a su vez, ha llevado a la doctrina a precisar el concepto de la buena fe. Lo cual ha ayudado, sin duda, a comprender de mejor manera sus características en cuanto principio general, así como sus funciones y efectos.

Así, algunos autores, a fin de explicar qué es la buena fe, han sostenido que “todos los estados deben obrar lealmente en el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos (con la convicción de no estar violando derecho ajeno alguno: es ésta la buena fe activa o buena fe-lealtad), y esperar que los demás se comporten de la misma manera para con ellos (la buena fe pasiva o buena fe-creencia).”²¹ También la doctrina ha señalado que la buena fe “denota la confianza que una de las partes del tratado espera de la actitud leal de la otra u otras partes”²².

Finalmente, no ha faltado aquel que ha vinculado la idea de buena fe con una pauta axiológica de acción. En este sentido, la buena fe sería una pauta

¹⁹ REINHOLD (2013), p. 17.

²⁰ PAIGLIARI (2009), p. 148.

²¹ VALENCIA (2007), p. 86.

²² PAIGLIARI (2009), p. 14.

de valoración cuyo cometido sería precisar el contenido de una disposición, circunscribir el supuesto fáctico de activación de una disposición o precisar las consecuencias jurídicas de una acción. En esta dirección, Larenz ha señalado que “estas pautas (axiológicas, dentro de las que se encuentra la buena fe) reciben su contenido mediante la conciencia jurídica general de los vinculados a una comunidad jurídica, conciencia que no solo lleva impreso el sello de la tradición, sino que está concebida como una continua reconstitución”²³. Por lo mismo es que la labor de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, resulta fundamental para contribuir a determinar el contenido de la buena fe, en cuanto pauta o criterio de valoración al momento de declarar el derecho aplicable a un caso sometido a su conocimiento y decisión, sin perjuicio de que puede a la vez permitir el desarrollo progresivo del derecho, que va más allá de la ley²⁴. Es en este sentido que Larenz también ha entendido que la buena fe cumple una “función mediadora entre una regla y un principio”²⁵.

Como se puede observar, no se discute que la buena fe, en el ámbito del derecho internacional, sea un principio general. Cuestión diversa es si tal principio deriva de las fuentes del derecho positivo de los tratados o del derecho natural; si su alto grado de desarrollo teórico ha logrado o no influir en la práctica internacional, y si se trata de un principio autónomo del derecho internacional público o si ha sido tomado a préstamo del derecho local. A su vez, de la lectura de las fuentes que lo consagran, se deduce que su ámbito de aplicación comprende todo el *iter contractual* internacional, e incluso va más allá de éste (como principio general que funciona como fuente de la obligación internacional). Finalmente, la jurisprudencia y la doctrina no hacen otra cosa que reafirmar, con mayor precisión, las ideas anteriores. Por lo mismo, no obstante las limitaciones de la definición que hemos propuesto, ella, como se advierte, no es más que el reflejo del desarrollo de esta materia en las diversas fuentes antes mencionadas.

¿Pero, de qué manera este concepto se torna operativo en el ámbito internacional? La doctrina, en tal sentido, da cuenta de por lo menos dos funciones que tradicionalmente se atribuyen a la buena fe. En primer lugar, ella sirve “de criterio que gobierna la aplicación de las normas y obligaciones internacionales”

²³ LARENZ (2001), p. 214.

²⁴ LARENZ (2001), p. 418. En el artículo 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho internacional, se define el desarrollo progresivo del derecho como una expresión “utilizada por comodidad para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas.

²⁵ REINHOLD (2013), p. 2.

y, en segundo lugar, tiene la aptitud de “constituir el fundamento de las obligaciones y normas del Derecho Internacional Público”²⁶.

En relación con la primera función, la buena fe se concibe como un “patrón de comportamiento que razonablemente puede esperarse dentro del marco normativo vigente en una situación concreta”²⁷. Respecto a la segunda función, la buena fe constituye el antecedente, el origen y la razón principal que explica por qué una disposición jurídica existe y además obliga²⁸.

Estas dos funciones, por cierto, son manifestación de su carácter de principio general del derecho, y es en esta calidad que puede tener un alcance tanto limitado como general. En el primer sentido, tendrá un carácter limitado cuando se circumscriba su aplicación a un caso sometido y resuelto por un tribunal. Por el contrario, tendrá un carácter general cuando se lo invoque como fuente de la obligación, esto es, ya no como un criterio de interpretación o de aplicación del derecho controvertido ante un tribunal, sino como un principio general del derecho internacional²⁹.

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo que venimos diciendo, intentemos responder, dentro del marco teórico que hemos dibujado (la buena fe como principio general del derecho internacional), qué sentido puede tener teóricamente la expresión estar obligado a negociar de buena fe.

3. La obligación de negociar de buena fe en el ámbito del derecho internacional público

Aunque, como hemos visto, la idea de buena fe tiene una larga tradición en el derecho internacional público (normativa, jurisprudencial y doctrinalmente hablando), en este apartado nos interesa únicamente detenernos en la idea de negociar conforme a la buena fe.

La nueva estrategia boliviana para intentar obtener un acceso soberano al mar consiste en probar la existencia de un supuesto pacto de *contrahendo* entre Bolivia y Chile. A propósito de esta pretensión, la Corte Internacional de Justicia se ha declarado competente para conocer de la demanda boliviana.

²⁶ PETIT DE GABRIEL (2005), pp. 1047-1048.

²⁷ PETIT DE GABRIEL (2005), p. 1047.

²⁸ PETIT DE GABRIEL (2005), p. 1048.

²⁹ PETIT DE GABRIEL (2005), p. 1049. Sin perjuicio del valor teórico de la distinción, si bien se ha reconocido un distinto alcance a la buena fe en su calidad de principio general, esa distinción no hace más que complejizar innecesariamente su comprensión, ya que esa distinción no pone en cuestión que la buena fe sea un principio general que cumple las funciones antes mencionadas. De esta manera, resulta más acertado referirse a ella simplemente como un principio general, resultando la distinción antes mencionada incorrecta y confusa.

Ahora bien, en este escenario surgen dos cuestiones de diferente naturaleza, pero conexas entre sí: ¿qué supone un pacto de *contrahendo*?, y ¿qué implica que la obligación de negociación deba ejecutarse de buena fe?

En la doctrina del derecho internacional la obligación de celebrar un acuerdo futuro puede asumir dos formas: *pactum de negociendo* y *pactum de contrahendo*. En ambos casos se trata de un compromiso celebrado por dos o más estados en orden a solucionar un determinado problema mediante la suscripción y ejecución de un acuerdo.

Y, en la medida que el pacto se refiere a un conflicto que tiene la aptitud de desestabilizar las relaciones internacionales de manera significativa, “la obligación de negociar adquiere validez independiente de todo acuerdo, ganando así la condición de un principio de derecho internacional”³⁰.

Doctrinalmente, con todo, se distinguen el pacto de *negociendo* del pacto de *contrahendo* en la intensidad de la obligación de negociar. De manera tal que el *pactum de negociendo* agota su cometido en la obligación misma de negociar; sin que sea necesario que las partes realicen esfuerzos complementarios para la efectiva celebración de un acuerdo. Es decir, la obligación se satisface por el hecho de la negociación. El *pactum de contrahendo*, por el contrario, aunque se mantiene en el mismo registro del pacto de negociar, doctrinalmente se considera más intenso, toda vez que no sólo supone el compromiso de negociar de buena fe un acuerdo futuro, sino el de emplear “todos los esfuerzos posibles para concluir el acuerdo”³¹. Algunos incluso llegan más lejos, y afirman que el *pactum de contrahendo* supone la obligación no sólo de negociar de buena fe, sino de concluir un tratado futuro³².

Por lo anterior, no es baladí que el equipo jurídico boliviano desde un inicio haya sostenido que la pretendida obligación de negociar de Chile tiene

³⁰ DÍAZ (1982), p. 86.

³¹ MEGLIANI (2015), p. 305.

³² Recientemente, Wellens, comentando el artículo 6º del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, y más específicamente la recomendación hecha por la Corte Internacional sobre el particular, ha señalado que la obligación contenida en el *pactum de contrahendo* no se limita a la realización de la negociación, sino que supone “la obligación de alcanzar un resultado preciso” (WELLENS (2014) p. 24), es decir, la conclusión del tratado futuro y, en el intertanto, la evitación de cualquier conducta reñida con el inminente acuerdo. En esta misma dirección véase JOHN Y JACQUELINE (2007), pp. 47-56. En el caso del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares existe una norma explícita (artículo 6º) que ha permitido una interpretación más intensa del principio de la buena fe por parte de la Corte Internacional. En otros casos, la Corte parece entender que la expresión “estar obligado a negociar de buena fe”, no añade ningún nuevo elemento a la simple obligación de negociar un tratado (sin que sea necesario pensar en un resultado específico). Así habría quedado demostrado en el caso de la Planta de Celulosa del Río Uruguay, de 2010. Por lo mismo, la idea de negociar de acuerdo a la buena fe parece depender del contexto normativo específico en el cual se la intenta hacer operativa. En este sentido, véase ROBERT P. BARNIDGE (2013), pp. 557-559.

la naturaleza jurídica de un *pactum de contrahendo*. En este tipo de pacto, la obligación de negociar de buena fe adquiere una intensidad mayor, como tendremos oportunidad de ver.

Como hemos visto, la obligación de actuar de buena fe encuentra su consagración positiva, primero, en el prefacio a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su inciso tercero y, luego de manera más específica en su artículo 26. Y aunque tradicionalmente se la ha vinculado a la fase de ejecución y cumplimiento de un tratado (incluyendo la interpretación del mismo), a propósito del principio *pacta sunt servanda*, progresivamente su campo de aplicación se ha ampliado, incluso, a la negociación del mismo.

La extensión del principio de la buena fe a la fase de negociación de un tratado, no ha estado exenta de dificultades. Es cierto que a partir de las propias disposiciones de la CVDT es posible deducir algunas indicaciones en tal dirección; por ejemplo, el artículo 18 letra b, como hemos visto, claramente avanza en esa dirección al prohibir que los estados contratantes, pendiente que sea la ratificación de un tratado, realicen actos que puedan impedir el cumplimiento del mismo en el evento de ser ratificado. Sin embargo, no estaba en el espíritu de la Convención que el principio de la buena fe abandonara los contornos del *pacta sunt servanda*. De hecho, las proposiciones realizadas por Gelard Fitzmaurice y Humphrey Waldok en orden a establecer explícitamente una obligación de negociar los tratados conforme al principio de la buena fe, fueron rechazadas en la Conferencia de Viena.

Las razones que se esgrimieron en la Conferencia para no incluir dentro de las normas del tratado una disposición que obligara a negociar de buena fe, fueron de variada índole. Así, “la imposición de una negociación de buena fe en el momento en que un Estado meramente ha acordado entrar en una negociación, fue considerada ‘una peligrosa innovación en el derecho internacional’. El texto que contenía la provisión fue criticado por no permitir que los Estados que han rehusado continuar en las negociaciones sean liberados de la obligación. El concepto también fue condenado por ciertos participantes de la Conferencia por ser un nuevo principio del derecho internacional que no derivaba de la doctrina, la jurisprudencia o la práctica, con consecuencias simplemente demasiado vagas. Sobre todo, se pensó que sería difícil imponer sanciones o atribuir responsabilidad en caso de incumplimiento. Finalmente, el concepto fue visto como contrario a los derechos soberanos de los estados negociantes, estableciendo restricciones al ejercicio de los tales derechos”³³.

Sin embargo, la falta de una norma explícita en la CVDT no ha impedido la extensión del principio de la buena fe a la fase de negociación de los tratados.

³³ HASSAN (1981), pp. 473-474.

En efecto, en los últimos años, tanto los tribunales arbitrales internacionales como la Corte Internacional de Justicia, progresivamente, han contribuido a la extensión del principio más allá de sus límites tradicionales. Como bien destaca Islas Marshall en su demanda en contra del Reino Unido³⁴, existen antecedentes en la jurisprudencia internacional que permiten sostener que para la CIJ la buena fe es un elemento propio de la negociación. Así por ejemplo, la CIJ, para calificar las negociaciones entre estados, ha utilizado reiteradamente la palabra *meaningful*³⁵, esto es, que las negociaciones deben ser significativas, útiles y serias. Vale decir, la buena fe se aprecia como un elemento de la negociación en cuanto debe llevarse a cabo con el real propósito de resolver la controversia entre las partes³⁶. Pero, a falta de una provisión positiva de derecho internacional, los tribunales han tenido que extraer su material del derecho municipal mediante un procedimiento analógico, que ha debido, eso sí, adecuar su producto al dominio del derecho internacional público. Es decir, “cuando las cortes internacionales y los tribunales atienden a los principios generales del derecho, las instituciones de derecho privado no son importadas al derecho internacional ‘de manera absoluta (*lock, stock and barrel*)’. Más bien, en palabras del juez McNair ‘el deber de los tribunales internacionales es considerar todas las características y terminologías que son reminiscencias de reglas e instituciones de derecho privado como una indicación de políticas y principios, más que importar directamente dichas reglas e instituciones’. Consecuentemente, la buena fe tiene un valor legal en dos niveles que deben ser distinguidos. Incluso cuando el principio de la buena fe está bien definido en el derecho municipal, el sistema de derecho internacional no lo importa en su totalidad. Más bien, debe ser favorecida una aproximación general al mismo”³⁷.

En este orden de cosas, la buena fe en materia internacional tiene varias particularidades que la distinguen de su tratamiento en el derecho local. En primer lugar, en el ámbito internacional no existe un sistema de normas positivas e instituciones jurídicas universalmente aceptadas de las cuales uno pueda derivar directamente el principio de la buena fe y garantizar su aplicación mediante el ejercicio de la coacción. En tal sentido, la buena fe internacional se inscribe en el registro de la cooperación voluntaria de los estados manifestada en la práctica y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En segundo

³⁴ CIJ (2014) Obligación de negociar en relación el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), Memoria de las Islas Marshall (2015), párrafo 183.

³⁵ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay). párrafo 146.

³⁶ CIJ (2014) Obligación de negociar en relación el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), Memoria de las Islas Marshall (2015), párrafo 184.

³⁷ REINHOLD (2013), p. 45.

lugar, derivado de lo anterior, la principal fuente de la buena fe internacional es la Corte Internacional de Justicia; “aunque ella no es competente para actuar como institución nomotética”³⁸. Finalmente se ha dicho que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho municipal o local, en la implementación de la buena fe internacional se mira siempre a los estados como iguales y con un poder similar de negociación derivado de su soberanía; cuestión que no ocurre dentro de los sistemas jurídicos nacionales en los cuales la buena fe es, precisamente, un remedio para evitar que la desigualdad de facto de las partes contratantes se traduzca en un beneficio para la más poderosa (por lo menos en la tradición del derecho civil continental)³⁹.

Ahora bien, dicho lo anterior, ¿qué significa, pues, negociar de buena fe en el ámbito del derecho internacional? Esta pregunta admite tres aproximaciones: una general, una de naturaleza sustantiva y otra de carácter procesal.

En general, negociar de buena fe en materia internacional significa demostrar una razonable consideración por los derechos pretendidos e intereses de todas las partes involucradas en un conflicto, buscando resolver la disputa en términos amigables, claros y definitivos, empleando para ello todos los medios disponibles a fin de lograr un acuerdo, incluso cuando no existan muchas probabilidades de que la negociación concluya de manera exitosa. Supone también, por cierto, desarrollar y concluir la negociación, más allá de su resultado.

Sustantivamente, la obligación de negociar de buena fe supone así no excluir de la negociación ninguna de las pretensiones de las partes en conflicto. En tal dirección los estados han de ser suficientemente sensibles a las aspiraciones, necesidades e intereses de su contraparte. También negociar de buena fe implica proscribir del ámbito de negociación cualquier elemento que de facto represente un poder de negociación exorbitante de una de las partes; cuestión que probablemente redundaría en la suscripción de un acuerdo manifiestamente injusto. Por último, negociar de buena fe supone, qué duda cabe, excluir cualquier tipo de ejercicio de la fuerza a la hora de negociar la conclusión de un tratado. Este elemento aparece directamente reconocido en la CVDT en sus artículos 51 y 52.

Procedimentalmente, el principio de la buena fe es, para algunos, incluso más intenso. En efecto, la obligación de negociar conforme al principio en comento supondría no sólo tener que negociar, sino la de manifestar una voluntad real por alcanzar un acuerdo, de forma tal que “un elemento básico de una negociación provechosa es la voluntad de las partes negociantes a comprometerse. La mera

³⁸ REINHOLD (2013), p. 46.

³⁹ REINHOLD (2013), p. 47.

voluntad de discutir o incluso de negociar no es suficiente; la parte negociante debe también estar dispuesta a transar”⁴⁰.

En esta dirección, proceduralmente, las partes negociantes satisfacen la obligación de actuar de buena fe cuando están dispuestas a abandonar, efectivamente, sus posiciones de inicio a fin de avanzar en la formación de un acuerdo. En otras palabras, las partes negocian de buena fe cuando reconocen que existe un conflicto y que su solución, eventualmente, implica afectar intereses y presuntos derechos propios y que, por lo mismo, toda posición mantenida por ellas hasta el momento de la negociación debe ser susceptible de ser revisada e incluso abandonada.

Con todo, la infracción al deber de negociar de buena fe en materia internacional no se encuentra garantizada mediante la aplicación de una sanción de naturaleza coactiva, como su símil del derecho municipal, por lo que depende más de la buena disposición de cooperación de los estados que de los instrumentos y tribunales internacionales. Esto, sin embargo, no significa que la infracción del deber no tenga consecuencias jurídicas. De hecho, por lo menos conjeturalmente, para algunos “la negativa de una nación a actuar conforme a la buena fe se traduce en una pérdida de credibilidad que, por lo mismo, puede redundar en una menor efectividad de sus políticas internacionales. Más importante aún, una nación que no actúa de buena fe viola el deber fundamental asumido en el artículo 2º (2) con lo que puede ser objeto de expulsión de las Naciones Unidas de conformidad al artículo 6º”⁴¹.

En consecuencia, teóricamente, en tanto la buena fe es un principio general del derecho que se caracteriza por un deber de lealtad, oportunidad y legitimidad en las relaciones internacionales, estar obligado a negociar de buena fe significa, entre otras cosas, demostrar una razonable consideración por los derechos pretendidos e intereses de todas las partes involucradas en un conflicto; buscar resolver las disputas en términos amigables, claros y definitivos; emplear todos los medios disponibles a fin de lograr un acuerdo, y desarrollar y concluir la negociación, más allá de su resultado.

En la sección siguiente veremos en qué medida estas ideas han sido recogidas por la CIJ en sus pronunciamientos y si es posible hacer explícitos los criterios que ha seguido la referida Corte para determinar cuándo existe realmente un deber de negociar conforme a la buena fe internacional.

⁴⁰ HASSAN (1981), p. 479 (traducción personal).

⁴¹ HASSAN (1981), p. 445 (traducción personal).

4. La Corte Internacional de Justicia frente a la obligación de negociar de buena fe

En más de una oportunidad, como tendremos ocasión de ver, la Corte ha reconocido y declarado, en un caso sometido a su decisión, que las partes tienen la obligación de negociar de buena fe. En tales casos la CIJ ha debido justificar su decisión ya en una norma jurídica positiva de derecho internacional, que vincula directamente a las partes, ya en la calidad de principio internacional del derecho que detenta la buena fe. Además, la CIJ también ha debido delimitar, en tales casos, el contenido y los efectos jurídicos de dicha obligación. Así las cosas, dos son, por lo menos, los problemas que se presentan al momento de estudiar la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Uno, tiene que ver con la fuente de la cual emana la obligación de negociar conforme a la buena fe; el otro, se relaciona con el sentido y alcance que ha de darse a un fallo del referido tribunal que obliga a las partes a negociar de buena fe.

Con respecto a la fuente de la obligación, se puede sostener que existe una fuente general y obligatoria para todos los estados de la comunidad internacional. Dicha fuente es la Carta de las Naciones Unidas, la cual en su artículo 2º consagra dos obligaciones, la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales contraídas por ellos de conformidad con dicha Carta, y la de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos. Además, la doctrina ha agregado que uno de los medios más importantes de solución de las controversias es la negociación directa entre las partes, negociación que además deberá ser de buena fe⁴².

Ahora bien, en razón de lo anterior, hay que distinguir, a propósito de la obligación que pesa sobre la comunidad internacional en orden a buscar una solución pacífica a sus controversias, entre la obligación de buscar un acuerdo mediante una negociación y la obligación propiamente tal de negociar como un método de solución de las controversias. En otros términos, las partes en disputa podrían negociar para acordar un método de solución del conflicto diverso de la negociación misma (convenir de común acuerdo someter sus diferencias a un árbitro, por ejemplo). Pero también podría la propia negociación ser el método de solución de la controversia. En este último caso, hay que advertir que la negociación, al igual que todos los demás medios pacíficos de solución de controversias, como regla general no es obligatoria per se. Los estados pueden elegir cualquier medio pacífico de solución de sus controversias. De allí surge, entonces, la necesidad de determinar, para las controversias sometidas al conocimiento de la CIJ, si existe alguna fuente que obligue a las partes a recurrir a algún medio particular de solución de controversias y, más específicamente, a negociar de buena fe.

⁴² HERNÁNDEZ (2013), p. 12; PASTOR (2013); p. 594.

En esta materia la Corte, a través de diversos pronunciamientos, ha dejado claro que la obligación de negociar de buena fe (como medio particular de solución de controversias) puede tener diferentes fuentes. En efecto, en primer lugar, se puede tratar de una fuente común y general a todos los estados, como en el caso de la Carta de Naciones Unidas; en segundo lugar, los tratados generales interpretados a la luz de ciertas prácticas bilaterales o multilaterales, como en el litigio de 2010 entre la República de Argentina y la República del Uruguay, también pueden operar como fuentes de la obligación de negociar de buena fe; en tercer lugar, encontramos los tratados bilaterales que expresamente consagran tal disposición, como ocurre en el caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997; finalmente, incluso los actos unilaterales de los estados, aplicando la teoría de los actos propios, como lo ha dicho en el caso de 1974 de Nueva Zelanda contra Francia, a propósito de los ensayos con armas nucleares, tienen la aptitud de hacer surgir la obligación.

Veamos, pues, con más detalle estos casos.

En el año 2007 la Corte Internacional de Justicia dio a conocer su fallo sobre el litigio que mantenía enfrentadas a Nicaragua y Honduras. El origen de la controversia se hallaba, por una parte, en la determinación de la soberanía sobre un conjunto de islas sitas en el Mar del Caribe y adyacentes a los territorios de los referidos estados (específicamente se trataba de las islas Bobey Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay y South Cay); y, por otra, y derivado de lo mismo, de la delimitación de los espacios marítimos entre ambos estados.

Respecto a la demanda territorial, la Corte estimó que había antecedentes suficientes para reconocer a Honduras el dominio de las islas en disputa; específicamente en virtud de los actos de autoridad que de forma más o menos precaria y más o menos regular ésta había ejercido sobre dichos territorios desde los tiempos coloniales.

Con la demanda de delimitación marítima, sin embargo, la respuesta de la Corte no fue resolutoria del todo, pues, a su juicio, las partes no habían allegado la información suficiente para la prueba de sus pretendidos derechos. En este escenario, la Corte, por 16 votos contra 1, *“decide que las Partes deben negociar de buena fe con miras a convenir en el curso de la línea de delimitación de la porción del mar territorial ubicada entre el punto final de la frontera terrestre establecida por el Laudo Arbitral de 1906 y el punto de partida de la frontera marítima única que la Corte ha determinado que está ubicada en el punto con las coordenadas 15° 00' 52" N y 83° 05' 58" O”⁴³.*

⁴³ CIJ (2007) Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras), párrafo 32, p. 225.

Esta obligación de “negociar de buena fe”, la Corte indirectamente reconoce que deriva del artículo 2º de la Carta de Naciones Unidas (del cual ya hemos hablado), al disponer que “*ambas Partes en sus conclusiones finales pidieron a la Corte que trazara una ‘frontera marítima única’ que delimitara sus respectivos mares territoriales, zonas económicas exclusivas y plataformas continentales en el área controvertida. Aunque Nicaragua no era parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en el momento en que presentó la demanda en la presente causa, las Partes están de acuerdo en que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar está actualmente en vigor entre ellas y que sus artículos pertinentes son aplicables entre ellas en la presente controversia*”⁴⁴.

Tres años más tarde, 2010, nuevamente encontramos un pronunciamiento de la Corte sobre este tema, en el caso entre Argentina y Uruguay sobre la planta de celulosa sobre el río Uruguay. En este caso, la Corte tampoco identificó una fuente directa, como sería un tratado celebrado entre las partes consagrando dicha obligación. Sostuvo, por el contrario, que en la especie el tratado de 1975, que crea el estatuto del río Uruguay, debe ser interpretado de buena fe, de conformidad a lo consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31, norma que la Corte invoca en este caso en su carácter de consuetudinaria. Esa interpretación, agrega la Corte, tomará en consideración, no solamente el texto del tratado de 1975, sino también toda otra norma relevante del derecho internacional aplicable al caso⁴⁵. Particularmente relevante en este caso han sido los acuerdos de la parte en el marco de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU). Al respecto cabe destacar que para la CIJ dichos acuerdos, cualquiera sea su denominación y cualquiera sea el instrumento mediante el cual se manifieste dicho acuerdo, deben cumplirse de buena fe⁴⁶.

Se aprecia, en este caso, que la obligación de negociar de buena fe la Corte no la declara o no la “encuentra” reconocida directamente en un tratado bilateral, sino que la deduce de sus normas, de otros acuerdos y reglas internacionales adoptadas y aplicables a las partes en controversia. A lo cual agrega la Corte que uno de los principios básicos que regulan la creación y cumplimiento de las obligaciones, cualquiera sea su fuente, es el principio de buena fe⁴⁷.

⁴⁴ CIJ (2007) Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras), párrafo 321, p. 236.

⁴⁵ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay), párrafo 65.

⁴⁶ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay), párrafo 18.

⁴⁷ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay), párrafo 145.

Una situación diversa a las anteriores se advierte en el litigio sobre el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997. El caso en cuestión surgió a propósito de la ejecución conjunta de unas presas en el río Danubio por parte de Hungría y de Checoslovaquia, en virtud del tratado de Budapest, suscrito por ambas partes en 1977. El acuerdo comprendía tanto la ejecución del proyecto (construcción de las presas), como el aprovechamiento de las aguas fluviales (junto a la mitigación de los desastres que causaba el aumento del caudal del río en esa zona). Sin embargo, en 1989 Hungría unilateralmente decidió abandonar el proyecto; notificando para tal efecto a su contraparte la terminación del tratado. Unos años después (1992), Checoslovaquia presentó, también de forma unilateral, un proyecto alternativo (variante C), que, de acuerdo a su interpretación, suponía el cumplimiento de su parte conforme a las estipulaciones del tratado de Budapest. La Corte estimó en este caso que ni Hungría ni Eslovaquia (continuadora legal de Checoslovaquia en esos territorios) tenían razón, y dispuso “*por 13 votos contra 2, que Hungría y Eslovaquia han de negociar de buena fe teniendo en cuenta la situación existente y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el logro de los objetivos del Tratado de 16 de septiembre de 1977; de conformidad con las modalidades que acuerden*”.

Este fallo resulta interesante en dos sentidos. En primer lugar, está claro que la obligación de negociar de buena fe puede quedar explícitamente consagrada en un tratado internacional bilateral o multilateral. Esta es la situación en la especie, pues el tratado de Budapest de 1977 dispuso en su artículo 5º que “*las partes aceptarán el fallo de la Corte como definitivo y obligatorio y lo ejecutarán de buena fe en su totalidad*”.

En segundo lugar, la Corte considera que la obligación de negociar conforme a la buena fe es más intensa y precisa en los casos en que la obligación ha sido explícitamente introducida por las partes en un tratado internacional. Esto explica la fuerza de los enunciados “*(las partes) han de negociar de buena fe teniendo en cuenta la situación existente y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el logro de los objetivos del Tratado*”.

Por último, la obligación de actuar en el dominio internacional de acuerdo al principio de la buena fe (actuación que comprende la de negociar, en la medida que proceda), también puede tener por fuente un acto unilateral de los estados. En tal sentido, uno de los casos que ha recibido mayor atención ha sido el que enfrentó a Nueva Zelanda con Francia, con ocasión de los ensayos con armas nucleares que la última realizaba en el océano Pacífico. Al respecto la Corte señaló que “*es bien conocido que las declaraciones realizadas mediante actos unilaterales, en torno a situaciones legales o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones legales. Las declaraciones de este tipo pueden ser, y usualmente son, bastante específicas. Cuando el Estado declarante tiene la intención de vincularse de acuerdo con los términos de su declaración, la intención le*

confiere el carácter de obligación legal, estando el Estado legalmente requerido a cumplir con una conducta consistente con la declaración. Una obligación de este tipo, si ha sido formulada públicamente y con la intención de vincularse, aun cuando no sea realizada en un contexto de negociaciones internacionales, es vinculante. En esta circunstancia, nada en la naturaleza de un quid pro quo, ni una aceptación posterior a la declaración, ni siquiera una respuesta o reacción de otros Estados, es requerida para que la declaración tenga efectos, puesto que ese requisito sería inconsistente con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por el cual el Estado se pronunció”⁴⁸.

Ahora bien, todo indica que si la fuente de la obligación internacional es un acto unilateral (que, por cierto, ha de cumplir una serie de requisitos),⁴⁹ la buena fe requerida para su cumplimiento deriva directamente del artículo 2º de la Carta de Naciones Unidas. En otras palabras, se trataría de la buena fe consagrada como un principio general de acción leal en el dominio internacional, pero, en principio, la obligación (de actuar conforme a la buena fe) no tendría la misma intensidad que tiene, como hemos visto, cuando ella expresamente ha sido consagrada por las partes en un tratado bilateral o multilateral (como hemos visto en el caso Gabčíkovo-Nagymaros).

No es necesario adelantar que esta última alternativa abre un escenario de cierta incertidumbre en el litigio que actualmente mantiene a Bolivia y Chile enfrentados ante la CIJ. Pero sobre esto volveremos al final.

En resumen, se advierte, en consecuencia, que para la Corte Internacional de Justicia, un Estado puede estar obligado a negociar de buena fe por diferentes razones: sea porque la buena fe es un principio general del derecho (Nicaragua contra Honduras); sea porque ella es un principio común al derecho de los tratados y los pactos bilaterales (Uruguay contra Argentina); sea porque las partes explícitamente se han comprometido a negociar de buena fe (Eslovaquia contra Hungría); sea porque un solo sujeto de derecho internacional ha realizado actos unilaterales que suponen tal compromiso (Nueva Zelanda contra Francia).

Otra cuestión es, como lo señalamos al inicio de esta sección, precisar cuál ha sido el sentido y alcance que la Corte le ha dado en sus fallos a la obligación de negociar de buena fe. En esta materia la jurisprudencia de la Corte ha realizado una serie de precisiones que van desde aspectos sustantivos hasta procedimentales; cuestiones sobre interpretación y aplicación de los acuerdos; restricciones y garantías que supone la buena fe como principio general de toda negociación, entre otros aspectos.

⁴⁸ CIJ (1974) Caso Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia), párrafo 46.

⁴⁹ DIEZ DE VELASCO (2013), pp. 150 y 151.

De esta forma, por ejemplo, la Corte ha contribuido a precisar el sentido y alcance de la obligación de negociar de buena fe, al destacar que, en la medida que se ha consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la obligación de las partes de aplicar y cumplir el tratado de buena fe, esto comprende no sólo los aspectos sustantivos o materiales regulados por el tratado, sino también las materias de carácter procedural, siendo este último aspecto fundamental para la cooperación entre los estados⁵⁰. En términos prácticos, las partes deberán acordar, entre otros aspectos, los plazos en que se efectuarán las reuniones para llevar a cabo las negociaciones, los lugares en que tendrán lugar, la cantidad y calidad de los representantes de cada parte en dichas negociaciones.

La Corte también ha dicho que si existe una tradición de cooperación efectiva entre las partes, estableciéndose una verdadera comunidad de intereses y derechos entre ellas, y han logrado diversos acuerdos con soluciones apropiadas para sus diferencias, no resulta en absoluto necesario para las partes recurrir a la Corte para que esta les resuelva una controversia, ya que cuentan con todos los mecanismos convencionales e institucionales para ello⁵¹. En otras palabras, esa tradición de cooperar permite presumir que las negociaciones se efectuarán de buena fe, esto es, con el sincero propósito de resolver sus diferencias, como ya lo han logrado en el pasado.

Precisando aún más el contenido de la obligación de negociar de buena fe, se ha sostenido por la Corte que la buena fe, en su calidad de principio general del derecho internacional, regula la creación, así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Como consecuencia de lo anterior, agrega que el cumplimiento de las obligaciones debe llevarse a cabo mediante la cooperación basada en la confianza entre las partes⁵². Vale decir, se puede entender que un elemento propio de la negociación de buena fe consiste en que exista entre las partes esa confianza de que la otra parte va a cumplir y hacer efectivo el objeto y fin de lo acordado entre ellas. En términos concretos y prácticos, una manifestación de que efectivamente existe ese propósito de negociar de buena fe y, en particular, una intención de cumplir con las obligaciones internacionales, lo constituye, por ejemplo, la promesa unilateral de Francia de no realizar ensayos nucleares. La buena fe y la confianza se aprecian en este caso desde el momento en que existe una manifestación clara de la voluntad en tal sentido (promesa) y un elemento que permite generar esa confianza puede consistir en que la voluntad emane de una autoridad competente del Estado, particularmente del Jefe

⁵⁰ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay), párrafo 145.

⁵¹ CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay), párrafo 281.

⁵² CIJ (1974) Ensayos nucleares (Australia v. France), párrafo 46.

de Estado y del Ministro de Defensa, mediante un acto y declaración públicas. Efectivamente, estos aspectos dan cuenta de la real intención de Francia de no practicar más ensayos nucleares⁵³y, por lo tanto, contribuyen a la generación de confianza entre las partes, especialmente si, además, debe presumirse la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales⁵⁴.

A mayor abundamiento, se puede constatar que esta confianza tiene también una manifestación concreta, y por ende da cuenta que una negociación se llevará a cabo de buena fe, en aplicación de las reglas contenidas en la CVDT en sus artículos 65 a 67 sobre el procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. Efectivamente, como la ha confirmado la Corte, dichas reglas contienen principios que se basan precisamente en la obligación de actuar de buena fe⁵⁵.

Un aspecto que la Corte no ha dejado de lado al momento de precisar el contenido de esta obligación dice relación con el tiempo que han de durar las negociaciones. Sin duda que la prolongación de las negociaciones en el tiempo sin obtener un resultado puede dar cuenta de la ausencia de buena fe, en el sentido que no existe el real propósito ni la confianza de lograr una solución a la controversia o cumplir con el objeto y fin del tratado como se ha indicado antes. Ahora bien, este es un aspecto que necesariamente debe variar de conformidad a los requerimientos de cada caso en particular. En principio, ha agregado la Corte, es una materia que queda entregada a las partes, mediante consulta y negociaciones de buena fe⁵⁶.

Por último, cabe agregar un aspecto o elemento que, si bien no dice relación directa con el contenido de la obligación de negociar de buena fe, se vincula con la necesidad de generar la confianza necesaria para negociar. Este aspecto se refiere a que, si bien se puede haber constatado o declarado la responsabilidad internacional de un Estado por incumplir una obligación, no se puede, salvo circunstancias especiales, suponer que dicha conducta o acto de incumplimiento se repetirá en el futuro, desde el momento que se debe presumir la buena fe. Por lo tanto, cumplidos los requisitos o características que debe presentar una negociación como se ha señalado anteriormente, esta será una negociación de buena fe, no obstante que anteriormente la Corte haya declarado que un Estado

⁵³ CIJ (1974) *Ensayos nucleares* (*Australia v. France*), párrafo 49.

⁵⁴ El artículo 2º N° 2 de la Carta ONU señala que “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

⁵⁵ CIJ (1997) Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo - Nagymaros (*Hungría v. Eslovaquia*), párrafo 109.

⁵⁶ CIJ (1997) Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo - Nagymaros (*Hungría v. Eslovaquia*), párrafo 109.

haya incurrido en responsabilidad internacional por incumplir la obligación de negociar de buena fe.

Llegados a este punto, es fácil advertir que la CIJ reconoce mediante su jurisprudencia todos los caracteres que hemos atribuido a la buena fe en las secciones precedentes. Es decir, considera que la buena fe es un principio general del derecho que tiene la aptitud de servir de criterio de interpretación y aplicación de un tratado en todo el *iter contractual*, abarcando aspectos de naturaleza sustantiva y procedimental. Y, específicamente, en el contexto de una negociación, la CIJ también ha reconocido en su jurisprudencia que la buena fe supone para las partes en conflicto un compromiso de seriedad, lealtad, celeridad y, en algún caso, el deber de arribar a un acuerdo más allá de sus respectivas posiciones originales.

Pues bien, ahora que hemos dibujado el cuadro general sobre la buena fe y el deber de negociar de buena fe, corresponde que intentemos, a modo de conclusión, responder, aunque sólo sea conjeturalmente, qué se puede esperar de la CIJ en el caso de la demanda presentada por el Estado Plurinacional de Bolivia contra la República de Chile.

5. A modo de conclusión: ¿qué podemos esperar del fallo de la Corte Internacional de Justicia a la luz de la teoría, la práctica y la jurisprudencia internacionales?

La Corte Internacional de Justicia de La Haya puede acoger o rechazar la pretensión boliviana. Es decir, puede resolver que Chile no tiene la obligación de negociar con Bolivia, o resolver que Chile está obligado a negociar de buena fe con la nación altiplánica.

Si la Corte le da la razón a Chile, Bolivia habrá de sumar, a su ya larga lista, un nuevo fracaso internacional en su lucha centenaria por lograr una salida soberana al Océano Pacífico. Por cierto, esto no pondrá término a su anhelo y, más temprano que tarde, volverá a levantar la voz para interpretar su papel de nación desposeída.

Si, por el contrario, la Corte le da la razón a Bolivia, se abre para Chile un escenario totalmente nuevo. Para que ello ocurra la Corte debería no sólo dar por acreditados los hechos en los cuales la nación altiplánica funda su pretensión⁵⁷ sino, sobre todo, calificar tales hechos como actos propios que reúnen

⁵⁷ Estos hechos se encuentran contenidos en la demanda boliviana entre los numerales 15 y 21. Por su importancia, los reproducimos completamente: “15. Seis años después de la firma del Tratado de 1904, frente a la incertidumbre de la situación territorial de las provincias peruanas de Tacna y Arica y en procura de encontrar un acceso al mar para Bolivia a través de estos territorios, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia formuló una propuesta a Chile y Perú, que fue asimismo puesta en conocimiento de los otros países del continente. Esta propuesta reafirmaba las expectativas creadas

los requisitos de derecho para servir de base a una obligación internacional cuyo objeto sea negociar de buena fe un acceso soberano al Océano Pacífico. En otros términos, si Bolivia logra acreditar que los hechos que invoca efectivamente se realizaron en las circunstancias que ella alega y con la intención que ella les atribuye; que los pretendidos actos propios de Chile cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que éstos puedan servir de fundamento a una obligación en el derecho internacional público⁵⁸ y que, además, tales actos se encaminaban de manera inequívoca a una negociación de buena fe con el objeto de lograr un acceso soberano al mar para Bolivia, sólo en este caso la Corte le debiese encontrar la razón a Bolivia.

Aunque, como hemos visto, Bolivia deberá acreditar que los actos realizados por Chile pueden ser considerados como fuente de la obligación de negociar de buena fe, cosa que no le resultará fácil, en la ciudadanía (sobre todo luego del fallo de la CIJ a propósito de la demanda peruana de 2008 en contra de nuestro país) se ha instalado una suerte de pesimismo sobre lo que se puede esperar del futuro pronunciamiento de la Corte. De hecho, de acuerdo a los datos que

por Chile y que habían sobrevivido a la celebración del Tratado de 1904. Chile reiteró su posición en un Protocolo suscrito el 20 de enero de 1920. **16.** Sobre la base de estos y otros compromisos Bolivia y Chile negociaron un acuerdo, contenido en las notas canjeadas el 1 y 20 de junio de 1950. **17.** La nota boliviana de 1 de junio de 1950, invocando las diferentes declaraciones y compromisos formulados por Chile, propuso: "que los Gobiernos de Bolivia y Chile ingresen formalmente a una negociación directa para satisfacer la fundamental necesidad boliviana de obtener una salida propia y soberana al océano Pacífico, resolviendo así el problema de la mediterraneidad de Bolivia sobre bases que consulten recíprocas conveniencias y los verdaderos intereses de ambos pueblos". **18.** La nota chilena de respuesta, fechada el 20 de junio de 1950, afirma: "(...) mi Gobierno (...) está llano a entrar formalmente en una negociación directa destinada a buscar la fórmula que pueda hacer posible dar a Bolivia una salida propia y soberana al océano Pacífico y a Chile obtener las compensaciones que no tengan carácter territorial y que consulten efectivamente sus intereses". **19.** El contenido de este acuerdo fue confirmado mediante un Memorándum que la Embajada chilena trasladó al Ministerio de Relaciones Exteriores boliviano el 10 de julio de 1961. **20.** El 8 de febrero de 1975 los Presidentes de Bolivia y Chile suscribieron la Declaración Conjunta de Charaña, en cuyo punto cuarto convinieron continuar el diálogo, con un espíritu de comprensión mutua y mentalidad constructiva, a fin de encontrar fórmulas para solucionar los problemas vitales a los que se enfrentaban ambos países, como el relativo al enclaustramiento de Bolivia. **21.** En el curso de las negociaciones de Charaña, en nota de 19 de diciembre de 1975, Chile declaró una vez más estar "dispuesto a negociar con Bolivia la cesión de una franja de territorio al norte de Arica hasta la Línea de la Concordia".

⁵⁸ La doctrina ha señalado que para que un acto unilateral tenga la aptitud de ser fuente de la obligación internacional ha de reunir, entre otros, los siguientes requisitos: se debe tratar de un acto autónomo, realizado por un Estado con la intención de producir efectos jurídicos, respecto de otros sujetos de derecho, y realizado conforme al derecho internacional (es decir que no se trate de un acto prohibido, o que por disposición del derecho internacional o tratados bilaterales o multilaterales deba ser resuelto por un acuerdo expreso de voluntades). Para un estudio sobre los requisitos de estos actos se puede consultar: Holz, (2007, pp. 256-274; REMIRO BROTONS, et al. (1997), pp. 175-179.

recientemente ha dado a conocer la encuesta (de opinión pública) Cadem, al primero de abril del año en curso, el 50% de los chilenos encuestados sobre este tema (la demanda boliviana de 2013) cree que la Corte Internacional de Justicia optará por una solución salomónica entre ambos países, mientras que un 8% cree que le otorgará derechos directamente a Bolivia. Un 9%, en tanto, declara no tener una opinión clara al respecto⁵⁹. Ahora bien, si se considera que es la República de Chile el sujeto pasivo de la acción jurisdiccional internacional, el 67% que suman los guarismos antes indicados puede ser considerado como una opinión favorable a los intereses de Bolivia, pues sólo a ella interesa este litigio.

Pero, de acuerdo a las ideas que venimos desarrollando en este ensayo y sólo imaginando una decisión adversa para Chile, ¿en qué fuente de las obligaciones internacionales podría anclar la Corte una decisión en contra de Chile? Y, en este orden de cosas, ¿cuál sería, en teoría, la intensidad de la obligación de negociar de buena fe?

La primera pregunta se puede responder fácilmente, pues se deriva de los argumentos que Bolivia ha presentado en su demanda (memoria) y documentos anexos. La fuente de la obligación de negociar serían los actos propios que Chile, a través de sus autoridades, ha realizado a lo largo de los años en tal dirección. La Corte, como hemos visto, en más de una ocasión ha reconocido a los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales y, por lo mismo, no debiese tener problemas en recurrir a dicha jurisprudencia, en la medida que logre acreditar en el juicio la existencia de tales actos⁶⁰.

En cuanto a la intensidad de la obligación de negociar de buena fe, en este caso en particular, la cuestión ya no es tan simple. Como hemos visto, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se distingue entre los pactos de *negociando* y *contrahendo*. La distinción, con todo, no es de naturaleza nominal, sino que

⁵⁹ Encuesta disponible en: <http://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2016/04/7556999.pdf>.

⁶⁰ Eso sí, la apelación a los actos unilaterales entraña una dificultad de fondo adicional para la Corte, si considera todos los elementos que hay en juego. En efecto, de acuerdo al propio Ramiro Brotons, una de las condiciones que deben satisfacer los actos unilaterales es que ellos sean susceptibles de ser realizados conforme al derecho internacional. Se entiende que no se realizan en tal sentido cuando, por ejemplo, la cuestión ha debido resolverse conforme a normas contenidas en un tratado internacional. Es decir, “un sujeto no puede obligarse mediante un acto unilateral a reconocer, renunciar o prometer aquello que no le está permitido reconocer, renunciar o prometer mediante acuerdo” (Brotons (1997, p. 176). Pues bien, en el caso de la pretensión boliviana de un acceso soberano al mar, habría que descartar que éste se realizara al norte de Arica, toda vez que de acuerdo al Tratado de 1929 entre Chile y Perú, una cesión de territorios en tal lugar necesariamente supone el acuerdo de Perú (que, como se sabe, históricamente se ha negado a tal posibilidad debido a que afectaría el territorio de sus “provincias cautivas”). Así las cosas, el acceso soberano que demanda Bolivia debería situarse en un lugar que, en los hechos, rompería la continuidad territorial de Chile. Y, aunque esto es posible, es difícil pensar que la Corte no demuestre algún grado de sensibilidad y sentido común en esta materia y condene a Chile a negociar de buena fe un acceso soberano al mar en estas condiciones.

mira tanto al fondo del asunto como a la voluntad o intención de las partes. Así las cosas, cuando lo que está en juego es la paz internacional, como ocurre con los tratados de desarme nuclear o con las alegaciones sobre prueba y uso de armas de destrucción masiva, la Corte ha señalado que la obligación de negociar comprende no sólo la buena voluntad de las partes, sino la adopción de un acuerdo específico en orden a implementar el tratado o a poner término a las pruebas y usos de tales armas. También hemos visto que la Corte ha señalado que hay un pacto de *contrahendo* cuando las partes han introducido explícitamente una cláusula en sus acuerdos en orden a negociar de buena fe, a fin de que el acuerdo produzca los efectos esperados (*Eslovaquia contra Hungría*).

Pues bien, a nuestro juicio, con prescindencia de la nomenclatura que ha usado Bolivia en su demanda, su pretensión no se encuentra en ninguno de los supuestos que dan origen a un *pactum de contrahendo*: No existe ningún peligro inminente para la seguridad y la paz internacionales; no existe ningún acuerdo suscrito con Bolivia en virtud del cual Chile tenga que negociar con ella de buena fe un acceso soberano al mar. Por lo mismo, se podría concluir que la Corte debiese entender que en la especie sólo se trata de un *pactum de negociando* que, como hemos advertido más arriba, se satisface simplemente negociando de buena fe, pero sin necesidad de arribar a un resultado.

En tal dirección, si bien la CIJ ha declarado que en determinadas situaciones negociar de buena fe comprende la obligación de lograr un resultado⁶¹, al mismo tiempo dicho tribunal ha sostenido que no comprende tal obligación⁶². Efectivamente, como se puede apreciar en la objeción preliminar del Reino Unido, y en lo sostenido por Pakistán, al contestar la demanda de las Islas Marshall antes citada, debido a las circunstancias propias de cada caso particular, no siempre puede la Corte declarar que la negociación comprende una obligación de resultado. En este sentido, incluso tratándose de la aplicación del artículo VI del Tratado de No Proliferación Nuclear, no procede obligar a las partes a un resultado, porque la materia solamente puede resolverse a través de negociaciones multilaterales destinadas al desarme nuclear. Más claro aún, en la medida que lo que decide la CIJ para el caso particular no contribuya a la solución de la controversia entre las partes⁶³, con mayor razón no puede obligarlas a lograr un resultado mediante las negociaciones.

⁶¹ CPJI (1931) Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, Opinión Consultiva, p. 116; CIJ (1996) Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párrafo 99.

⁶² CIJ (2014) Obligación de negociar en relación al cese de la carrera armamentista y el desastre nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), Memoria de las Islas Marshall (2015), párrafo 187.

⁶³ Objeción preliminar del Reino Unido a la demanda de las Islas Marshall (2015), párrafo 104 y Contramemoria de Pakistán (2015), capítulo 6, pp. 61-62.

Este mismo razonamiento es aplicable al caso de la demanda boliviana en contra de Chile, en el entendido que la obligación de negociar reclamada por Bolivia no puede comprender la obligación de lograr un resultado, debido precisamente a las circunstancias particulares del caso. Al igual que en la demanda presentada por las Islas Marshall, lo cierto es que el resultado de la negociación no depende exclusivamente de las partes enfrentadas en el juicio ante la Corte. Dicho resultado depende de la participación de un tercer Estado, Perú, en virtud de la aplicación del artículo primero del Protocolo Complementario de 1929. Conforme a dicho artículo, los Gobiernos de Chile y del Perú no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, en conformidad al tratado de esta misma fecha, quedan bajo sus respectivas soberanías. Territorios que precisamente son los que se verán afectados por las negociaciones con Bolivia. Entonces, se puede apreciar que lo que resuelva la CIJ en la controversia con Bolivia en nada va a contribuir a su solución efectiva, con lo cual mal puede obligar a las partes a negociar un resultado determinado.

A lo anterior cabe agregar que la propia Bolivia no ha sido del todo clara ni precisa al momento de alegar la existencia de una obligación de resultado en su demanda contra de Chile. Lo anterior se aprecia desde el momento en que Bolivia se reserva el derecho de complementar, modificar o ampliar su demanda en el curso del procedimiento⁶⁴.

Así las cosas, por lo menos en teoría, aun cuando Bolivia obtuviese un resultado favorable en este litigio, y Chile fuera condenado a negociar de buena fe, todavía habría avanzado muy poco (o incluso se habría alejado aun más) en sus aspiraciones de obtener una salida soberana al mar; a lo más la Corte habrá fijado el medio pacífico de solución de la misma, vale decir, la negociación de buena fe, eso sí, con las características y las consecuencias explicadas en este trabajo.

Esto, empero, no quiere decir que Chile, ante un resultado adverso, resulte del todo indemne. En primer lugar, si Chile obtiene un fallo adverso deberá acatarlo y cumplirlo. De no hacerlo, por una parte, se abre para Bolivia un nuevo curso de acción y, por otra, para Chile se genera, aunque de forma bastante improbable, un significativo riesgo en el orden internacional. En efecto, el eventual incumplimiento por parte de Chile podría activar el supuesto contenido en el artículo 94⁶⁵ de la Carta de ONU, dando derecho a Bolivia para recurrir directamente al

⁶⁴ Opinión disidente de la Juez Ad Hoc LOUISE ARBOUR (2014), pp. 1-2.

⁶⁵ Artículo 94: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al

Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad de ONU, en este caso, podría adoptar las medidas necesarias para lograr el efectivo cumplimiento de dicha sentencia. En otras palabras, Bolivia habrá logrado, en el evento de que Chile no cumpla una sentencia adversa, que una controversia de naturaleza bilateral y jurídica, adquiera una connotación política y multilateral. Lo anterior se puede sostener en la medida que el Consejo de Seguridad es un órgano político (intergubernamental) en el cual participan las principales potencias de la comunidad internacional. Pero, además, por otra parte, una sentencia adversa podría generar para Chile un riesgo mayor en el orden internacional. Ya hemos visto que en el derecho internacional el incumplimiento puede acarrear un conjunto de consecuencias adversas para el Estado proscrito, en tal dirección una nación que no actúa de buena fe viola el deber fundamental asumido en el artículo 2º (2)⁶⁶con lo que puede ser, incluso, objeto de expulsión de las Naciones Unidas de conformidad al artículo 6º⁶⁷. Aunque, claramente, este escenario es bastante más improbable para Chile.

En segundo lugar, si Chile es condenado a negociar de buena fe una salida soberana al Océano Pacífico en favor de Bolivia, deberá emplear un conjunto de recursos materiales y humanos para desarrollar efectivamente una negociación conforme a derecho. En otras palabras, deberá velar porque la negociación se realice en términos tales que demuestre una razonable consideración por los derechos pretendidos e intereses de Bolivia, buscando resolver la disputa en términos amigables, claros y definitivos, empleando para ello todos los medios disponibles a fin de lograr un acuerdo, incluso cuando no existan muchas probabilidades de que la negociación concluya de manera exitosa. Chile deberá también, por cierto, desarrollar y concluir la negociación, más allá de su resultado.

En consecuencia, en el evento de que Chile sea condenado a negociar de buena fe, en virtud de sus actos propios y en el registro de un pacto *de negociando*, pensamos que deberá demostrar que efectivamente ha negociado de

Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

⁶⁶ Artículo 2º. “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1º, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

⁶⁷ Artículo 6º. “Todo Miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los Principios contenidos en esta Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”. Como se puede observar, esta disposición establece como condición la violación reiterada de los principios contenidos en la Carta; cuestión que difícilmente se podría derivar de un solo incumplimiento.

bueno fe (en la forma y en el fondo; sustantiva y proceduralmente hablando), aunque esto no implique ningún resultado concreto para Bolivia, cuestión bastante probable en la especie.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNIDGE, Robert P. (2013): "The International Law of Negotiation as Means of Dispute Settlement", en: *Fordham International Law Journal* (Vol. 36), pp. 557-559.
- BARROS VAN BUREN, Mario (1970): *Historia Diplomática de Chile*, segunda edición actualizada a 1958 (1541-1938) (Santiago, Editorial Andrés Bello).
- BORROUGHS, John y CABASSO, Jacqueline (2007), "Negotiating in Good Faith", en: A.A.V.V., *Freedom From Nuclear Weapons. Through Legal Accountability and Good Faith* (UK, Spokeman), pp. 47-56.
- REMIRO BROTONS, A. et al. (1997): *Derecho Internacional*, primera edición (Mcgraw Hill).
- CORTÉS, Paula (2015): "La obligación de negociar de buena fe en el Derecho Internacional: una reflexión a la luz del fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la excepción preliminar opuesta por Chile en la demanda boliviana sobre la obligación de negociar una salida al Océano Pacífico", en: *Revista Tribuna Internacional* (vol. 4, N° 18), pp. 61-70.
- DÍAZ, Rodrigo (1982): "La Buena Fe y el Proceso de Mediación", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 9), pp. 85-90.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2013) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18^a edición (Madrid, Editorial Tecnos).
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2013): "Los principios generales del DIP como base del orden público internacional". Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/los-principios-generales-del-derecho-derecho-internacional-publico-como-base-de-orden-publico-internacional>
- GALINSOGA JORDÁ, Albert (2005): "El reconocimiento de los principios jurídicos en el Derecho internacional contemporáneo y el desarrollo de la conciencia jurídica universal", en: *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (coord. Marina Vargas Gómez-Urrutia, Ana Salinas de Frías, vol. 1), pp. .
- HASSAN, Tariq (1981): "Good Faith in Treaty Formation", en: *Virginia Journal of Law*, (Vol. 21, N° 3), pp. 443-48. Disponible en: http://www.academia.edu/756048/Good_faith_in_treaty_formation
- HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto (2013) "Los medios diplomáticos de solución pacífica de controversias internacionales y su aplicación a conflictos internos."

En *Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”* (vol. 15, Nº 2). Disponible en: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10621/9441>.

HOLZ, Johanna (2007): “¿Convención de Viena sobre el Derecho de los actos unilaterales de los Estados?”, en: *Ius et Veritas* (Nº 34), pp. 256-274.

LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.).

LLANOS MANSILLA, Hugo (2009): *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, cuarta edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LONGARIC, Karen (2014): “Análisis Jurídico sobre la Demanda presentada por Bolivia ante el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya”, Disponible en: <http://www.institutoprisma.org>.

MAGLIANI, Mauro (2015): *Sovereign Debt. Genesis-Restructuring-Litigation*, primera edición (Dordrecht, Springer Group).

NOVAK TALAVERA, Novak (1997): “Los principios generales del derecho. La buena fe y el abuso del derecho.”. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7188/7391>.

NAMIHAS, Sandra (2013): “La demanda boliviana contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya”, en *Agenda Internacional* (año 20, Nº 31, 2013), pp. 55-70.

PAGLIARI, Arturo Santiago (2009): “Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y efectos”, en: *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, (Nº 5), pp. 11-38.

PASTOR RIDRUEJO, José A. (2013) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid, Editorial Tecnos).

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (2005): “El Derecho internacional público: ¿necesidad o utopía?”, en: Coord. Marina Vargas Gómez-Urrutia, Ana Salinas de Frías, Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, volumen I (España, Universidad de Sevilla), pp. 1037-1058.

REINHOLD, Steven (2013): “Good faith in International Law” en UCL Journal of Law and Jurisprudence (Vol. 2), pp. 40-63.

VALENCIA RESTREPO, Hernán (2007) “La definición de los principios generales en el Derecho Internacional contemporáneo.”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (vol. 37, Nº 106), pp. 69-124.

WELLENS, Karel (2014): *Negotiation in the Case Law of the International Court of Justice. A Functional Analysis*, first edition (Surrey, Ashgate).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Carta de las Organización de las Naciones Unidas, 24 de junio de 1945.
- Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares, 1 de julio de 1968.
- Resolución Nº 2.625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970. Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=S&Area=RES](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=S&Area=RES)
- Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)
- CIJ (2014) Obligación de negociar en relación el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), Memoria de las Islas Marshall (2015).
- CIJ (2014) Obligación de negociar en relación el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), Objeción preliminar del Reino Unido a la demanda de las Islas Marshall (2015).
- CIJ (2014) Obligación de negociar en relación el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear (Isla Marshall v. Reino Unido), contramemoria de Pakistán (2015).
- CIJ (2013) Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile) Excepción preliminar.
- CIJ (2013) Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia v. Chile), opinión disidente de la Jueza Ad Hoc Louise Arbour.
- CIJ (2010) Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay).
- CIJ (2007) Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua contra Honduras).
- CIJ (1997) Caso relativo al proyecto Gabčíkovo - Nagymaros (Hungria v. Eslovaquia).
- CIJ (1996) Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. Opinión Consultiva.
- CIJ (1974) Ensayos nucleares (Australia v. Francia).
- CIJ (1974) Ensayos nucleares (Nueva Zelanda v. Francia).
- CPJI (1931) Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia. Opinión Consultiva.

